LUISA MORAES ABREU FERREIRA

**PENAS IGUAIS PARA CRIMES IGUAIS?
UM ESTUDO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COM BASE EM
CASOS DE ROUBO JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

**ORIENTADORA: PROFESSORA ASSOCIADA MARIÂNGELA GAMA DE
MAGALHÃES GOMES**

**Dissertação de Mestrado
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo - 2014**

LUISA MORAES ABREU FERREIRA

**PENAS IGUAIS PARA CRIMES IGUAIS?
UM ESTUDO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COM BASE EM CASOS DE
ROUBO JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo - 2014

BANCA EXAMINADORA

Para Leonardo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E a pena foi de quanto?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): A pena foi a mínima, de quatro anos, com a majorante do concurso de pessoas, § 2, por conta da presença de dois adolescentes. Disso resultou a pena final aplicada de cinco anos e quatro meses, com a majorante de um terço [...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o maior de idade era um boboca? No caso, o maior de idade era um boboca primário e de bons antecedentes?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR) – Não há registro de antecedentes criminais, tanto é que a pena aplicada foi a mínima, de quatro anos. [...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que não tenho compromisso nem com meus próprios erros, examino caso a caso. Considero o caso presente em que não houve violência, mas sim grave ameaça, e o valor é ínfimo, menor do que esse é difícil, é o valor de uma passagem em transporte público.

A SENHORA CARMEN LUCIA: O que consta da punição desproporcional, realmente, cinco anos de prisão para uma grave ameaça da qual decorre um furto de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Mas a violência é psicológica. É uma violência gravíssima, nós vamos sinalizar, com todo respeito, para a sociedade brasileira, que é possível que alguém ameace dizendo que está armado e, ante o resultado não esperado, porque...

A SENHORA MINISTRA CARMEN LUCIA: Eu nem tenho dúvida de que grave ameaça e violência podem levar à não aplicação [do princípio da insignificância]. Agora, há dois dados aqui que precisamos assentar: primeiro que, por um roubo com grave ameaça, não com violência, como está acentuando o Ministro Marco Aurélio – aliás, o Ministro Relator também acentuou -, que levo ao roubo de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos), foi fixada pena de cinco anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Sim, mas é o mínimo para roubo. (Debate entre ministros do STF durante julgamento do HC 97.190, DJ 08/10/2003. A pena de 5 anos e 4 meses foi mantida).

La pena legal es semejante a un vestido hecho, que el juez, hasta cierto punto, puede acortar o alargar, ensanchar o estrechar; pero fuera de esto, quien se lo haya de poner es necesario que se acomode a ir mal vestido. La pena, en más de sus tres cuartas partes, se adapta no al hecho, en su concreción, sino al esquema, que el legislador ha construido. (CARNELUTTI, 1999, p. 77).

AGRADECIMENTOS

À Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, agradeço pela atenciosa orientação, por me envolver em seu projeto de ensino e pela liberdade que sempre me deu para que eu seguisse meu próprio caminho.

Aos professores Helena Regina Lobo da Costa e Alamiro Velludo Salvador Netto, pelas valiosas observações feitas na banca de qualificação e que foram cruciais para o desenvolvimento da dissertação.

A Maira Rocha Machado e Marta Rodriguez de Assis Machado, grandes responsáveis pelo caminho que escolhi seguir, pelas lições de pesquisa e, principalmente, humanidade e amizade. A vocês devo a felicidade que hoje sinto em trabalhar com direito criminal. Um agradecimento muito especial a Maira, por me contagiar com o tema desta dissertação, pelas longas discussões, sem hora para acabar; e por me apoiar sempre.

À Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), agradeço pela extraordinária formação que tive durante a graduação, por ter convivido com professores que muito contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho; agradeço especialmente por ter sido novamente acolhida como pesquisadora, depois de formada.

Este trabalho reflete muito as discussões que tive no Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena, da DIREITO GV e por isso agradeço aos maravilhosos pesquisadores com quem tive a felicidade de trabalhar: Heloísa, José Roberto, Carolina, Bruno, Daniela, Fernanda, Naiara, Brenda e Anderson.

A pesquisa também não seria possível sem a ajuda do Professor Kevin Davis, que me recebeu na *New York University School of Law* (NYU Law) como pesquisadora visitante em outubro, novembro e dezembro de 2012, período fundamental para o desenvolvimento da minha pesquisa.

A Álvaro Pires, agradeço pela generosidade no compartilhamento de conhecimento, sem a qual as reflexões desenvolvidas jamais teriam surgido para mim.

A Alberto Toron, pela prática que dá sentido a este trabalho. Por ter me recebido com tanta generosidade e amizade; por tudo que me ensina.

Aos amigos do escritório, por me fazerem chegar feliz todos os dias no trabalho e pelo companheirismo cotidiano. Aos amigos da GV, por me lembrarem todo dia de como

foi bom fazer faculdade e pelas discussões intermináveis sobre filosofia “barata” de direito que tanto contribuíram para minha formação. Às minhas amigas da vida toda, por estarem sempre por perto, mesmo quando estou longe. Agradeço muito especialmente a Gisela Mation, pela atenta revisão e pelas sugestões que foram fundamentais para este trabalho.

Aos meus pais e minhas irmãs, meus maiores incentivadores, agradeço por sempre me apoiarem em tudo que fiz e poderei fazer.

Ao Léo, pelos sonhos e delírios compartilhados.

RESUMO

Com o declínio do ideal de reabilitação, a partir principalmente de 1970, impulsionado pelo fracasso do modelo de “exclusão para inclusão”, muitas jurisdições ocidentais passaram a colocar a retribuição e a proporcionalidade no centro da decisão sobre a pena, com o objetivo de diminuir disparidades entre penas, ou seja, garantir que pessoas que cometem crimes de gravidade semelhante recebam penas semelhantes. Práticas que visam aumentar a uniformidade das penas em relação ao tipo penal – como penas mínimas, aumentos obrigatórios de pena e obrigação de cumprimento de determinado tempo de pena antes de progredir de regime - envolvem, necessariamente, a imposição de obstáculos à individualização da pena pelo juiz e podem ocultar desigualdade maior: o tratamento semelhante de casos distintos. A pesquisa empírica desenvolvida no trabalho baseia-se na análise de casos concretos de roubo com causa de aumento (conduta responsável por mais da metade da população prisional brasileira) em que foi aplicada a pena mínima, de 5 anos e 4 meses de prisão. O estudo dos casos revelou situações concretas muito distintas entre si com a mesma pena, muitas vezes inclusive com a mesma fundamentação, o que aponta para uma padronização da decisão judicial nesses casos. A definição de pena em abstrato pelo legislador, em função da gravidade do crime, garante que pessoas condenadas pelos mesmos tipos penais recebam penas semelhantes, mas oculta inúmeras diferenças entre os casos concretos. Esta dissertação argumenta contra o uso da igualdade e da proporcionalidade – princípios que têm papel fundamental para coibir o abuso do poder estatal – para impedir o juiz de reduzir a pena ou de aplicar sanção alternativa à prisão, quando a pena prevista em lei não for adequada. Permitir maior individualização da pena não significa patrocinar um sistema de penas indeterminadas de prisão, mas sim atribuir a tarefa de escolha da pena a quem tem o caso diante dos olhos, sempre com critérios que guiem e controlem a decisão por motivação, até para que seja possível o desenvolvimento de um verdadeiro sistema de alternativas à prisão.

PALAVRAS-CHAVE: aplicação da pena, individualização da pena; igualdade na aplicação da pena; discricionariedade judicial; pesquisa empírica no direito.

ABSTRACT

From 1970 onwards, with the decline of the rehabilitative ideal, driven in part by the failure of the social exclusion rehabilitation model, many jurisdictions turned to retribution and proportionality to answer the question of “how much to punish”. The intentions were noble: to reduce sentencing disparity, guarantying that offenses of similar gravity receive similarly harsh sentences. Strategies aimed at improving sentencing uniformity – e.g. minimum mandatory sentences, mandatory aggravating factors and parole restrictions – necessarily obstruct sentencing discretion and may conceal even greater inequality, consisting of similar treatment of unlike situated offenders. In my empirical research, I study sentencing decisions for robbery offenses (robbery convictions make up for more than half of Brazilian prison population) in which the same punishment has been decided upon (prison term of 5 years and 4 months) and, in a qualitative approach, analyze what they have in common and which differences the sentencing decision does not distinguish. I found many cases with very different concrete circumstances, with the same prison sentence and even with the same judicial reasoning, which points towards an unfair case aggregation. The definition of adequate punishment by the legislative body, based only on offense gravity, may make people convicted of similar offenses receive the same sentences, but conceals many differences between each case. I argue against the use of equality and proportionality – ideals that once served exclusively for individual protection from the State – to prevent the judge from reducing a sentence or from applying intermediate punishment in a given case. To allow greater individualization is different from favoring indeterminate sentencing. It means assigning the sentencing task to the person who has the case before them, always with guidelines that may control the decision through motivation, so maybe it finally becomes possible to develop a true system of alternatives to imprisonment.

KEYWORDS: sentencing; individualized sentencing; equal treatment in sentencing; judicial discretion; empirical legal research.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 2 - METODOLOGIA	16
2.1 A inquietação e as primeiras escolhas	16
2.2 Tratamento dos dados.....	19
2.3 Amostra	20
2.4 Composição do banco de dados	21
2.5 Análise dos casos selecionados	24
2.6 O papel da revisão bibliográfica e das experiências de outros países	25
2.7 O viés da escolha dos crimes de roubo	28
CAPÍTULO 3 - IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA	30
3.1 Igualdade e proporcionalidade nas teorias modernas da pena criminal: fundamento para a obrigação de punir	31
3.2 Igualdade e proporcionalidade no centro da decisão sobre a pena: as reformas nos Estados Unidos a partir de 1970	34
3.2.1 A teoria do “justo merecimento” e a proporcionalidade como critério para definição da quantidade de pena	42
3.2.2 Críticas às ideias retributivistas do “justo merecimento”	45
3.3 Proporcionalidade como limite: retribuição limitada	52
3.4 Equivalente e igual a quê?	54
CAPÍTULO 4 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	57
4.1 Individualização no século XIX	57
4.2 “Compatibilização” entre individualização e igualdade	59
4.3 O que se considera individualização hoje?	61
4.3.1 Individualização como sinônimo de determinado modelo de aplicação da pena.....	61
4.3.2 Individualização legislativa, judicial e executória: o papel do juiz na aplicação da pena.....	64
4.4 Características que favorecem a individualização.....	68
4.4.1 Normas de sanção.....	69
4.4.2 Interpretação dada pelos tribunais às normas de sanção	71
4.4.3 Possibilidade de discussão, em contraditório, sobre os elementos que compõem as normas de sanção	73
CAPÍTULO 5 - DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA	74
5.1 Estruturação da discricionariedade na aplicação da pena: igualdade e individualização	77

5.2 Diferentes formas de estruturar a discricionariedade judicial na aplicação da pena	78
5.2.1 Diretrizes numéricas: Minnesota.....	80
5.3 Autorregulação judicial e diretrizes narrativas: Inglaterra.....	85
5.4 Determinação, pelo Legislativo, dos princípios e das políticas que devem ser concretizados pelo juiz nos casos concretos: Suécia e Nova Zelândia	91
5.5 Penas mínimas obrigatórias.....	99
5.6 Sobre as reformas nos países de common law e as diferentes formas de estruturar a discricionariedade judicial na aplicação da pena	103
 CAPÍTULO 6 - MESMO CRIME, MESMA PENA?	105
6.1 Contextualização: aplicação da pena no Brasil.....	106
6.1.1 Os limites mínimo e máximo	106
6.1.2 O sistema trifásico de aplicação da pena.....	111
6.1.3 Aplicação da pena nos crimes de roubo	119
6.2 Resultados da pesquisa.....	120
6.2.1 Casos iguais? Casos distintos com a mesma fundamentação	120
6.2.2 Questões de fato	123
6.2.3 Fundamentação.....	144
6.3 Algumas considerações sobre a análise dos casos concretos	161
 CAPÍTULO 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
 REFERÊNCIAS.....	174
 APÊNDICE A – Formulário para a coleta de dados dos acórdãos do TJSP	186

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

Todo sistema de justiça criminal possui regras e princípios que servem como diretrizes para o aplicador da pena. Penas máximas obrigatórias estabelecidas pelo legislador, por exemplo, estão presentes em quase todos os ordenamentos jurídicos ocidentais. Mas a maioria dos ordenamentos vai além e possui outras normas para guiar, direcionar ou vincular a decisão judicial de aplicação da pena.

Não é difícil defender a existência dessas normas. É desejável que os cidadãos saibam que elementos serão utilizados pelo juiz na aplicação da pena. Também não parece estar em discussão que a decisão de aplicação da pena tem de poder ser controlada de acordo com critérios preestabelecidos. E, principalmente, não se questiona que a aplicação da pena deve respeitar a ideia de igualdade, isto é, casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. Os mesmos valores políticos e morais devem ser sopesados em diferentes casos concretos.

Essas considerações, embora motivem demandas por diretrizes que regulem a decisão sobre a pena, nada dizem sobre a *forma* que esses critérios devem assumir. Pode-se estabelecer, por exemplo, princípios que guiem o juiz no caso concreto, penas mínimas obrigatórias, regras que estabeleçam aumentos ou diminuições diante de determinadas circunstâncias. Muitas jurisdições combinam essas estratégias. Essas considerações também não definem os *critérios que devem ser utilizados para que se defina que casos são semelhantes entre si*: gravidade do tipo penal? Sofrimento da vítima? Dano causado? Impacto no acusado? Por fim, argumentar que a decisão judicial deve ser guiada por critérios estabelecidos nada diz sobre *quem* deve estabelecê-los: o Legislativo, os próprios tribunais ou uma agência independente.

Dentre os princípios filosófico-jurídicos que exercem papel fundamental na aplicação da pena — e, portanto, que ajudam a determinar de que forma serão estruturadas essas diretrizes — estão a igualdade, a proporcionalidade e a individualização da pena.

Este trabalho tem como objetivo mostrar o paradoxo formado por essas ideias: somente a pena fixada por lei garantiria que crimes iguais recebessem a mesma pena (princípio da igualdade e da uniformidade da forma como construído pelas teorias da retribuição e da dissuasão), mas a individualização só é concretizada se a pena for definida em função do caso concreto (individualização).

Aqui, vale explicar com mais detalhe os fundamentos dessa ideia de igualdade e em que termos essa noção se opõe à individualização da pena.

Embora haja várias formulações possíveis da ideia de igualdade na aplicação da pena, as teorias modernas da pena (retribuição e dissuasão) favoreceram a concepção de que as penas devem ser determinadas de forma objetiva e proporcional à gravidade do tipo penal violado. A ideia de que “iguais devem ser tratados de forma igual e desiguais, de forma desigual” foi interpretada com sentido de *uniformidade*, de que “tipos penais iguais devem ter como consequência penas iguais”.

Práticas de *criação de tarifas* abstratas pelo legislador — que tomam a forma, por exemplo, de penas mínimas e máximas obrigatórias, de diminuições e aumentos obrigatórios e de obrigação de aplicação de pena de prisão ou de sua substituição em determinados casos¹ — diminuem a margem de escolha da pena pelo juiz, que tem o caso concreto diante de si.

É por isso que, nesse sentido de uniformidade (que exige a determinação da pena em abstrato, com base em elementos formais do delito), a igualdade se opõe à *individualização da pena*, isto é, se opõe à possibilidade de abarcar a maior complexidade possível do caso concreto no momento de fixação da pena.

Essa tensão se manifesta numa forma particular de divisão de tarefas entre juiz e legislador que parece centralizar a decisão sobre a pena no Legislativo. Ao juiz caberia apenas aplicar o que foi decidido pelo legislador, com pouca margem de interpretação. Trata-se de visão do papel de juiz relacionada a uma concepção de segurança jurídica e separação dos poderes do século XIX, que coloca todo o peso de criação da norma no Legislativo e entende todo ato de interpretação como distorção de sua função.

É por isso que o trabalho também tem como objetivo estudar as diferentes formas de estruturar a discricionariedade judicial na aplicação da pena. Embora hoje não esteja em disputa a visão de que juízes têm discricionariedade — vinculada a critérios jurídicos — para aplicar a pena, a escolha dentre as diferentes formas de estruturar essa discricionariedade passa pelo paradoxo entre individualização da pena e uniformidade.

Se de um lado há quem entenda que o legislador deva prever de forma detalhada

¹ Para este trabalho, todas essas situações serão chamadas de “penas mínimas obrigatórias”. O termo não se refere, portanto, somente à pena mínima cominada para cada tipo penal, mas a toda disposição que determina o cumprimento de um mínimo de tempo e prisão caso presente alguma circunstância prevista em lei. A obrigação de imposição de pelo menos 5 anos e 4 meses no caso de roubo com causa de aumento (4 anos pelo roubo e 1/3 de aumento) é uma pena mínima, embora a pena mínima prevista para o crime de roubo simples seja 4 anos.

todas as situações possíveis e determinar a pena adequada para cada um desses casos (uniformidade), é possível pensar em outra estratégia: a criação de critérios que exijam do juiz, mediante fundamentação, análise mais profunda na aplicação do direito ao caso concreto, mas sem determinação prévia da quantidade e da qualidade de pena pelo legislador. É sobre esse ponto que o trabalho se debruça.

As noções de igualdade e proporcionalidade foram escolhidas para serem estudadas com mais profundidade neste trabalho porque, embora sejam postulados de proteção individual (e que estabelecem limites a partir dos quais não se pode punir), criam obstáculos cognitivos e práticos para *não intervenção penal ou aplicação de sanções alternativas à prisão*. A imposição abstrata de um mínimo de sofrimento impede que o juiz, que tem o caso concreto diante dos olhos, diminua a pena, aplique sanções alternativas à prisão ou deixe de aplicar sanção.

São princípios revestidos de “auréola de moderação” (PIRES, 2008c, p. 113) que dificultam seu questionamento. Afinal, quem pode argumentar contra um princípio de justiça?

Um dos objetivos deste trabalho foi, portanto, produzir conhecimento sobre o que “se tornou invisível por excesso de visibilidade” (PIRES, 2008e, p. 51).

Considerando o papel exercido pela noção de que “crimes iguais merecem penas iguais”, o objetivo desta pesquisa é investigar *qual a igualdade alcançada com a criação de limites mínimos e de aumentos*. Ou seja, se houver alguma igualdade entre crimes e penas, qual o critério usado para definir crimes como iguais para que recebam penas iguais?

No caso brasileiro, foco deste trabalho, importam três institutos de aplicação da pena que buscam concretizar o princípio da igualdade: pena mínima atrelada ao tipo penal, aumento obrigatório e impossibilidade de substituição de prisão.

Para isso, foram analisados, de forma qualitativa, 60 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em que foi aplicada pena mínima para roubo com causa de aumento (5 anos e 4 meses). Foram analisadas as diferenças e as semelhanças entre os casos concretos que levaram à condenação pela mesma pena, as informações factuais disponíveis nos acórdãos e questões que deixaram de ser analisadas ou deixaram de ter impacto na pena final.

A pesquisa se insere num grande campo de trabalhos que têm como objetivo questionar paradigmas do sistema de justiça criminal que impedem ou dificultam a

implementação de sanções não punitivas, fora da prisão, e de conceitos como perdão e dispensa de pena.

O quadro teórico em que se fundamenta é a teoria da racionalidade penal moderna, desenvolvida por Alvaro Pires. A racionalidade penal moderna é uma “teoria sociológica sistêmica”² sobre “um sistema de ideias” formado pelas teorias da pena e que “foi gradualmente construída para responder a um problema de pesquisa preciso”: obstáculos a reformas práticas e institucionais do direito criminal. É uma forma de observar, organizar e descrever fenômenos que dificultam a legitimação, a generalização e a estabilização de sanções que não têm como objetivo a infligência de um mal a alguém (GARCIA, 2012, p. 39-40). A forma de punir assumida por esse sistema de ideias é a obrigação de punir em sentido estrito, ou seja, a obrigação de infligir um mal (PIRES, 2004). Qualquer possibilidade de não punir, esquecer ou perdoar está excluída.

Trata-se de teoria que nos permite olhar de um ponto de vista diferente para as teorias da pena e para os princípios morais que as fundamentam: sem tentar analisar a coerência interna dos conceitos, e seu potencial para justificar a pena, mas avaliando o papel das formulações teóricas na reprodução da racionalidade penal moderna. Com isso, na perspectiva contrária, permite-nos identificar conceitos que podem representar caminhos para inovações em relação a ela.

Assim, embora o trabalho tenha estreita relação com as teorias modernas da pena, o objetivo não é verificar se uma é melhor que a outra. Importam menos os elementos de oposição entre as teorias modernas da pena e mais o que elas deixam de opor. As teorias não serão estudadas em sua especificidade, mas sim como um todo. Para Alvaro Pires, a questão teórica fundamental do debate sobre a penalidade nos séculos XVIII e XIX consiste “nas relações não problematizadas” que essas teorias estabelecem com o direito penal³. O trabalho procura discutir a noção de igualdade da forma como formulada pelas teorias da retribuição e da dissuasão justamente *pelo que ela deixa de mostrar*.

O trabalho inicia-se com a apresentação da metodologia da pesquisa empírica e com uma explicação da utilidade do estudo de experiências de outros países, que também têm as teorias de retribuição, dissuasão e reabilitação como fundamentos para aplicação da pena e enfrentam o paradoxo — invisível no direito brasileiro — entre individualizar e

² Em 2001, Pires passou a fazer uso das ferramentas conceituais da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para reformular sua teoria (GARCIA, 2012, p. 40).

³ Para Álvaro Pires (2008d, p. 37), as teorias “não são verdadeiras alternativas uma à outra; eles não estão nem mesmo em verdadeira oposição. Em todo caso, a significação teórica e prática dessa oposição foi amplamente inflada e, para ser franco, ela não vale à pena”.

uniformizar (capítulo 2). Em seguida, serão analisadas as noções de proporcionalidade e igualdade, na forma como construídas pelas teorias modernas da pena, utilizando-se como exemplo a teoria retributivista do “justo merecimento”, amplamente difundida nos Estados Unidos após 1970 e utilizada como fundamento para as reformas nos modelos de aplicação da pena naquele país (capítulo 3). A individualização da pena será analisada em seguida. Após breve descrição sobre o surgimento do conceito e sobre o modo como foi compatibilizado com a ideia de igualdade da teoria clássica, discutir-se-á o que se entende por individualização hoje e que características a favorecem (capítulo 4). Depois, será estudada a noção de discricionariedade na aplicação da pena. Partindo do pressuposto de que a ideia de que os juízes, hoje, têm discricionariedade (sempre vinculada a critérios jurídicos) para aplicação da pena não está em disputa, o capítulo 5 tem como objetivo discutir as diferentes formas de estruturar essa discricionariedade. Serão apresentadas as diretrizes numéricas (de Minnesota), a autorregulação judicial e as diretrizes narrativas (Inglaterra); a determinação, pelo juiz, de princípios e políticas que devem ser concretizados pelo juiz nos casos concretos (Suécia e Nova Zelândia); e, por fim, o estabelecimento de penas mínimas obrigatórias. Se de um lado há quem entenda que o legislador deve prever de forma detalhada todas as situações possíveis e determinar a pena adequada para cada um desses casos, o trabalho também tem como objetivo apresentar outras estratégias, como a criação de critérios que exijam do juiz, mediante fundamentação, análise mais profunda na aplicação do direito ao caso concreto, mas sem determinação prévia da quantidade e da qualidade de pena pelo legislador. No capítulo 6 será feita uma breve descrição do modelo brasileiro de aplicação da pena e, em seguida, serão analisados os resultados da pesquisa empírica.

Importante ressaltar que, dentro do sistema de justiça criminal — que compreende as atividades e as instituições envolvidas na elaboração de leis criminais, na investigação e na persecução criminal e na execução de sanções criminais, como acusação, defesa, tribunais, vítimas, sistema prisional e opinião pública —, o trabalho preocupa-se com uma tensão específica: a divisão de tarefas entre juiz e legislador na aplicação da pena. Trata-se de tensão que aparece de forma muito parecida na execução da pena⁴. As demais

⁴ Sobre essa tensão na execução da pena, ver Ferreira (2011). No trabalho, Carolina Cutrupi Ferreira (2011, p. 18) aborda a gestão da sanção na execução, isto é, “uma determinada forma de arranjo institucional que delimita, por meio da lei, o procedimento gerido ou dirigido por legislador, juiz e administrador penitenciário para ajustar a quantidade e a qualidade da sanção em cumprimento”.

instituições, embora tenham relevância enorme na definição da pena de alguém, não são abordadas neste trabalho.

O trabalho também tem como objetivo mostrar o que temos naturalizado no nosso sistema de aplicação da pena e que a compatibilização de igualdade e individualização por meio da fixação de limites mínimos e máximos pelo legislador *é apenas uma das opções*. Mas, para que se possa questionar a necessidade da pena e a existência de penas mínimas, é importante que se estudem essas práticas como mais um instrumento de política criminal, e não como imperativo de justiça. Se limitar a individualização da pena é questão de justiça, qualquer tentativa de incluir circunstâncias que se entenda serem importantes para a definição da sanção será rechaçada sem muita dificuldade.

Questões discutidas em termos de igualdade e justiça — como a estudada aqui — têm apelo moral e político muito forte, o que dificulta seu questionamento. O argumento da “justiça” é muito poderoso, por isso a importância de questionar: que justiça é essa que estamos alcançando com a compatibilização inquestionada da igualdade com a individualização baseada em penas mínimas e aumentos mínimos obrigatórios?

CAPÍTULO 2 - METODOLOGIA

2.1 A INQUIETAÇÃO E AS PRIMEIRAS ESCOLHAS

Em determinado caso julgado há pouco mais de três anos, um jovem foi condenado a 8 anos e 2 meses de prisão por tráfico de drogas. O cálculo que levou à pena foi o seguinte: 5 anos (pena mínima) + 2 anos (“trazia o réu quantidade considerável de entorpecente, com potencial destrutivo público”) + 1/6 (aumento mínimo previsto para “infração cometida nas imediações de estabelecimentos de ensino”) = 8 anos e 2 meses. A decisão, embora possa ser considerada dura, não tem grandes particularidades; é parecida com centenas de sentenças proferidas todos os dias no Fórum Criminal Mario Guimarães em São Paulo e foi mantida pelo TJSP e pelos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

A inquietação que deu origem a este trabalho nasceu de sentenças como essas. O objetivo era compreender como, no direito, que lida habitualmente com casos tão complexos, era possível que a liberdade de alguém fosse tirada, por anos, com base em cálculo matemático que se forma a partir de uma pena mínima de prisão estabelecida por lei e, em alguns casos, de muitas somas e algumas subtrações.

Usando apenas essa sentença como exemplo, o objetivo era responder a perguntas como (i) por que a prisão é pena “automática” em alguns casos e não se abre a possibilidade de discutir alternativas fora da prisão?; (ii) por que o aumento de 2 anos pela quantidade de droga? Por que não 0, 1 ou 3?; (iii) por que o aumento obrigatório de pelo menos 1/6 em todos os casos em que o fato ocorre nas intermediações de instituições de ensino?

A resposta parecia estar numa divisão particular de tarefas entre juiz e legislador na aplicação da pena, derivada de concepção de justiça de acordo com a qual seria injusto que condenações pelo mesmo tipo penal tivessem punição muito distinta. O legislador escolhe a pena em função do crime e o juiz aplica, dentro dos limites (em geral quantitativos) estabelecidos. Independentemente do caso que aparecer diante do juiz, ele é obrigado a partir da pena mínima (quase sempre de prisão) e a aplicar os aumentos pelo menos no mínimo estabelecido⁵, e ao final, se o resultado ultrapassar quatro anos, não há

⁵ Art. 68 do Código Penal “Cálculo da pena. 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

possibilidade de decidir aplicar outra pena que não a prisão⁶. A forma pela qual se dá essa divisão de tarefas diminui o campo que o juiz teria para reduzir a pena ou escolher sanção distinta da prisão.

Em esforço para delimitar o tema e criar um problema de pesquisa, foi escolhido o princípio da igualdade, por ser um dos fundamentos⁷ que sustentam as práticas que se pretendia entender — penas mínimas, aumentos obrigatórios e impossibilidade de substituição da prisão⁸.

A escolha se deu por tratar-se de postulado de proteção individual mas que fundamenta práticas que impedem maior proteção ao indivíduo objeto da decisão sobre a pena.

O estudo do princípio da igualdade e da sua relação com a individualização da pena poderia ser desenhado de várias formas. A mais óbvia, uma pesquisa teórica sobre o tema. Mas, usando a distinção famosa entre *law in books* e *law in action*, optou-se pela segunda: entender como a igualdade na aplicação da pena se dava na prática. O que é de fato “igual” em casos concretos em que são aplicadas penas iguais?

Dentro das possibilidades de pesquisa empírica, foram a princípio escolhidos crimes que, na maioria das vezes, tinham prisão como única pena prevista pelo legislador,

último, as causas de diminuição e de aumento.

⁶ Artigo 44 do Código Penal: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso”.

⁷ Maira Machado e Alvaro Pires (2010, p. 107) explicam que fundamento se encontra em ideias que fornecem a determinada prática sua “razão de ser” e um “valor forte de aprovação”. Fundamentos são “argumentos autossuficientes” e “idéias que aumentam a probabilidade de recepção e aceitação” da prática. Aos fundamentos se opõem “fatos justificativos”, que, ao contrário do fundamento, “não oferecem um ponto de apoio para a prática”.

⁸ A igualdade, na forma como construída pela retribuição e pela dissuasão, serve como fundamento para a prática legislativa da pena mínima: “a ‘igualdade perante a lei’ pode fundar a prática *legislativa* da pena mínima? Esse argumento é também contemporâneo à emergência da prática da pena mínima (‘longa duração’). Ele também é recorrente e fortemente institucionalizado e generalizado. Ele também se apresenta como um argumento auto-suficiente: a justiça exige igualdade. À pergunta ‘por que criar penas mínimas?’, poder-se-ia então responder retomando as observações de Gabriel Tarde (1898, xv-xvi): ‘A desgraça é que individualizar a pena é *desigualá-la* para delitos iguais, e é bom fazer entrar em consideração o sentimento de injustiça aparente que essa desigualdade não pode deixar de fazer com que sintam os condenados, e até um grande número dentre eles, e mesmo a massa ignorante do público’. [...] a maneira como Tarde constrói a igualdade no trecho acima – ‘a pena deve ser igual ao delito’ – é *tirada de uma das teorias da pena* (nesse caso, a teoria retributivista). O argumento da igualdade que é empregado para legitimar a pena mínima (e única) é invariavelmente tirado ou da teoria retributivista ou da teoria da dissuasão. Assim, nossa conclusão é que esse discurso sobre a igualdade faz parte efetivamente dos fundamentos da pena mínima, mas na medida em que ele é um ‘fragmento solto’ das próprias teorias da pena. São *as duas teorias indicadas* (retribuição e dissuasão) que ‘fundam’, por sua vez, esse argumento acerca da igualdade entre o delito e a pena (retribuição) ou entre a gravidade do crime e a severidade da pena (dissuasão)”. (MACHADO; PIRES, 2010, p. 116-117).

como tráfico, roubo e homicídio doloso⁹. Essa opção deixa de lado diversos crimes nos quais é permitida, ao juiz, maior margem para escolher o que considera ser a pena mais adequada, especialmente os casos em que há possibilidade de substituição por penas “restritivas de direito” (art. 44 do Código Penal [CP])¹⁰. Mas a escolha se justifica porque *revela o que o sistema permite* em determinados casos, de ampla aplicação.

Dentre os crimes com pouca possibilidade de substituição, o crime de roubo qualificado foi escolhido por várias razões¹¹: é o crime com maior incidência no sistema prisional¹²; pela redação do artigo 44 do Código Penal, tem a prisão como única resposta (cumulada com multa) e, por isso, oferece relevante obstáculo à individualização; e, por fim, a aplicação da pena nos crimes de roubo gera debates doutrinários e jurisprudenciais, sendo interessante para estudar o papel do Judiciário na ampliação ou na autolimitação de sua discricionariedade.

A partir daí, foi feita pesquisa exploratória nos bancos de dados do TJSP, do STJ e do STF disponíveis na internet, com combinações de palavras-chave como “pena”, “roubo”, “pena mínima”, “individualização da pena”. O objetivo era verificar a viabilidade

⁹ No caso do tráfico de drogas, embora a pena mínima (5 anos) impeça a substituição, há previsão de causa de diminuição de pena que permite a substituição por pena restritiva de direitos nos casos em que “o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

¹⁰ Nada indica, no entanto, que nos casos de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito haja, na prática, mais reflexão sobre a adequação da pena no caso concreto. Embora nesses casos exista um leque de sanções que podem ser escolhidas pelo juiz (prestação pecuniária, perda de bens ou valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), em pesquisa empírica realizada sobre condenações em crimes financeiros (Lei 7.492/1986) constatou-se que, apesar de ter ocorrido substituição em muitos casos (em primeira instância, houve substituição em 60,3% dos casos nos quais a sanção aplicada permitia a substituição, e nos tribunais regionais federais o índice foi de 71%), na grande maioria deles as penas escolhidas foram prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, com pouca reflexão sobre a adequação dessas penas nos casos concretos. Dois tipos de sanções que poderiam ser adequadas aos crimes financeiros, como perda de bens e valores e interdição temporária de direitos, não foram sequer cogitadas nas decisões (VIEIRA, 2010, p. 85-92).

¹¹ Não se desconhece a pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e publicada em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em que foram estudados processos de roubo com sentença condenatória, em São Paulo. Embora o material empírico dessa pesquisa e o deste trabalho sejam parecidos (acórdãos em apelações criminais de condenações por roubo), o objetivo é distinto: enquanto a pesquisa citada teve como objetivo “apreender a realidade de funcionamento do sistema de justiça com referência ao processamento dessa espécie delitiva patrimonial, especialmente no que toca à quantificação da pena e natureza do regime” (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2005, p. 22), este trabalho estuda a aplicação da pena com o objetivo de verificar uma questão específica: o automatismo decisório e as diferenças e as semelhanças dos casos concretos. A utilização dos casos de roubos é justificada, mas circunstancial.

¹² A população carcerária com imputação de crimes de roubo (simples ou qualificado, tentado ou consumado) corresponde a 58,6% do total de presos. Dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça. Referência 12/2011. Disponível em: portal.mj.gov.br.

de trabalhar com acórdãos desses tribunais e saber a quantidade e a qualidade de acórdãos disponíveis sobre o tema.

Essas são as orientações principais que guiaram a aproximação ao campo, mas as principais decisões foram tomadas ao longo da pesquisa. Os itens a seguir têm como objetivo explicar as principais escolhas que determinaram o desenho final da pesquisa empírica.

O caminho percorrido não foi linear: várias decisões foram alteradas e grande parte do planejamento foi feito após o início do trabalho, à medida que o campo foi ficando mais familiar e conhecido. As observações de Becker (1965) refletem de forma mais clara essas dificuldades:

Como todo pesquisador sabe, há muito mais numa pesquisa do que pode ser sonhado pelas filosofias da ciência, e textos de metodologia respondem apenas por uma fração dos problemas que aparecem. Os melhores planos de pesquisa deparam-se contra contingências inesperadas na coleta e na análise de dados; os dados coletados podem acabar tendo pouco a ver com as hipóteses que se pretendia testar; achados inesperados inspiram novas ideias. Independentemente do cuidado com que se planeja antes de começar, a pesquisa é desenhada enquanto é realizada. A monografia final é o resultado de centenas de decisões, grandes ou pequenas, feitas enquanto a pesquisa está sendo realizada, e nossos textos padrões não nos dão o processo ou a técnica para tomar essas decisões. (BECKER, 1965, p. 602-603, tradução livre).

2.2 TRATAMENTO DOS DADOS

Outra decisão importante para o desenho da pesquisa foi o tratamento dos dados: quantitativo ou qualitativo. Aqui, o importante era definir se os dados seriam ou não tratados sob a forma de números¹³. Optou-se pela pesquisa qualitativa (tratamento não numérico de dados), porque a análise detalhada de cada decisão e a comparação dos casos concretos de cada processo era mais relevante do que a frequência ou a representatividade dos casos. Um exemplo pode tornar essa ideia mais clara: para o trabalho, era mais importante comparar com profundidade a diferença entre dois casos concretos (que arma foi utilizada em cada caso, se houve tentativa de reparação...) do que saber em quantos casos foi aplicada a agravante de reincidência.

¹³ Conforme Alvaro Pires (2008e, p. 90): “Enfim, sob um certo ângulo, a pesquisa qualitativa como tal só se caracteriza tão simplesmente pelo fato de se construir fundamentalmente a partir de material empírico qualitativo, isto é, não tratado sob a forma de números; enquanto a pesquisa quantitativa faz o inverso. Todas as tentativas para definir essas práticas de pesquisa para além dessa forma elementar chegaram necessariamente a associá-las às preferências pessoais do pesquisador, ou à corrente teórica que ele privilegia”.

Álvaro Pires (2008e) resume de forma didática algumas características normalmente associadas à pesquisa qualitativa que foram importantes para a escolha dessa forma de tratamento de dados: flexibilidade de adaptação durante seu desenvolvimento, inclusive no que se refere à construção progressiva do objeto de investigação; capacidade de se ocupar de objetos complexos; capacidade de englobar dados heterogêneos ou de combinar diferentes técnicas de coleta de dados; capacidade de descrever em profundidade vários aspectos importantes da vida social concernentemente à cultura e à experiência vivida; abertura para o mundo empírico, a qual se expressa, geralmente, por uma valorização da exploração indutiva do campo de observação, bem como por sua abertura para a descoberta de “fatos inconvenientes” ou “negativos” (PIRES, 2008e, p. 90-91).

Em suma, e utilizando-se os critérios de validade da pesquisa qualitativa propostos por Zelditch e abordados por Jean-Pierre Deslauriers e Michele Kerisit (2008, p.139)¹⁴, considerou-se que essa seria a melhor forma de tratamento de dados porque possibilitaria o máximo de informações sobre o objeto de pesquisa, considerando-se o tempo disponível e a acessibilidade possível do material.

2.3 AMOSTRA

A amostra em sentido amplo, isto é, o “resultado de qualquer operação visando construir o corpus empírico de uma pesquisa” (PIRES, 2008a, p. 154), não se constitui ao acaso, “mas sim em função de características precisas, que o pesquisador pretende analisar” (DESLAURIERS; KERISIT, 2008, p. 139). Toda pesquisa, mesmo qualitativa, depende de decisões sobre a constituição da amostra.

No caso de pesquisas qualitativas, a principal escolha parece ser a de constituir uma amostra operacional (pesquisa de estrutura fechada) ou uma amostra que se confunde com a totalidade da população estudada (estrutura aberta). No caso da estrutura fechada, “a situação do pesquisador é tal que lhe é impossível pesquisar toda a sua população e ele decide retirar dela uma amostra bem definida” (PIRES, 2008a, p. 158). Na pesquisa com estrutura aberta, “constitui-se um corpo empírico com uma totalidade particular”, ou seja, a

¹⁴ “Na tradição da pesquisa qualitativa, Zelditch (1969: 9) propõe dois grandes critérios para julgar a validade dos instrumentos de trazer as informações desejadas. A maior parte do tempo, os pesquisadores qualitativos escolhem os instrumentos que lhes fornecerão o máximo de informações sobre o tema de pesquisa. O outro critério é a eficácia dos instrumentos; sua utilização é rentável, no que se refere ao tempo requerido, ao custo e à acessibilidade permitida e possível?” (DESLAURIERS; KERISIT, 2008, p. 139).

população é analisada em sua totalidade e, dessa forma, passa-se direto do corpo empírico para o nível teórico (PIRES, 2008a, p. 161).

Optou-se por compor o corpo empírico (amostra em sentido amplo) na estrutura aberta, por vários motivos. Em primeiro lugar, porque fechar a escolha de uma população em função de um período de tempo (um ano, seis ou três meses) só faria sentido se isso tivesse algum significado para a pesquisa. Neste trabalho, o interesse era estudar acórdãos recentes, e não acórdãos de um período específico, já que nada indicou a existência de alguma alteração significativa na jurisprudência nos últimos anos. Por fim, a pesquisa tinha como objetivo verificar potencial diversidade de casos concretos, e não formar um banco de dados representativo das decisões do TJSP.

Considerando esses objetivos e as limitações da base de dados, iniciaram-se, no começo de 2012, a coleta e a análise de acórdãos julgados em 2011, da data mais recente para a mais antiga. A decisão de interromper a coleta dos acórdãos se deu com a utilização do princípio da saturação, explicado por Álvaro Pires como o fenômeno pelo qual o pesquisador julga que os novos documentos não trazem informações novas que justifiquem continuar com a coleta de dados:

a saturação é menos um critério de constituição da amostra do que um critério de sua avaliação metodológica. Ela cumpre duas funções capitais: de um ponto de vista operacional, ela indica em qual momento o pesquisador deve parar a coleta dos dados, evitando-lhe, assim, um desperdício inútil de provas, tempo e dinheiro; de um ponto de vista metodológico, ela permite generalizar os resultados para o conjunto do universo de análise (população) ao qual o grupo analisado pertence (generalização empírico-analítica). (PIRES, 2008a, p. 198).

Após a análise de 60 acórdãos julgados em 2011, os seguintes não trouxeram informações que justificassem a continuação da coleta. Os demais acórdãos foram descartados e foi definido o corpo empírico.

2.4 COMPOSIÇÃO DO BANCO DE DADOS

Explicadas as principais decisões relacionadas à metodologia de pesquisa, importante explicitar, em maior detalhe, a composição do banco de dados e o tratamento das informações.

O material empírico do trabalho é composto por acórdãos de apelações criminais julgadas pelo TJSP em que foi aplicada a pena mínima para roubo com causa de aumento, (5 anos e 4 meses de reclusão).

A escolha do Tribunal de Justiça justifica-se porque, apesar de as sentenças de primeiro grau terem mais informações sobre o caso concreto, a coleta de grande número de decisões seria difícil, já que poucas sentenças estão disponíveis na base de dados digital do TJSP. Os acórdãos foram buscados no TJSP porque a pesquisa foi realizada em São Paulo, e porque é do TJSP a maior parte das decisões em que o aumento da pena no crime de roubo era aplicado exclusivamente em função do número de causas de aumento¹⁵. É também o maior tribunal do país. Foram selecionadas apenas as apelações, pois é nesse recurso que se discutem, preponderantemente, questões de fato. O objetivo do estudo — analisar a diversidade de fatos que têm como resultado a mesma consequência — ficaria prejudicado caso se pesquisassem recursos ou ações em que a discussão de fato fosse limitada ou lateral¹⁶.

Dentre as penas possíveis para o crime de roubo, optou-se pelo estudo de uma pena determinada, já que o trabalho tem como objetivo olhar para a complexidade de casos concretos agrupada sob uma *mesma pena*. A escolha de penas diferentes poderia dar grande margem para valoração da adequação de determinada diferença de pena em relação à possível semelhança de fatos (e vice-versa), o que não se pretende fazer nesta pesquisa empírica. A pena “exata” (e não penas semelhantes ou muito parecidas) é o elemento invariável da pesquisa, por meio do qual é possível observar com mais clareza e precisão a variação dos demais elementos.

Foi escolhida a pena de 5 anos e 4 meses porque, em pesquisa preliminar (com a palavra-chave “roubo”), foi a pena aplicada mais frequentemente. A pena de 5 anos e 4 meses corresponde, em geral, à pena mínima de roubo (4 anos) + 1/3 (aumento mínimo na presença de causa de aumento)¹⁷ e prevaleceu largamente.

A pena de 5 anos e 6 meses (segunda pena mais frequente na pesquisa preliminar) corresponde principalmente à pena-base no mínimo + 3/8 (aumento comumente usado nos casos de presença de duas causas de aumento). Os acórdãos com essa pena foram analisados, mas descartados, considerando que eram muito parecidos com os de aplicação

¹⁵ Essas decisões deram origem à Súmula 443 do STJ (“O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”), que será analisada no capítulo 6.

¹⁶ As revisões criminais, portanto, foram excluídas por terem fundamentação vinculada e, por isso, permitirem menor revisão do fato concreto.

¹⁷ Há casos, raros, em que a pena de 5 anos e 4 meses é aplicada já na primeira fase e não há causas de aumento. Nesse caso, a pena corresponde à pena-base, e não à pena-base + aumento. Um desses casos compôs o banco de dados final da pesquisa e foi comentado adiante, no capítulo 6.

de 5 anos e 4 meses, sem nenhuma diferença significativa que justificasse a análise dos dois grupos.

O acesso à íntegra dos acórdãos foi feito pelo banco de dados disponível no TJSP¹⁸. As palavras-chave usadas no campo “pesquisa livre” foram “5 anos e 4 meses” + “roubo”. Como o objetivo da pesquisa era estudar a aplicação da pena hoje, o marco temporal escolhido foi o de acórdãos julgados imediatamente antes de coleta, ou seja, julgados até 31 de dezembro de 2011.

Como a busca de seis meses de acórdãos, entre 1º de julho de 2011 e 31 de dezembro de 2011, resultou em 494 acórdãos (número que certamente ultrapassa a possibilidade de análise), coletaram-se esses acórdãos¹⁹, com a intenção de parar a análise quando atingida a saturação.

Desses acórdãos, foram excluídos 236, pelos seguintes motivos: não eram apelações criminais²⁰; indivíduo foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses em primeiro grau e em fase de apelação foi extinta punibilidade pela prescrição²¹; houve condenação por roubo no mínimo (5 anos e 4 meses) mas não houve nenhuma discussão acerca da pena, pois a apelação dizia respeito a outro crime conexo²²; o termo “5 anos e 4 meses” estava presente em acórdão citado como jurisprudência, mas não era a pena que tinha sido aplicada²³; indivíduo foi condenado às penas usadas como palavras-chave, mas por outro crime²⁴, ou por roubo em primeiro grau, mas absolvido pelo TJSP²⁵; além de acórdãos repetidos²⁶. Ainda, 13 acórdãos foram excluídos porque estavam ilegíveis²⁷.

Por fim, foram excluídos todos os casos em que a pena do crime de *roubo*, pela aplicação de causas de aumento (continuidade delitiva ou concurso formal) ou diminuição (tentativa), ficou, ao final, diferente de 5 anos e 4 meses. Exceção foi feita apenas para os casos em que a pena final pelo roubo foi aplicada em 5 anos e 4 meses mas que, em razão

¹⁸ Disponível em www.tjsp.jus.br. Ferramenta: “consulta de jurisprudência”.

¹⁹ Essas datas foram inseridas no campo “data do julgamento”.

²⁰ Por exemplo, TJSP, Revisão Criminal 0299804-45.2009.8.26.0000.

²¹ Por exemplo, TJSP, Apelação Criminal 9087912-09.2005.8.26.0000.

²² Por exemplo, TJSP, Apelação Criminal 0000386- 57.2010.8.26.0106.

²³ Por exemplo, TJSP, Apelação Criminal 0061501-53.2010.8.26.0050.

²⁴ Por exemplo, TJSP, Apelação Criminal 001337614.2010.8.26.0322.

²⁵ Por exemplo, TJSP, Apelação Criminal 0001250-82.2009.8.26.0445.

²⁶ Pessoa foi condenada a 5 anos e 6 meses e a pena foi reduzida para 5 anos e 4 meses, ou vice-versa (exemplo: TJSP, Apelação Criminal 0079523- 62.2010.8.26.0050).

²⁷ TJSP, Apelações Criminais: 0050953-66.2010.8.26.0050; 072922-71.2009.8.26.0000; 9072922-71.2009.8.26.0000; 3001278-73.2010.8.26.0506; 0003109-94.2010.8.26.0091; 0011013-51.2008.8.26.0281; 3000699-67.2006.8.26.0506; 0000039-60.2011.8.26.0309; 9000061-63.2005.8.26.0506; 0015404-16.2010.8.26.0625; 0065313-66.2010.8.26.0224; 0054177-17.2007.8.26.0050; 0004135-25.2003.8.26.0366.

de concurso material com outro crime, ficou superior. O critério determinante para inclusão desses casos na população foi a pena final do crime de roubo, já que serão essas as circunstâncias do caso concreto que serão analisadas.

Foram selecionados, assim, 258 acórdãos.

2.5 ANÁLISE DOS CASOS SELECIONADOS

Como já explicado, do total de 258 acórdãos, apenas 60 compuseram o corpo de análise, em razão do princípio da saturação.

Todos os resultados qualitativos — referentes a cada um dos critérios de análise, bem como a novas categorias de cruzamento de dados — foram computados, tabelados e devidamente analisados no capítulo 6.

O material foi sistematizado por meio de um formulário dividido em quatro grupos de informações: dados sobre o processo, descrição do caso concreto, dados da condenação e informações gerais²⁸.

O primeiro grupo (*dados sobre o processo*) traz campos que servem para identificar o acórdão (como número, recorrente, turma julgadora, data de julgamento) e descrever o resultado de primeiro grau (decisão e pena aplicada).

O segundo grupo (*descrição do caso concreto*) traz a transcrição dos trechos que dizem respeito ao caso concreto, em geral no início do relatório ou do voto (“narra a denúncia que...”) e também informações que aparecerem ao longo da leitura dos votos. Além disso, esse grupo traz campos específicos para algumas informações que podem particularizar o caso, como as seguintes: confissão, posse mansa e pacífica, violência ou grave ameaça, arma, bens subtraídos e bens recuperados.

Os dados da *condenação* e da *aplicação da pena* foram divididos nas seguintes categorias: tipo (condenação); pena de multa; pena-base; circunstâncias judiciais favoráveis; circunstâncias judiciais desfavoráveis; agravantes; atenuantes; causas de aumento; causas de diminuição; concurso de crimes; concurso de pessoas; regime inicial; evolução decisão; evolução da pena.

E, por fim, *fundamentação da pena*: trecho integral da fundamentação da pena; número de parágrafos ou linhas de fundamentação.

²⁸ Apêndice A.

Em todos os casos em que haveria possibilidade de complementação (por exemplo, indicação da circunstância atenuante e *quantum* de diminuição), a informação foi coletada.

2.6 O PAPEL DA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA E DAS EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES

A formulação teórica do problema de pesquisa e o refinamento dos termos utilizados no trabalho serão feitos com o estudo bibliográfico sobre individualização da pena, igualdade e proporcionalidade na aplicação da pena e discricionariedade. Além disso, foram estudadas as experiências de alguns países que seguiram caminhos muito distintos para “estruturar a discricionariedade na aplicação da pena”²⁹.

Diferentemente do Brasil, Austrália, Inglaterra, Suécia, Nova Zelândia, diversos países da Europa, algumas províncias do Canadá e alguns estados norte-americanos passaram por reformas profundas no sistema de aplicação de penas especialmente a partir de aproximadamente 1970. As preocupações que levaram a essas reformas e as estruturas implementadas variam de forma significativa, mas há algumas semelhanças: em geral, as discussões prévias às reformas giraram em torno da “inconsistência” ou da “disparidade entre penas”. Nos Estados Unidos, as noções de igualdade e proporcionalidade foram colocadas no centro da decisão sobre a pena com a adoção das *sentencing guidelines*. Nova Zelândia e Suécia optaram por estabelecer leis escritas com princípios, diretrizes e fatores que devem ser observados para a aplicação da pena.

O material teórico e empírico que mostra o que motivou as reformas, como foram feitas e quais as consequências das mudanças é muito interessante para o estudo da aplicação da pena no Brasil. Não para sugerir a importação de determinado modelo, mas para refinar os pressupostos teóricos do trabalho, com base na literatura produzida sobre o tema, e ajustar o olhar para diferentes formas de estruturar a discricionariedade na

²⁹ “*Structuring sentencing discretion*” é a expressão utilizada por von Hirsch, Ashworth e Roberts para designar as diferentes formas de guiar a decisão judicial no momento de aplicação da pena. De acordo com os autores, a maior parte dos países adota um modelo com alguma forma de orientação ou regramento da discricionariedade do aplicador da pena: “Permitir a quem aplica a pena discricionariedade sem entraves, guiada apenas por revisão judicial em apelação, provavelmente resultaria em ampla disparidade. O outro extremo, consistente em constranger a discricionariedade judicial em grau elevado, pelo uso de penas mínimas obrigatórias, gera injustiça igualmente grave, tratando casos diferentes da mesma forma. A maioria das jurisdições de *common law* escolheram estruturar a discricionariedade de forma intermediária. Mas mesmo o meio-termo contém grau significativo de variação” (VON HIRSCH; ASHWORTH; ROBERTS, 2009, p. 229-236, tradução livre).

aplicação da pena. Esse “ajuste do olhar” é importante para a interpretação da pesquisa qualitativa:

Dada a importância das interpretações na pesquisa qualitativa, a revisão bibliográfica leva o pesquisador a escolher uma fundamentação teórica. Durante as etapas de coleta e análise dos dados, a leitura facilitará o desenvolvimento do processo analítico [...] a leitura de obras teóricas fornece os conceitos e as metáforas graças aos quais pode-se interpretar um dado opaco. (DESLAURIERS; KERISIT, 2008, p. 141).

É possível antecipar duas possíveis objeções a essa escolha. A primeira seria a de que experiências anglo-saxãs não teriam nada a nos ensinar, por estarem inseridas em sistemas de *common law*. A segunda objeção aparece em formulações como: determinado país “quase não tem crime” ou “é muito mais rico” e, por isso, seria ingênuo utilizar suas experiências no Brasil.

O esforço de agrupamento das jurisdições mundiais em alguns sistemas jurídicos (ou famílias jurídicas) ocupou, tradicionalmente, papel central no direito comparado. Hoje, após diversos estudos sobre as limitações das categorias, os sistemas jurídicos são vistos mais como tipos ideais do que como retratação precisa da realidade (PARGENDLER, 2012, p. 2). Em tema de aplicação de pena, a distinção *common law* e *civil law* tem baixo potencial descritivo.

No que diz respeito à tensão entre o papel do juiz e o do legislador na aplicação da pena, é preciso atentar para a existência, no caso de países com tradição de *common law*, de regras abstratas derivadas de precedentes e que teriam tarefa perecida com a do legislador em países de *civil law*: estabelecer critérios para aplicação da pena pelo juiz que tem o caso diante dos olhos. O que importa é se esses critérios tomam a forma de “tarifas” ou de fundamentos ou circunstâncias que devem ser levados em conta pelo juiz, e não se foram estabelecidos em precedentes jurisprudenciais ou em um código escrito.

Além disso, as reformas pelas quais os países anglo-saxões passaram após a década de 1970 foram em geral concretizadas por meio de leis formais escritas do Legislativo, de forma muito semelhante a nossos códigos. E, aqui no Brasil, a separação estanque (lei x juiz) também já perdeu potencial explicativo, considerando que muitas regras hoje são construções jurisprudenciais.

Em relação à segunda objeção, de que não podemos olhar para experiências de outros países porque são diferentes, têm menos crime ou instituições mais desenvolvidas, tudo depende do que se pretende extrair dessas experiências.

Este não é um trabalho de “criminologia comparada”, termo que se refere ao método de pesquisa definido por Beirne e Nelken (1997, p. xv) como “a comparação sistemática e teoricamente informada” e, no caso da criminologia, “sobre crime em uma ou mais culturas”. O método utilizado neste trabalho não é comparativo. Os dados utilizados são acórdãos do TJSP, sem nenhuma pretensão de comparação com outros dados de diferentes jurisdições. O estudo de experiências de outros países tem como objetivo entender o modo como as noções de igualdade, proporcionalidade e individualização da pena foram articuladas em jurisdições que recentemente passaram por mudanças significativas na aplicação da pena.

A crítica de que não se pode comparar o incomparável, portanto, não se aplica. Mas, de qualquer forma, é importante mostrar por que as elaborações sobre igualdade, proporcionalidade e individualização da pena de outras jurisdições fazem sentido para o estudo que se quer fazer.

Como explicado no capítulo 1, o estudo dessas ideias tem como marco teórico a racionalidade penal moderna, um sistema que “não tem passaporte” (MACHADO, 2012, p. 263) e cujas ideias “não são limitadas por fronteiras geográficas” (PIRES, 2005, p. 193-194). Nesse campo, as diferenças entre a tradição romano-germânica e a anglo-saxônica “podem não ter muita significação”:

Claro, essa relativa universalidade de certas idéias não impede que algumas delas, sejam boas ou más, estejam mais “localizadas” em algumas regiões ou sejam mais “atualizadas” em algumas regiões do que em outras. Mas, como pano de fundo, estão disponíveis na nossa cultura jurídico-penal ocidental e moderna. (PIRES, 2005, p. 193-194).

Em trabalho dedicado a examinar os efeitos da racionalidade penal moderna sobre a construção social da noção de crime internacional, Maira Machado conclui que “as ideias-chave da Racionalidade Penal Moderna podem ser facilmente detectadas nos programas jurídicos aprovados por uma centena de países, nos cinco continentes” (MACHADO, 2012, p. 263).

Os países estudados também têm as teorias de retribuição, dissuasão e reabilitação como fundamentos para aplicação da pena e enfrentam o paradoxo — invisível no direito brasileiro — entre individualizar e uniformizar. A tensão descrita por Tarde (1898, p. v-vi, tradução livre) no século XIX — “a desgraça é que individualizar a pena é torná-la desigual para infrações iguais” — é preocupação contemporânea na literatura anglo-saxã. Como exemplos mais explícitos, pode-se citar o livro *Discretion in Criminal Justice: the*

Tension Between Individualization and Uniformity (OHLIN; REMINGTON, 1993); o artigo “Equal Justice Versus Individualized Justice: Discretion and the Current State of Sentencing Guidelines” (KOONS-WITT, 2009); e o seguinte trecho de Morris e Tonry:

a tensão entre a exigência de equidade — que haja *standards* gerais que se apliquem a todos — e de justiça — que todos critérios legítimos de distinção entre indivíduos sejam considerados quando decisões sobre indivíduos são feitas — foi colocada em foco pela determinação do Congresso para a Sentencing Commission dos Estados Unidos. (MORRIS; TONRY, 1990, p. 82-83, tradução livre).

2.7 O VIÉS DA ESCOLHA DOS CRIMES DE ROUBO

Pode-se argumentar que a escolha de pesquisar casos de aplicação da pena mínima em roubo teria um viés, já que são justamente os casos em que a decisão sobre a pena é mais padronizada — em razão da frequência do tipo penal nos tribunais, que poderia levar à existência de decisões “padrão”, especialmente nos casos de pena mínima, em que se costuma exigir menos motivação. De acordo com esse raciocínio, num caso complexo, muito específico, de imputações menos comuns e acompanhado intensamente pela mídia — como o caso “mensalão” (Ação Penal 470 do STF) —, a decisão em geral seria menos padronizada.

Mas essa escolha não invalida a pesquisa, porque não se busca generalizar para todas as penas aplicadas no Brasil as conclusões formuladas com base nos casos estudados empiricamente. O objetivo é bem mais modesto: analisar qualitativamente algumas decisões e a partir daí “construir conhecimento útil” (PIRES, 2008e, p. 45) sobre alguns aspectos do *que nosso sistema criminal permite* em matéria de aplicação da pena, *nos casos* que compõem a maioria da população prisional brasileira.

Diferentemente da concepção clássica da ciência, neutra, imparcial e sem viés, busca-se aqui a produção de conhecimento que não pretende revelar a realidade como um todo, e sim buscar “uma boa ou uma certa aproximação dos aspectos pertinentes dessa realidade” (PIRES, 2008e, p. 65) a partir de escolhas organizadas com base em questões que serão apresentadas ao longo do trabalho. Trata-se de conhecimento útil, com viés ético, de maneira “que nos faça ganhar também no sentido de intersubjetivo, em criatividade, solidariedade e capacidade de escuta em relação a todos aqueles e aquelas que sofrem”: “O ‘viés’ era um problema; agora, sob a condição de ser eticamente bem orientado, ele é o que conta para a ciência” (PIRES, 2008e, p. 44).

Isso não significa que esta pesquisa não tenha intenção de buscar um “conhecimento sistemático do real válido empiricamente” (PIRES, 2008e, p. 45). Muito pelo contrário: é orientada por um método que permite a produção de conhecimento válido, e não completamente subjetivo ou relativista:

O pesquisador é obrigado a concluir que seus resultados não abrangem toda a realidade, que erros são possíveis e que, necessariamente, deformações foram introduzidas, que dimensões foram esclarecidas e outras, obscurecidas, que o conhecimento que ele produz é um conhecimento aproximado (Bachelard), etc. Mas, ele não é obrigado a concluir que todos os seus resultados são subjetivos, no sentido de que eles não podem ser confrontados com uma realidade que se encontra fora da mente dos indivíduos. (PIRES, 2008e, p. 65).

Este capítulo teve justamente a intenção de expor as decisões que podem auxiliar o leitor a avaliar o alcance e a validade da pesquisa.

CAPÍTULO 3 - IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

A variedade de ideias e formulações sobre igualdade no direito é notória. A noção³⁰ formal de igualdade que determina que “iguais³¹ devem ser tratados de forma igual³² e desiguais de forma desigual” não serve como guia de conduta sem critérios substantivos indicando quais pessoas são iguais para cada caso e o que constitui tratamento igual (HART, 1994, p. 159; ROSS, 1959, p. 270; FLATHMAN, 1967; LUCAS, 1965, p. 296-297; POJMAN; WESTMORELAND, 1997, p. 2). Argumentos opostos podem ser defendidos sob o prisma do ideal de igualdade (como nas discussões sobre cotas raciais). Alguns autores entendem que, por isso, o conceito de igualdade é vazio (Cf. WESTEN, 1982) ou então que pode ser manipulado para ser aplicado somente para políticas com a qual se concorda (Cf. OPPENHEIM, 1970, p. 143). Outros procuram definir igualdade com base em critérios substantivos³³ e, assim, possibilitar a classificação de políticas como igualitárias ou não igualitárias ou então tentam argumentar que algumas formas de igualdade (de recursos, bem-estar, oportunidade, por exemplo) são preferíveis às demais (Cf. DWORKIN, 2000; HARE, 1997). Há também aqueles que defendem que, embora sem conteúdo claramente definido, a noção de igualdade gera uma presunção de tratamento igual, demandando justificação para tratamento desigual (Cf. WILLIAMS, 1962). Exerce, portanto, uma força moral para guiar determinadas formas de distribuição de obrigações e benefícios (Cf. GREENAWALT, 1983, p. 1184). Para diversos autores, a noção de

³⁰ Não é o objetivo aqui discutir com profundidade o que é igualdade no direito. Basta dizer que a noção de igualdade tratada neste trabalho engloba as visões de igualdade como princípio (RAWLS, 1971), ideia (WILLIAMS, 1962) ou conceito (OPPENHEIM, 1970, p. 143).

³¹ Há autores que falam em “pessoas” iguais e autores que falam em “casos” iguais (Cf. HART, 1994, p. 159).

³² A noção de que “iguais devem ser tratados de forma igual” engloba todas as formulações de que a razão pela qual uma pessoa deve ser tratada de determinada maneira é que ele ou ela é “parecido” ou “igual” ou “semelhante a” ou “idêntico a” ou “o mesmo que” outra pessoa que recebe esse tratamento.

³³ De acordo com Peter Westen, o argumento de que existem diversas noções substantivas distintas de igualdade não se sustenta, pois, na realidade, as noções são somente variações substantivas da formulação formal de que “iguais devem ser tratados de forma igual”: “dizer que bens devem ser distribuídos de acordo com mérito ou necessidades ou produtos ou vontades é simplesmente dizer que o critério substantivo que define sob que aspecto as pessoas são iguais é mérito ou necessidades ou produtos ou vontades. Nesse sentido, é um erro acreditar que várias noções de igualdade podem ser enumeradas em uma lista múltipla e finita. De um lado, há tantas versões substantivas de igualdade quanto noções substantivas de direitos com base nas quais pessoas podem ser tidas como ‘iguais’ ou ‘desiguais’; de outro, só há uma noção de igualdade — a de que ‘iguais devem ser tratados de forma igual’”. (WESTEN, 1982, p. 530, nota 8, tradução livre).

igualdade é essencial por ser fonte de outros direitos e liberdades (Cf. DWORKIN, 1977, p. 273; RAWLS, 1958, p. 165-166).

As formulações sobre a relação entre igualdade e justiça também são as mais diversas. Para Alf Ross (1959, p. 269-270) e Hart (1994, p. 159), a noção formal de igualdade é elemento central — mas incompleto — da ideia de justiça, porque deve ser acrescentada de critério material para a determinação da classe para a qual a norma de igualdade se aplica. Nozick (1974), ao olhar para a forma pela qual os bens foram distribuídos em determinada sociedade (e não para o resultado da distribuição), argumenta que sua concepção de justiça não faz nenhum tipo de presunção a favor da noção de igualdade.

Assim, embora seja um fato empírico que os indivíduos são desiguais em quase todos os aspectos, a ideia de que humanos são essencialmente iguais ou de igual valor parece ser um dos dogmas de quase todas as teorias morais ou políticas contemporâneas (POJMAN; WESTMORELAND, 1997, p. 1) e exerce papel importante para fundamentar práticas de aplicação de pena.

Neste trabalho, importa a forma como princípios de igualdade e proporcionalidade foram esmiuçados pelo saber clássico-penal para responder à questão: *como* e *quanto* punir? A noção de que “delitos iguais devem receber penas iguais”, da forma como construída pelas teorias da dissuasão e da retribuição, tem importantes consequências práticas para a definição de arranjos normativos em matéria de aplicação da pena.

3.1 IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NAS TEORIAS MODERNAS DA PENA CRIMINAL: FUNDAMENTO PARA A OBRIGAÇÃO DE PUNIR

O princípio de igualdade formal ou de uniformidade na teoria da pena de Beccaria visa “prevenir qualquer incerteza e qualquer disparidade nas decisões dos tribunais” (PIRES, 2008c, p. 163). Permitir que o juiz decida de acordo com o caso significaria que o espírito das leis depende da “violência de suas paixões”:

Cada homem tem sua maneira própria de ver; e o mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido, enfim, de todas as pequenas causas que mudam as aparências e desnaturam os objetos no espírito inconstante do homem. (BECCARIA, 1764, p. 46-47).

A noção de igualdade nas teorias da pena criminal está ligada à ideia de proporcionalidade, que passa a ter um sentido filosófico-jurídico “preciso e restrito às sanções penais” a partir da segunda metade do século XVIII, com o saber clássico (PIRES, 2008c, p. 167). Embora tanto os utilitaristas como os retributivistas sustentem a exigência de proporcionalidade, ela não tem o mesmo sentido para ambas as teorias. Para explicar a diferença nas concepções de proporcionalidade formuladas inicialmente por Kant e Beccaria, Alvaro Pires usa as ideias de “proporcionalidade-escala” e “proporcionalidade-espelho” (PIRES, 2008c, p. 167-169).

A noção de proporcionalidade, para Beccaria (“proporcionalidade-escala”), está ligada à dissuasão. O legislador deve estabelecer uma “escala correspondente entre as penas, indo da mais forte à mais fraca” (BECCARIA, 1764, p. 51), para que, quanto mais nocivo o delito, maiores fossem os obstáculos que o afastariam das pessoas (BECCARIA, 1764, p. 50). Trata-se de proporcionalidade vertical, que “pressupõe duas escalas paralelas, uma para os delitos e outra para as penas” (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 49). De acordo com Pires, a proporcionalidade-escala tem dois objetivos: (i) “produzir a própria dissuasão” a partir de um excedente que supere as vantagens obtidas com o cometimento do crime, de modo que a escala necessariamente “deve compreender um mínimo de pena aquém do qual não se pode cair”; (ii) impedir o cometimento de crimes mais graves, já que, existindo a escala, o ofensor optaria pelo crime com pena menor (PIRES, 2008c, p. 167-174).

A concepção retributivista de proporcionalidade (“proporcionalidade-espelho”) está mais relacionada à noção de igualdade. A pena deve ter uma relação de “correspondência intrínseca, equilíbrio ou identidade” com a conduta, com o objetivo de restabelecer a situação anterior ao delito (PIRES, 2008c, p. 169). A comparação é entre a pena e o delito, daí a ideia de uma proporcionalidade horizontal.

Isso porque, para Kant, a escolha do tipo de pena baseia-se na “identidade aproximativa de natureza entre o crime e a pena” (PIRES, 2008b, p. 214). A justificativa está, portanto, na ideia de que “o mal injusto que uma pessoa causa na outra deve ser tido como praticado contra ela própria” (KANT, 1887, p. 197). O homicídio deveria ser punido com pena de morte, o estupro com castração e a “bestialidade” com expulsão da sociedade civil. A solução de Kant para os crimes patrimoniais, no entanto, é diversa. Aplicada a lei do Talião, bastaria a devolução do bem do furto para que se reestabelecesse a situação anterior, mas Kant justifica uma pena maior em razão da intencionalidade do crime, para

satisfazer a ideia de justiça. De acordo com Alvaro Pires, embora o critério de identidade de natureza tenha perdido força com a proibição geral de penas desumanas, o princípio não desapareceu e serve para justificar a aceitação prática de ideia utilitarista de excedente de pena (PIRES, 2008b, p. 215).

Para Maira Machado, Alvaro Pires, Carolina Ferreira e Pedro Schaffa (2009, p. 50), “essa forma particular de responder como e quanto punir parece haver deixado como legado uma concepção tarifária de penas, segundo a qual as penas devem ser determinadas objetivamente e definidas (na qualidade e quantidade) em função da gravidade ao crime”. Esse critério depende exclusivamente dos elementos da infração “no sentido formal” — ou seja, do tipo penal —, e não “da situação concreta levada diante do juiz”.

Além das noções de escala e espelho, Pires (2008b, p. 170) explica como a noção de proporcionalidade também exprime a ideia de “um limite além do qual não se deve punir”. Nesse sentido, a proporcionalidade exerceria efetivamente seu papel crítico contra os abusos do antigo sistema e no combate à ideia de penas indeterminadas do positivismo italiano (PIRES, 2008c, p. 170). Ainda hoje, o princípio teria uma “função de denúncia”, como na condenação de pequenos contraventores a longas penas de prisão.

A semelhança entre as construções (igualdade, proporcionalidade-espelho e proporcionalidade-escala) está na consequência prática: essas teorias selecionaram determinada definição de igualdade e proporcionalidade nas penas que estimulou a prática da definição da pena pelo legislador, de forma abstrata.

Assim, embora as fórmulas abstratas decorram da ideia filosófica de livre-arbítrio³⁴ e tenham como justificativa a necessidade de redução da arbitrariedade, a noção de igualdade como uniformidade e a exigência de proporcionalidade entre pena e gravidade do crime fundamentam a *obrigação de punir*.

Um bom exemplo da utilização dessas noções de *proporcionalidade* e *igualdade* como ideais de política criminal na aplicação da pena são as reformas que ocorreram nos Estados Unidos a partir de 1970. Embora no Brasil esses princípios também sejam usados como argumentos para a limitação da possibilidade de individualização da pena pelo juiz,

³⁴ Segundo esse preceito, a pessoa que comete crimes não é diferente dos outros, da mesma forma que o crime não advém de causas naturalísticas. O delito surge do livre-arbítrio de que cada indivíduo dispõe nos limites do contrato social. A função da pena se associava às ideias de utilidade e de necessidade, tudo em conformidade com o princípio da legalidade (BARATTA, 2002, p. 31). No mesmo sentido, Saleilles (1898, p. 53, tradução livre), sobre a Escola Clássica: “Teria, pois, de supor que, diante de um ato idêntico, um roubo, um homicídio, todos os que tivessem cometido eram igualmente livres, e, por conseguinte, igualmente responsáveis. [...] Todo homem, diante de um ato idêntico, está numa situação igual; pode escolher entre duas opções: fazer ou não fazer. O que faz virar a responsabilidade não é o grau de liberdade, mas a gravidade do ato que se executa”.

nos países que passaram recentemente por reformas as questões foram debatidas mais intensamente³⁵.

3.2 IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NO CENTRO DA DECISÃO SOBRE A PENA: AS REFORMAS NOS ESTADOS UNIDOS A PARTIR DE 1970

Von Hirsch, Andrew Ashworth e Julian Roberts identificam algumas mudanças significativas na forma de justificar e aplicar pena em alguns países ocidentais a partir de 1960, mas especialmente depois da década de 1970. Embora exista grande variação na forma como os diversos países ocidentais estruturam sua política de aplicação da pena, algumas tendências foram apontadas como mais frequentes e relevantes: o declínio do ideal de reabilitação como justificativa para a imposição e a duração das penas de prisão, especialmente em razão de fortes críticas à possibilidade de os programas de reabilitação prevenirem reincidência; a necessidade de evitar disparidades indesejadas para justificar as reformas; e o uso de teorias retributivistas, no formato de “justo merecimento”, como norteador das reformas (VON HIRSCH; ASHWORTH; ROBERTS, 2009, p. 1, 103 e 229)³⁶.

Neste item, serão abordadas as reformas que ocorreram nos Estados Unidos a partir de 1970, em razão tanto da ampla documentação quanto da importância da teoria do “justo merecimento” como fundamento para as mudanças.

Há aproximadamente 40 anos, os Estados Unidos passaram por uma reforma considerada “radical” no sistema de aplicação de pena (TONRY, 1996, p. 3). Hoje, grande parte dos estados tem diretrizes de aplicação de pena (*sentencing guidelines*); todos os estados têm penas mínimas obrigatórias para alguns crimes; e alguns estados aprovaram leis que determinam a aplicação de penas severas — e obrigatórias — no caso de reincidência (por exemplo, leis de “três *strikes* e você está fora”).

A crítica se concentrava no que se chamava de *sistema “indeterminado” de aplicação da pena*: processualistas entendiam que deveria haver maior *accountability* e que a aplicação da pena deveria estar sujeita à revisão; ativistas de direitos humanos estavam preocupados com viés racial e social na determinação da pena; e conservadores

³⁵ Embora em 1984 tenha havido relevante reforma na parte geral do Código Penal, em países como nos Estados Unidos a mudança foi radical, tendo alterado o modelo de aplicação de pena como um todo. Em comparação, as mudanças no Código penal brasileiro foram mais pontuais.

³⁶ Ver também Duff (1993, p. xi-xvii).

políticos criticavam a leniência dos juízes (TONRY, 1996, p. 9). Filósofos passaram a apoiar ideias retributivistas (Cf. MORRIS, 1968) e professores e pesquisadores passaram a sustentar a necessidade de reforma do sistema (Cf. VON HIRSCH, 1976).

O livro do juiz Marvin E. Frankel, *Criminal Sentences: Law Without Order* (1973), é considerado a principal influência do movimento de reforma que culminou nas legislações de aplicação de pena das décadas de 1980 e 1990 nos Estados Unidos³⁷. Baseando-se em suas experiências como juiz federal, Frankel argumentou que os poderes irrestritos dos juízes norte-americanos eram “terríveis e intoleráveis num estado democrático de direito” (FRANKEL, 1973, p. 5). O livro é uma crítica feroz à ideia de que a pena deve ser individualizada (FRANKEL, 1973, p. 10) e aponta a falta de fundamentação de sentenças (FRANKEL, 1973, p. 39-49) e diversas formas de viés (FRANKEL, 1973, p. 42-43).

Na mesma época, em 1976, Andrew von Hirsch publicou o livro *Doing Justice*, resultado de pesquisa realizada pelo Comitê de Estudos de Encarceramento, que se reuniu pela primeira vez em 1971 (AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, 1971) para estudar o sistema penitenciário norte-americano e colocou a teoria retributivista de “justo merecimento” na pauta da discussão sobre pena e, com isso, a ideia de que a pena deve ser proporcional à severidade do crime (DUFF, 1993, p. xii).

Embora houvesse divergência em relação ao sistema que deveria ser adotado, pode-se dizer que dentre os defensores da necessidade de reforma predominavam as seguintes ideias: a pena deve ser proporcional à severidade da ofensa; a justiça na aplicação da pena requer diretrizes para o aplicador; a pena não deve se basear em considerações de reabilitação; e os indivíduos não devem ser coagidos a participar de programas de tratamento (TONRY, 2011a, p. 21).

Em parte, a teoria retributivista ganhou força em razão de

questionamentos acerca da efetividade da reabilitação de indivíduos em programas correcionais e em parte pela percepção de que funcionários da administração penitenciária não deviam ter ampla discricionariedade sobre a vida de indivíduos e de que essa discricionariedade em geral é exercida de forma

³⁷ De acordo com Reitz (1993, p. 645, tradução livre): “o livro *Criminal Sentences*, do juiz Frankel, pode ser o trabalho mais influente do estudo da justiça criminal nos últimos 20 anos. É a melhor acusação contra práticas indeterminadas de aplicação da pena na literatura. Suas propostas guiaram as linhas gerais de reforma nos anos 1980 e 1990 [...]”. O livro de Frankel tornou-se o principal foco de vários *workshops* que foram realizados na Yale Law School e providenciaram os fundamentos para as propostas do senador Kennedy (DEMLEITNER; BERMAN; MILLER; WRIGHT, 2007, p. 118). No mesmo sentido, ver Stith e Cabranes (1998, p. 35).

aleatória, arbitrária ou discriminatória. (TONRY; HATLESTAD, 1997, p. 6, tradução livre).

Esse diagnóstico é confirmado por Andrew von Hirsch e Lisa Maher, em 2009, para quem o ideal de reabilitação criminal “estava em declínio desde o início dos anos 1970 até meados dos anos 1980. Esforços para tratamento pareciam oferecer pouca esperança de sucesso” (VON HIRSCH; MAHER, 2009, p. 34, tradução livre).

Garland (2001, p. 8, tradução livre) descreve a queda de apoio ao ideal de reabilitação a partir de 1970 como “supreendentemente brusca” e explica que “a mudança de sentimento ocorreu primeiramente — e de forma mais enfática — na academia, mas depois, e com maior receio, também afetou os operadores do sistema criminal, o discurso dos gestores e as expectativas do público em geral”:

Em um curto período de tempo, tornou-se comum considerar o principal valor de toda a estrutura de bem-estar penal não apenas como um ideal impossível mas, de forma mais notável, como um objetivo de política criminal impróprio, e até perigoso, e que era contraprodutivo em seus efeitos e equivocado em seus objetivos. (GARLAND, 2001, p. 8, tradução livre).

A descrição de Daniel J. Freed ajuda a explicar o contexto que antecedeu a reforma nos Estados Unidos:

No sistema de aplicação de pena que prevaleceu no século anterior ao Sentencing Reform Act, juízes recebiam ampla margem dentro da qual poderiam impor a pena, mas sem pontos de ancoragem a partir do qual deveriam começar. Quando confrontados com um caso concreto, alguns juízes começavam no mínimo e ajustavam a pena “para cima”, de acordo com a gravidade do crime e as características do condenado. Outros começavam no topo, sob o argumento de que todo condenado merece a pena máxima (“cometa o crime e receba a pena”) mas estariam sujeitos a circunstâncias atenuantes e também redução da pena pela confissão. Outros começavam num ponto médio, aumentando ou reduzindo a pena de acordo com circunstâncias agravantes ou atenuantes. Preferência pessoal ditava a metodologia de cada juiz, e a decisão da Suprema Corte no caso *Williams v. New York* passava a mensagem de que qualquer pena dentro dos limites máximo e mínimo (se houvesse), baseada em qualquer informação disponível, provavelmente não seria reformada. A aplicação da pena raramente era motivada e normalmente não podia ser reformada em apelação. Assim, poucos juízes lançavam mão de motivação que poderia nortear outras decisões. [...]. Com a ausência de norte e de revisão em apelação, bem como com a questão onipresente da discricionariedade administrativa na execução, era inevitável que juízes aplicassem penas distintas para acusados em situações semelhantes. As finalidades da pena só agravavam o problema: juízes, com frequência, discordavam sobre que categorias de acusados deveriam ser incapacitados, reabilitados, dissuadidos ou punidos. Todos os objetivos eram considerados legítimos, não havia nenhum critério para selecionar um deles, e diferentes objetivos poderiam levar a diferentes penas. (FREED, 1992, p. 1688, tradução livre).

Surge, assim, um movimento em direção a um sistema mais determinado de aplicação de pena. Em 1984, foi promulgado o Sentencing Reform Act³⁸ para a jurisdição federal, com a extinção da United States Parole Commission, responsável pela revisão, durante a execução, da pena imposta na sentença; a autorização para se revisar a aplicação da pena em sede de apelação; e a criação da Comissão de Aplicação da Pena (U.S. Sentencing Commission), uma agência especializada, independente do Judiciário, que elaboraria as diretrizes de aplicação da pena (*sentencing guidelines*) (FREED, 1992, p. 1680-1681)³⁹. Dentre outros objetivos, a comissão tinha como função criar um modelo que proporcionasse

certeza e equidade ao cumprir as finalidades da pena, evitando disparidades indesejadas entre acusados com os mesmos antecedentes e que tenham sido considerados culpados por delitos parecidos, mantendo flexibilidade suficiente para permitir penas individualizadas quando isso for necessário para levar em consideração circunstâncias agravantes e atenuantes não consideradas de forma geral.⁴⁰

Independentemente das funções latentes, a grande marca da reforma era a necessidade de redução de disparidades injustificadas. Em artigo publicado em 1993, o então presidente e conselheiro da comissão, citando documentos do Congresso, reforçou que “o Congresso foi motivado por vários objetivos primários ao promulgar a legislação de reforma da aplicação da pena, mas nenhum foi mais importante que aumentar a justiça e a

³⁸ Pub. L. No. 98473, 98 Stat 1987 (1984) (amended at 18 U.S.C. §§ 3551-3559, 3561- 3566, 3571-3574, 3581-3586 (1988), e 28 U.S.C. §§ 991-998 (1988).

³⁹ A United States Sentencing Commission é uma agência independente do Poder Judiciário de governo. Seus objetivos principais são: (i) estabelecer políticas e práticas de aplicação de pena para a Justiça Federal, incluindo diretrizes (guias de aplicação) a serem consultadas pelos juízes sobre a forma e a severidade adequada de pena para autores de crimes federais; (ii) assessorar e auxiliar o Congresso e o Executivo a desenvolver política criminal eficaz e eficiente; e (iii) coletar, analisar, pesquisar e produzir ampla gama de informações sobre aplicação de pena em crimes federais, servindo como fonte de informação para o Congresso, o Poder Executivo, o Poder Judiciário, a comunidade acadêmica e o público (Informação do site da United States Sentencing Commission. Disponível em: www.ussc.gov/About_the_Commission/index.cfm).

⁴⁰ 28 U.S.C. §§ 994 (1988). Tradução livre. Antes da promulgação, em 1984, o senador Kennedy havia introduzido versões de projetos de lei sobre aplicação da pena durante todas as legislaturas (STITH; CABRANES, 1998, p. 38, TONRY, 1996, p. 12). De acordo com Stith e Cabranes (1998, p. 41), as propostas anteriores do senador Kennedy eram diferentes da versão promulgada em vários aspectos, especialmente em razão da eleição de Ronald Reagan para presidente em 1980. O mais significativo: os primeiros projetos previam que as diretrizes seriam uma recomendação, e não obrigatórias. A explicação de Stith e Cabranes é compartilhada por Michael Tonry (1996, p. 12): a legislação “foi formulada e acordada em um momento político no qual os ideais do juiz Frankel eram compartilhados pela maioria, mas implementados em outro momento político, em que tinham pouca influência”. A política de crime e controle do Reagan em 1985, quando os sete primeiros membros da comissão foram apontados, “estava mais orientada para severidade do que para justiça e igualdade” (TONRY, 1996, p. 13, tradução livre).

uniformidade na dosimetria da pena” (WILKINS; STEER JUNIOR, 1993, p. 64, tradução livre).

Em seu primeiro manual de aplicação da pena (1987), a comissão expressamente distinguiu “uniformidade” e “proporcionalidade”, afirmando que o Congresso buscara uniformidade na aplicação da pena ao diminuir a grande disparidade em penas aplicadas em crimes semelhantes praticados por acusados semelhantes e proporcionalidade ao aplicar penas distintas para condutas de diferente gravidade (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 1987, p. 2). Explicou, em seguida, a “tensão” entre os ideais:

Existe uma tensão, no entanto, entre o mandamento de uniformidade (tratar casos semelhantes de forma semelhante) e o mandamento de proporcionalidade (tratar casos diferentes de forma diferente), o que, dada a tensão histórica entre direito e equidade, torna difícil alcançar os dois objetivos simultaneamente. Uniformidade perfeita — aplicar pena de 5 anos a todos os condenados — acaba com a proporcionalidade. Ter apenas poucas e simples categorias de crimes tornaria as diretrizes de aplicação da pena mais uniformes e fáceis de serem administradas, mas poderia agregar condutas que são diferentes em aspectos relevantes. Por exemplo, uma mesma categoria que inclui roubo com e sem arma, roubo com e sem lesão corporal e roubo de poucos dólares e de milhões é muito ampla. Ao mesmo tempo, um sistema de aplicação de pena desenhado para adequar-se a todas as possíveis nuances de cada caso pode ser difícil de ser usado na prática e comprometer a certeza da pena e seu efeito dissuasório. Um condenado por roubo a banco com (ou sem) arma, que manteve escondida (ou apontada), pode ter assustado (ou apenas ameaçado), causado lesões graves (ou menos graves), pode ter amarrado (ou apenas empurrado) um guarda, o caixa ou um consumidor, à noite (ou ao meio-dia), por um péssimo (ou não tão péssimo) motivo, numa tentativa de fazer dinheiro para outros crimes (ou por outros motivos), na companhia de poucas (ou muitas) outras pessoas, pela primeira (ou quarta) vez naquele dia, enquanto sóbrio (ou após o consumo de álcool ou drogas), e assim por diante. (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 1987, p. 2-3, tradução livre).

A comissão em seguida explicou como tentou conciliar esses ideais estabelecendo categorias não tão amplas a ponto de permitir o que se considerou ser excessiva discricionariedade judicial e não tão detalhadas a ponto de criar um sistema complexo demais:

A lista de circunstâncias potencialmente relevantes do comportamento criminoso é longa; o fato de que podem ocorrer em múltiplas combinações significa que a lista de possíveis permutações entre circunstâncias é virtualmente infinita. A relação adequada entre as diferentes circunstâncias é excessivamente difícil de ser estabelecida, porque em geral dependem do contexto. [...] Quanto maior o número de subcategorias, maior a complexidade e menor a operabilidade do sistema. Além disso, as próprias subcategorias, às vezes muito amplas e às vezes muito estreitas, vão ser aplicadas e interagir de forma imprevista e em situações imprevistas, deixando de resolver o problema da falta de justiça de um sistema

com categorias simples e amplas. Finalmente, e talvez mais importante, oficiais da execução e juízes, ao aplicar um complexo sistema de subcategorias, teriam de tomar diversas decisões sobre se os fatos do caso concreto são suficientes para encaixar em alguma subcategoria particular. Quanto maior o número de decisões a serem tomadas e quanto maior a sua complexidade, maior o risco de diferentes juízes aplicarem os guias de forma distinta em casos semelhantes, reintroduzindo a disparidade que o sistema foi desenhado para eliminar. Considerando esses argumentos, é tentador regredir para um modelo com categorias simples e amplas, para permitir ao juiz a discricionariedade de selecionar a pena mais adequada dentro de limites amplos. Obviamente, no entanto, permitir ampla discricionariedade pode fazer, justamente, com que cada juiz exerça a discricionariedade de forma diferente. Ou seja, isso pode levar ao retorno da disparidade que o Congresso determinou que fosse limitada pela comissão. No final das contas, não há uma solução completamente satisfatória para esse impasse prático. A comissão teve de sopesar as vantagens e as desvantagens comparativas da categorização ampla e simples e da subcategorização complexa e detalhada e, dentro dos limites estabelecidos por esse equilíbrio, minimizar o poder discricionário do julgador. (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 1987, p. 3, tradução livre).

A estratégia utilizada para formatação das diretrizes na jurisdição federal foi a criação de grades numéricas, com duas linhas, vertical e horizontal. A linha vertical representando a gravidade do delito, e a horizontal, os antecedentes criminais: a pena a ser aplicada é extraída da célula em que a linha contendo a categoria de gravidade encontra a coluna com o valor dos antecedentes.

Embora todo processo de criação de normas envolva a redução da complexidade dos fatos, a forma utilizada pelos Estados Unidos para tentar reduzir a disparidade das penas — classificação das diversas condutas em categorias predefinidas — é apenas uma das diferentes maneiras de estruturar a discricionariedade na aplicação da pena, como será visto no capítulo 5.

Trata-se de estratégia que tem como objetivo a *uniformidade* e coloca a *proporcionalidade* como princípio norteador da reforma. Mas qual proporcionalidade foi buscada com a reforma?

Para a comissão, a proporcionalidade estaria respeitada com a criação das diretrizes de aplicação de pena porque casos que se encaixassem no alto da tabela seriam uniformemente mais graves do que aqueles que se situassem nas faixas inferiores (FREED, 1992, p. 1704).

A reforma também aconteceu nos estados norte-americanos: até 2013, pelo menos 22 estados haviam adotado diretrizes para aplicação da pena, com a instituição de comissão independente e permanente⁴¹.

Além da instituição das diretrizes de aplicação de pena, em 1950 o Congresso ampliou o uso de penas mínimas obrigatórias — que já eram previstas para crimes graves desde o século XVIII — e aumentou seus valores. Uma legislação antidrogas promulgada em 1986 (The Anti-Drug Abuse Act of 1986) estabeleceu o quadro normativo aplicado hoje aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, com penas mínimas variando de 5 anos à prisão perpétua, dependendo da qualidade e da quantidade de drogas (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2011, p. 30).

Uma forma particular de pena mínima obrigatória muito utilizada pelos estados norte-americanos foi a regra “três *strikes* e você está fora”, que impõe pena específica, muitas vezes severa, nos casos de terceira condenação criminal. De acordo com Alice Ristroph (2006, p. 1314), a maioria dos observadores dessas leis concordam em dois aspectos: primeiro, existe grande apoio popular a leis que atingem reincidentes habituais; e segundo, o mais relevante objetivo da pena nesses casos é a incapacitação⁴².

Os Estados Unidos foram tomados como exemplo de estruturação da discricionariedade judicial na aplicação da pena após o diagnóstico de que o sistema “indeterminado” precisava ser alterado. Mas, como será estudado adiante (capítulo 5), as formas de criar um sistema mais determinado de aplicação da pena foram as mais diversas em diferentes jurisdições ocidentais.

Antes de aprofundar o estudo dessas tendências, importante esclarecer o que se quer dizer com sistemas “determinado” e “indeterminado” de aplicação da pena e, principalmente, o que essa classificação deixa de ver. Para von Hirsch e Hanrahan (1981, p. 294), sistemas “tradicionais” de aplicação da pena nos Estados Unidos (a partir do começo do século XX) eram indeterminados porque havia poucos critérios (*standards*) explícitos para controle das autoridades responsáveis pela determinação da pena (juízes e oficiais da execução) e também porque esses sistemas retardavam a decisão da exata

⁴¹ Informação obtida no *site* da Associação Nacional de Comissões de Aplicação da Pena (National Association of Sentencing Commissions) — www.thenasc.com. Para análise detalhada das semelhanças e das diferenças entre as diretrizes estaduais de aplicação da pena nos Estados Unidos, ver Frase (2005b).

⁴² Para outros trabalhos específicos sobre essas leis, ver Clark, Austin e Henry (1997), Zimring, Hawkins e Kamin (2001) e Vitiello (2004).

quantidade de pena de prisão para depois do cumprimento de boa parte da pena⁴³. Sistemas “determinados”, de outro lado, possuem critérios explícitos e detalhados sobre “quanto” punir e procedimentos claros que permitem que o prisioneiro seja informado logo da data em que se espera que poderá sair⁴⁴.

Essa classificação deixa de considerar (ou é neutra em relação a) três aspectos: (i) qual instituição define os critérios e implementa nos casos concretos, (ii) o formato desses critérios e (iii) as teorias da pena favorecidas por esses critérios (VON HIRSCH; HANRAHAN, 1981, p. 294-296). Ou seja: dizer que um sistema deve ser mais determinado não significa que as penas devem ser determinadas *em razão da gravidade do delito, de forma proporcional*. Muitas vezes, essas ideias se confundem porque, como descrito anteriormente, a crítica ao sistema indeterminado nos Estados Unidos veio acompanhada de mais destaque à teoria retributivista de “justo merecimento”. Mas temos aqui planos distintos: o primeiro, relacionado ao grau de determinação, ou o grau de discricionariedade, deixado a quem tem o caso diante dos olhos (mais ou menos critérios, maior ou menor exigência de fundamentação); isso é diferente das formas de estruturar essa discricionariedade (diretrizes numéricas, precedentes judiciais, princípios estabelecidos em lei, etc.); o que também não se confunde com as teorias da pena as quais cada uma dessas formas favorece.

O fato de muitos países, especialmente os Estados Unidos, terem passado por reformas nas formas de estruturar a discricionariedade na aplicação da pena e colocado as ideias de “igualdade”, “proporcionalidade”, “justiça” e “uniformidade” no centro das discussões sobre aplicação da pena ajuda a compreender o que hoje se quer dizer com “crimes iguais devem receber penas iguais” e a perceber as diferentes formas utilizadas para buscar essa tão desejada igualdade. O estudo do que se projetou com a ideia de *just deserts* mostra a implicação da construção teórica para as reformas que ocorreram especialmente a partir da década de 1960.

⁴³ É em função dessa segunda característica que Tonry define o que para ele são sistemas “indeterminados de aplicação da pena”: O sistema indeterminado de aplicação da pena (*indeterminate sentencing*), que vigorou nos Estados Unidos e em outros países, como Inglaterra, do fim do século XIX até por volta de 1970, significa um modelo no qual a duração da pena não é definida no momento da sentença. Essa definição é feita por um juiz, ou administrador, durante a execução, com base em cada caso individual. Em sistemas considerados “extremos”, como Califórnia e Washington, o juiz da sentença decidia apenas que a pena seria de prisão, mas não tinha nenhuma influência sobre a definição do período de tempo em que indivíduo ficaria lá, e as penas variavam sempre de um ano até o máximo cominado em lei para aquele crime (TONRY, 2011a, p. 4).

⁴⁴ Essas definições têm a prisão como centro de referência. No item 3.2.2.3 deste capítulo será estudada a forma como diferentes autores entendem que deve ser estruturada a decisão para aplicação de penas alternativas.

3.2.1 A teoria do “justo merecimento” e a proporcionalidade como critério para definição da quantidade de pena

Como mencionado anteriormente, em 1976, Andrew von Hirsch colocou a teoria retributivista de justo merecimento na pauta da discussão sobre pena e, com isso, a ideia de que a pena deve ser proporcional à severidade do crime. De acordo com diagnóstico de von Hirsch (2009, p. 115), mais de 30 anos depois, o “movimento para proporcionalidade na aplicação da pena” provavelmente havia começado com a publicação de um relatório — *Struggle for Justice* — financiado por *quakers*, em 1971. O relatório recomendava penas proporcionais e moderadas em oposição à utilização de previsões acerca de reabilitação para decidir a pena. De acordo com ele, a relação entre a ideia de *just deserts* e proporcionalidade foi estabelecida depois, em textos como *Punishment and Desert* (KLEINIG, 1973) e *Trials and Punishments* (DUFF, 1986), além de seu próprio *Doing Justice*⁴⁵.

De acordo com definição de von Hirsch, Ashworth e Roberts (2009, p. 102, tradução livre), um teórico do “merecimento” entende que a “quantidade de pena deve, por uma questão de justiça, ser proporcional à gravidade relativa do crime cometido”. Embora teorias retributivistas tenham um longo passado, desde Kant e Hegel, a marca distintiva da teoria do justo merecimento é a resposta que dá à pergunta “quanto punir?”⁴⁶. Para von Hirsch (2011, p. 212), a quantidade de pena deve ser definida de acordo com *proporcionalidade ordinal*: pessoas condenadas por crimes semelhantes devem receber penas de severidade semelhante, e pessoas condenadas por crimes de diferente gravidade devem receber penas de severidade comparavelmente diferente. É como se houvesse uma escala de gravidade dos crimes à qual corresponderia uma escala de severidade das penas, nos termos do que já fora proposto por Beccaria (1764).

O sistema depende de “pontos de ancoragem”, com base nos quais a escala de penas será criada. Aqui a teoria oferece menos balizas, já que por meio dela não é possível saber qual seria a pena mais adequada para determinado crime (*proporcionalidade*

⁴⁵ Outros pesquisadores britânicos e escandinavos, como A. E. Bottoms, Andrew Ashworth, Martin Wasik, e Nils Jareborg, também colaboraram para impulsionar o movimento (VON HIRSCH, 2011, p. 207-208).

⁴⁶ Antes da década de 1970, o papel da proporcionalidade na aplicação da pena era bem mais restrito: penas manifestamente excessivas em relação à gravidade do tipo penal eram consideradas injustas (e, em muitos sistemas, inconstitucionais). O princípio, portanto, fundamentava a proibição de penas draconianas mas tinha pouco papel na escolha da pena adequada (VON HIRSCH, 2011, p. 210).

cardinal). De acordo com von Hirsch (2011, p. 212, tradução livre), “se x meses, y meses ou algo no meio disso é a pena adequada para roubo depende de como a escala foi ancorada e que penas foram cominadas aos demais crimes”. De qualquer forma, segundo ele, uma escala com grau de severidade de penas muito alto é “inconsistente com a função moral da censura penal”.

A proporção deve se dar entre severidade da pena e gravidade da conduta criminosa do acusado:

a primeira base para decidir a quantidade de pena, nessa teoria, é o princípio da proporcionalidade ou de merecimento proporcional [*commensurate deserts*], que requer que a severidade da pena seja proporcional à gravidade da conduta do acusado. O critério para a decisão sobre a quantidade de pena é, portanto, retrospectivo, e não consequencialista: é a gravidade da ofensa pela qual o acusado foi condenado. (VON HIRSCH, 2011, p. 210, tradução livre).

Mas o que se leva em consideração para avaliar a gravidade do crime? E como montar um sistema que possa ser chamado de proporcional?

Von Hirsch considera principalmente o tipo penal, com pequenos ajustes em relação a antecedentes. A princípio, portanto, a gravidade do crime é a gravidade do tipo penal pelo qual o acusado foi condenado. De acordo com von Hirsch, o acusado primário deve receber o benefício da dúvida de ser menos reprovável do que parece, já que o crime pode ter sido excepcional ou consequência de condições atenuantes (TONRY, 2011b, p. 223). Outros teóricos de *just deserts* vão mais longe e acreditam que antecedentes não devem ter nenhuma influência na pena (Cf. FLETCHER, 1978). O sistema desconsidera o impacto subjetivo da pena no acusado, com exceção de casos excepcionais de circunstâncias atenuantes ou agravantes (VON HIRSCH, 2011, p. 211).

Nessa teoria, proporcionalidade e igualdade são elementos centrais na aplicação da pena. Não são apenas limites (como muitas teorias anteriores e posteriores argumentam): determinam, quantitativamente, a pena mais adequada para cada conduta. A igualdade, portanto, tem uma relação estreita com proporcionalidade: as penas mínimas e máximas devem estar ligadas à gravidade do tipo penal para que todos os condenados pelo mesmo crime recebam penas semelhantes e condenados por tipos penais distintos recebam penas proporcionalmente diferentes.

Para von Hirsch, o justo merecimento tem a vantagem de buscar resultados mais justos, já que a ênfase estaria no que era devido ao indivíduo pelo crime cometido, e não em como sua pena poderia afetar o comportamento futuro dele ou de outros. Segundo ele,

dissuasão não deveria ter nenhuma influência na aplicação da pena, por imperativo de justiça:

Equidade é sacrificada quando o princípio da proporcionalidade não é considerado, mesmo para fins de prevenção criminal. Suponhamos que os acusados A e B são condenados por condutas de graus semelhantes de gravidade. Suponhamos que se considere que B é mais propenso a reincidir e, por isso, recebe pena mais alta. Desconsiderando-se a possível utilidade dessa pena, B está sendo tratado como mais culpável que A, ainda que as condutas sejam igualmente reprováveis [...] Quando a pena é decidida de outra forma [sem proporcionalidade], isso não é apenas ineficiente, mas também injusto; acusados são punidos com mais ou menos censura do que a culpabilidade comparativa determinaria. (VON HIRSCH, 2011, p. 211, tradução livre).

Além disso, o sistema de justo merecimento seria capaz de oferecer mais direcionamento: “o juiz, em vez de ter de responder questões empíricas sobre o efeito dissuasório da pena, lida com assuntos que estão a seu alcance, como a gravidade do crime e a reprovabilidade da conduta” (VON HIRSCH, 2011, p. 208, tradução livre).

A teoria do merecimento, na sua forma mais rígida ou atenuada — com a consideração de outros critérios além da gravidade do tipo penal —, teve influência significativa nas reformas na aplicação da pena em alguns países:

a abordagem do merecimento teve proeminência significativa em textos sobre teoria da aplicação da pena e influência permanente (ainda que disputada) na política de aplicação da pena de muitas jurisdições, ilustrada por sua adoção em diversos sistemas de *sentencing guidelines* dos Estados Unidos (como Minnesota e Oregon), na legislação finlandesa, em 1976, e sueca, em 1988, nas propostas recentes de reforma na Nova Zelândia e, de forma mais atenuada, nas reformas de 1991 e 2003 na Inglaterra. (VON HIRSCH; ASHWORTH; ROBERTS, 2009, p. 102, tradução livre).

Como veremos adiante, a adoção da teoria do merecimento não exige necessariamente a elaboração de diretrizes de aplicação da pena, mas é necessário que, de alguma forma, os tipos penais sejam considerados de forma genérica para escalonar a pena (TONRY, 2011b, p. 224), relacionando-se mais comumente com sanções prisionais, pois os exemplos da escala de severidade da sanção normalmente dizem respeito a x anos ou meses de prisão⁴⁷.

Serão apresentadas, a seguir, as principais críticas à teoria do “justo merecimento”.

⁴⁷ Alguns defensores da noção de proporcionalidade estrita entendem ser possível escalonar sanções fora da prisão, como no modelo teórico criado por von Hirsch, Wasik e Greene (1989), que será abordado no item 3.2.2.3 deste capítulo.

3.2.2 Críticas às ideias retributivistas do “justo merecimento”

As críticas ao “justo merecimento” dividem-se em argumentos principiológicos e questionamentos acerca das suas consequências práticas para fundamentar reformas no sistema de aplicação de pena. Algumas críticas referem-se à forma mais “radical” da teoria, segundo a qual apenas a gravidade do crime (aferida com base no tipo penal da condenação) deve ser utilizada para escalonar as penas, e outras dizem respeito à forma pela qual a teoria foi colocada em prática, o que não necessariamente reflete o que foi elaborado pela doutrina.

Em relação ao pressuposto da teoria, críticos (i) argumentam pela impossibilidade de realização de juízo abstrato de gravidade comparativa, considerando injusta a proibição de utilização de outros critérios — além do tipo penal da condenação — para determinar a quantidade de pena de alguém, especialmente se esses critérios puderem levar a uma redução da pena, e (ii) entendem que a correspondência entre tipo penal da condenação e culpabilidade é uma ilusão, já que muitos fatores externos à culpabilidade determinam o tipo penal pelo qual o indivíduo é condenado (classificação do fato pela polícia, etc.).

Em relação às consequências práticas do que determina a teoria, argumenta-se que (iii) o movimento iniciado em 1970 por penas estritamente proporcionais e baseadas somente no “justo merecimento” aumentou a severidade das penas e restringiu o uso de sanções não prisionais e que (iv) os profissionais do direito acabam encontrando uma forma de não aplicar penas que consideram severas demais, o que geraria diferenças indesejadas entre indivíduos as quais a teoria visa coibir (seria melhor que essas mitigações acontecessem de forma transparente).

3.2.2.1 Impossibilidade de realização de juízo abstrato de gravidade comparativa

Embora toda criação de norma envolva o agrupamento de situações de fato e a redução da complexidade de casos concretos, o juízo abstrato sempre pode gerar efeitos distorcidos na prática. Argumentam alguns autores que “muitos casos são difíceis de capturar numa tabela” e que, embora as diretrizes tenham algum espaço para ajustes, a aritmética utilizada para o cálculo desses ajustes pode produzir “resultados ridículos” (FREED, 1992, p. 1704). Tonry (2011b, p. 217, tradução livre) defende que critérios de

proporcionalidade “forte” na aplicação da pena em geral geram mais injustiça do que conseguem prevenir. De acordo com ele, o “justo merecimento” e o desenvolvimento de políticas rígidas de aplicação da pena baseadas apenas no tipo penal e nos antecedentes foram “erros bem-intencionados, com o objetivo de reduzir a disparidade e o viés racial e de classe na sentença”:

Talvez tenham sido erros necessários para nos proteger contra penas aberrantemente severas e expor injustiças que resultam da transferência do foco da pena do ofensor para o crime. Mas foram erros, e agora sabemos como melhorar. (TONRY, 2009, p. 354, tradução livre).

A injustiça, de forma muito simplificada, estaria na impossibilidade de considerar outros fatores que não tipo penal e antecedentes criminais para mitigar a pena. Para o autor, uma política justa garantiria que o indivíduo não recebesse penas mais severas do que seria devido, mas na qual juízes teriam o poder de mitigar sentenças em todos os casos. Essa política teria três elementos principais: (i) para proteção contra sanções *injustamente* severas, penas máximas seriam estabelecidas de acordo com o crime cometido; (ii) para proteção contra sanções *desnecessariamente* severas, o juiz seria direcionado a aplicar, dentro das sanções apropriadas, a menos restritiva possível, podendo motivar sua decisão em qualquer circunstância legítima; (iii) para proteção contra sanções *indevidamente* severas, os juízes poderiam mitigar as sanções para levar em consideração as circunstâncias especiais e particulares do acusado (TONRY, 2009, p. 354-356). Não se consideram fatores sociais (VON HIRSCH, 2011, p. 214-215) nem os efeitos colaterais da pena no indivíduo e em sua família, como nos casos de prisão de uma mãe solteira por crime de drogas (que pode resultar na institucionalização de seus filhos).

A divergência, aqui, parece relacionar-se à noção de culpabilidade do autor. Para Tonry (2009, p. 357, tradução livre), quem defende proporcionalidade pelo “merecimento” “simplifica de forma indevida a culpabilidade”, restringindo o conceito ao tipo penal e aos antecedentes criminais. Etiquetas normativas derivadas do tipo penal seriam expressões pouco precisas da reprovabilidade de determinados atos (MORRIS; TONRY, 1990, p. 87).

Além disso, critica-se a “padronização” gerada pela noção de “justo merecimento” (TONRY, 2011b, p. 225). Ao analisar o modelo de tabela de diretrizes com um eixo para a gravidade do crime e outro para os antecedentes (modelo mais comum de *guidelines* e que será descrito no capítulo 5), Tonry (2011b, p. 227, tradução livre) argumenta que em Minnesota, por exemplo, “é possível que uma pessoa condenada por

solicitar substituição com quatro condenações prévias por crimes patrimoniais de menor potencial ofensivo receba a mesma pena que uma pessoa condenada por roubo com uma condenação prévia por roubo”. Embora as escolhas individuais feitas pela comissão possam parecer razoáveis e bem justificadas, o resultado final da combinação pode gerar distorções: “muitos indivíduos considerados como semelhantes podem parecer, aos olhos de muita gente, bem diferentes” (TONRY, 2011b, p. 227). Esse ponto será analisado com mais profundidade ao final deste capítulo.

3.2.2.2 Ilusão de correspondência entre tipo penal e culpabilidade

A possibilidade de negociar a acusação com o Ministério Público por meio da confissão (instituto do *plea bargain*) faz com que autores de países com sistemas de *common law* entendam que o tipo penal da condenação não é medida perfeita de culpabilidade (TONRY, 2011b). Nos Estados Unidos, se dois indivíduos participam de forma semelhante de um roubo com arma, um pode ser condenado por roubo simples e o outro por roubo qualificado se o primeiro fizer um acordo e se declarar culpado de roubo simples.

Embora não exista instituto igual no Brasil, a crítica pode ser adequada ao problema da seletividade: como o tipo penal da condenação reflete juízos anteriores à ação penal, não deveria ser usado como única medida para aplicação da pena.

3.2.2.3 Aumento da população prisional

A relação entre as reformas pós-1970 nos Estados Unidos e o aumento da população prisional é objeto de constante debate. Uma das conclusões de relatório publicado pela U.S. Sentencing Commission 15 anos depois da implementação da reforma que criou as diretrizes de aplicação e ampliou a utilização de penas obrigatórias foi o aumento significativo do tempo médio de cumprimento de pena:

Para quem é condenado à pena de prisão, o tempo de pena cumprida cresceu de forma substancial na era das diretrizes de aplicação de pena. O tempo médio de pena cumprida mais que dobrou depois da implementação. Desde 1992, tem havido uma pequena diminuição no tempo médio de cumprimento, mas, ainda assim, o indivíduo típico condenado pela Justiça Federal em 2002 vai permanecer quase mais que o dobro de tempo na prisão que o condenado em 1984, aumentando de uma média de 25 meses para uma média de 50 meses.

(UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2004, p. 49, tradução livre)⁴⁸.

A relação entre o uso da teoria para justificar a aplicação da pena e o aumento se daria pela restrição ao uso de sanções não prisionais, já que escalas quantitativas (medidas em anos e meses) são mais precisas — e, portanto, mais fáceis de escalonar — que escalas qualitativas (diferentes tipos de sanções). O grande sucesso da teoria do “justo merecimento”, segundo Tonry, é justamente a objetividade do uso de anos e meses:

porque as penas de prisão podem ser expressadas em unidades aparentemente objetivas de anos e meses, e como “disparidade” em termo de prisão parece a princípio ser algo ruim, textos recentes sobre aplicação da pena aplaudem o que Andrew von Hirsch chama de “princípio da proporcionalidade”. (TONRY, 2011b, p. 217, tradução livre).

A elaboração de critérios para avaliação da severidade das sanções seria pouco discutida em razão do foco nas sanções prisionais e na “simplicidade” da duração em anos, meses e dias.

Ainda utilizando o exemplo norte-americano, Marc Miller (2005, p. 277, tradução livre) argumenta que a igualdade formal das diretrizes federais de aplicação da pena não corresponde à “verdadeira” igualdade, que é inerentemente contextual. Segundo ele, a “ausência de contexto por trás da igualdade formal de resultado” teve como consequência, nos Estados Unidos, o aumento da severidade das penas, em razão da maior tendência em aplicar-se pena de prisão (mesmo tipo de pena) “em detrimento de uma verdadeira mistura de penas de prisão e sanções diversas da prisão”.

Von Hirsch, Wasik e Greene (1989) abordam o tema e rebatem a crítica de que o “justo merecimento” impede a aplicação de sanções não prisionais ao desenvolver um modelo de escalonamento dessas sanções. De acordo com eles, todos os métodos de comparação da gravidade de sanções não prisionais (opinião da população; opinião dos condenados; avaliação sobre grau de intromissão nos interesses individuais) contêm imprecisões (VON HIRSCH; WASIK; GREENE, 1989, p. 607-609), mas algumas comparações podem ser feitas com a ajuda do senso comum. Como exemplo, explicam que multa e prestação de serviço à comunidade são comparáveis por serem sanções

⁴⁸ O aumento na população prisional dos Estados também foi constatado. Nesse sentido, ver Boerner (1993, p. 382-84), que concluiu que as *guidelines* podem não ter tido o efeito esperado na redução da população prisional, visto que Washington aumentou sua população prisional em mais de 50% entre 1990 e 1992; e Lowenthal (1993) sobre o aumento significativo da população prisional da Califórnia entre 1980 e 1990, sendo que o índice de criminalidade diminuiu no mesmo período.

econômicas (a segunda, como trabalho não remunerado), mas que a prestação de serviço também restringe a liberdade de movimento e, por isso, cada dia de multa deveria valer menos que 8 horas de trabalho comunitário (VON HIRSCH; WASIK; GREENE, 1989, p. 609).

O modelo proposto pelos autores parte, em um eixo, do escalonamento dos tipos penais em função da gravidade (1-10) e, no outro, da atribuição de um valor para os antecedentes criminais (1-6), como na maioria das diretrizes. O ponto de encontro (gravidade e antecedentes) determinaria um “*standard* de pena normalmente recomendado” (como detenção, multa ou advertência judicial). Permite-se o que os autores chamam de “possibilidade limitada de substituição”, isto é, dependendo do *standard* de pena, haveria possibilidade de substituição (VON HIRSCH; WASIK; GREENE, 1989, p. 604, tradução livre). O quadro a seguir, adaptado do artigo de von Hirsch, Wasik e Greene (1989), ajuda a entender o modelo:

Quadro 1 – Modelo de escalonamento de sanções alternativas à prisão proposto por von Hirsch, Wasik e Greene (1989)

Tipo de sanção prevista		Possibilidade de substituição
Gravidade do crime	1	Detenção “total” por 6 meses ou mais
		Sem substituição
	1	Detenção “parcial” — cumprida em algumas horas da semana
		Substituição possível para detenção “total” por alguns dias ou semanas (se antecedentes sugerirem que o indivíduo não seguiria as condições de detenção parcial)
	6	Multa diária “substancial” (mais de 60 dias de salário)
		Substituição para serviços à comunidade para quem não pode pagar
		Multa diária “modesta” (menos de 60 dias de salário)
		Substituição para serviços à comunidade para quem não pode pagar (mas por período mais curto do que o que seria usado no nível superior de gravidade)
	1	Multa fixa “baixa”
		Pouca necessidade de substituição
		Advertência judicial
		Pouca necessidade de substituição
1		6
Antecedentes criminais		

Fonte: adaptado de von Hirsch, Wasik e Greene (1989).

Os autores explicam que são contra um modelo de substituição total — em que todas as sanções pudessem ser substituídas por outras mais ou menos severas — em razão da dificuldade de “comparar” e “calibrar” a gravidade de diferentes tipos de sanções e porque, “a não ser que se tenha uma crença heroica em individualização, a substituição total conquistaria pouco a mais que a parcial” (VON HIRSCH; WASIK; GREENE, 1989, p. 603-604, tradução livre). Para os autores, a substituição só é necessária nos casos em que a pena normalmente aplicável não seria “viável” no caso particular, como no caso de multa para quem não tem renda. De acordo com esse modelo, há apenas uma sanção “devida”: a substituição só se dá se por algum motivo essa pena devida não puder ser cumprida. Nesse caso, os autores procuram buscar uma alternativa de mesma severidade.

De acordo com Morris e Tonry (1990), os modelos desenvolvidos por von Hirsch, Wasik e Greene (1989) e também por Ashworth (1992) para sanções não prisionais são restritivos demais na possibilidade de intercâmbio entre sanções e um sistema mais flexível, de equivalência “grosseira”, seria mais sensível a problemas de injustiça social:

o caminho da sabedoria, em termos de justiça e aceitação política, requer a enunciação de equivalência grosseira entre tipos de penas. O objetivo deve ser identificar penas que, de forma grosseira, possuem propriedades punitivas equivalentes e que são adequadas à variedade de ameaças sociais e condições pessoais que caracterizam os condenados. Uma diversidade de penas adequadas às necessidades sociais e que não resultem em disparidade indesejada nas sentenças. (MORRIS; TONRY, 1990, p. 90, tradução livre).

Por fim, Tonry (2011b, p. 219) também argumenta que qualquer modelo que se baseie exclusivamente na gravidade de crimes e sanções restringe o uso de sanções prisionais por limitar a qualidade de sanções disponíveis. O autor cita prisão domiciliar, reparação do dano e tratamento domiciliar de reabilitação para dependentes como sanções que poderiam ser utilizadas.

Ao que parece, o pressuposto da teoria de “justo merecimento” (aplicação da pena devida) por si só restringe a utilização de sanções não prisionais por não buscar nenhuma forma de reabilitação. O tratamento para dependência, por exemplo, jamais será “merecido”.

Outro ponto de debate sobre o aumento da população prisional diz respeito às penas mínimas. Não parece haver dúvidas de que a ampliação de penas mínimas obrigatórias “aumenta tanto a porcentagem de pessoas punidas com prisão como a duração das penas” (LOWENTHAL, 1993, p. 121, tradução livre). Von Hirsch (2011, p. 123) argumenta, no entanto, que penas mínimas obrigatórias para determinada categoria de

crimes utilizam critérios inconsistentes com proporcionalidade, já que são definidas em abstrato, sem nenhuma possibilidade de ajuste em relação ao caso.

A explicação de Garland (2001, p. 8-9, tradução livre) sobre a relação entre a teoria do “justo merecimento” e o aumento da população prisional parece mais precisa. De acordo com o autor, o “restabelecimento da legitimidade do discurso explicitamente retributivo” a partir de 1980 facilitou a promulgação de “leis draconianas” por parte de políticos:

Pela maior parte do século XX, sanções que pareciam explicitamente retributivas ou deliberadamente duras eram taxadas de anacronismos que não tinham lugar num sistema penal “moderno”. Nos últimos 20 anos, no entanto, vimos o ressurgimento de retributivismo de “justo merecimento” como um objetivo geral de política criminal nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, inicialmente alavancado pela percepção de injustiça da individualização da pena. Esse desenvolvimento certamente promoveu o interesse por proporcionalidade e penas obrigatórias que seus proponentes liberais desejavam. Mas também restabeleceu a legitimidade de um discurso explicitamente retributivo, o que, por sua vez, permitiu que políticos e legislaturas expressassem abertamente sentimentos punitivos e promulgassem leis draconianas. (GARLAND, 2001, p. 8-9, tradução livre).

3.2.2.4 Profissionais do direito contornam a aplicação das penas

Promotores e juízes podem contornar a aplicação de tipos penais se considerarem que a pena determinada é dura demais para o caso concreto, gerando a mesma disparidade que se pretendeu evitar.

Nos Estados Unidos, há pesquisas que indicam que, em casos de penas muito severas, promotores aceitam acordos questionáveis de “*plea bargain*”; requerem redução da pena por “delação premiada” mesmo se o acusado não ofereceu nenhuma informação relevante; e não discutem questões de fato que podem prejudicar a situação do acusado (LOWENTHAL, 1993, p. 111)⁴⁹.

Embora no Brasil o Ministério Público tenha menos poder para abertamente “ajustar” o tipo penal imputado, pode pedir a absolvição em casos em que considera a pena severa demais. Os juízes, de igual forma, podem contornar a pena mínima com absolvição.

⁴⁹ Ver também Nagel e Schulhofer (1992) e Alschuler (1988).

3.3 PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE: RETRIBUIÇÃO LIMITADA

Há teorias que procuraram atribuir à proporcionalidade e à igualdade papel diverso daquele conferido por autores como von Hirsch e Ashworth. Se para a teoria do “justo merecimento” a proporcionalidade tem o papel de definir a quantidade de pena devida para cada condenado, para atingir maior uniformidade, há autores que atribuem à proporcionalidade o papel de limite da pena.

Como exemplo, será descrita a teoria da “retribuição limitada” de Morris (1974), de acordo com a qual a retribuição determina os limites mínimo e máximo da pena e, dentro dos limites do que é considerado devido, se aplica o princípio da parcimônia, ou seja, se aplica a sanção menos restritiva necessária para alcançar objetivos sociais predeterminados, sem a utilização da proporcionalidade.

A teoria de “retribuição limitada” de Morris é desenvolvida em “The Future of Imprisonment”, em 1974. Os limites máximos, segundo, ele, devem ser estabelecidos de acordo com “o que é devido”: “nenhuma sanção deve ser imposta acima do que é devido pelo crime (ou pelos crimes) passado” (MORRIS, 1974, p. 60, tradução livre). E, embora contrário às penas mínimas obrigatórias (FRASE, 2011, p. 256), Morris entende que “o que é devido também muitas vezes determina o mínimo de sanção que uma comunidade tolera” (MORRIS, 1974, p. 78, tradução livre).

Assim, uma pena aplicada acima do máximo ou abaixo do mínimo seria indevida. E é para estabelecer esses limites que serviria a noção de proporcionalidade.

Dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos, portanto, existiria uma série de penas “não indevidas” (FRASE, 2011, p. 256). Diferentemente dos autores que foram chamados aqui de adeptos de uma proporcionalidade “forte”, Morris argumenta que a proporcionalidade não tem papel definidor da pena dentro desses limites. O fundamento do que é devido, segundo ele, é impreciso demais para definir a pena e por isso só serve para estabelecer limites externos, fora dos quais a pena seria vista como claramente indevida (excessivamente severa ou leniente) (FRASE, 2011, p. 256).

A escolha dentre as penas “não indevidas” dependeria da articulação de outros princípios e funções da pena, considerados pelo autor como “orientadores”, isto é, valores que deveriam ser respeitados a não ser que outros valores claramente justificassem sua rejeição (FRASE, 2011, p. 256).

De acordo com Frase (2011, p. 156, tradução livre), a igualdade para Morris é um “princípio orientador da aplicação da pena”, um valor que deve ser respeitado desde que outros valores suficientemente justifiquem sua rejeição em qualquer caso. Para Morris, o objetivo de igualdade na pena é importante mas de forma nenhuma um imperativo categórico. O princípio da igualdade — de que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante — é apenas um princípio orientador que determina a igualdade da pena desde que não existam razões utilitaristas que determinem o contrário (MORRIS, 1982, p. 160). Embora a retribuição e “o que é devido” estabeleçam alguns limites amplos, dentro do que ele considera ser penas “não indevidas”, a sanção pode ser desigual, não equitativa e, ainda assim, justa (FRASE, 2011, p. 258).

O princípio orientador mais importante para Morris (1974, p. 59) é o da parcimônia: deve ser imposta a sanção menos restritiva necessária para alcançar objetivos sociais predeterminados. Para que seja observado, deve haver possibilidade de mitigação da pena, desconsiderando-se restrições “do que é devido” e de “igualdade” (FRASE, 2011, p. 258).

Esse uso da proporcionalidade é parecido com o que Tapio Lappi-Seppala (2001, p. 241), ao comentar o sistema de aplicação da pena na Finlândia, chama de “proporcionalidade assimétrica”. Para ele, a função primordial da proporcionalidade é evitar sanções arbitrárias, severas demais. Não possui essa mesma força para impedir penas mais leves do que seriam a princípio devidas:

O fundamento do princípio é muitas vezes buscado em noções retributivas. Mas para além dessas noções estão valores de liberdade e proibições clássicas contra arbitrariedade. O princípio tem como fundamentos o conceito de segurança jurídica (Rechstaat), a proteção jurídica e a garantia de cidadãos contra o uso excessivo da força. Desse ponto de vista, é mais importante prevenir penas excessivamente severas e injustificadas do que excessivamente lenientes. A principal função do princípio da proporcionalidade é, portanto, impor o limite superior que a pena não pode ultrapassar. O princípio é muito menos restritivo em relação à possibilidade de imposição de penas menos severas do que o ato do acusado a princípio mereceria. (LAPPI-SEPPALA, 2001, p. 241, tradução livre).

O autor dá alguns exemplos dessa assimetria: juízes podem aplicar a pena abaixo do mínimo cominado sempre que motivos excepcionais requererem esse desvio; as circunstâncias que agravam a pena são sempre exaustivas e taxativas, enquanto as atenuantes são abertas (*open-ended*); se qualquer particularidade do crime imputado exigir uma avaliação menos gravosa, os juízes têm poder discricionário para considerá-la, ainda que nenhuma das circunstâncias atenuantes especificadas na lei esteja presente; e, mesmo

nos casos de sanções diversas da prisão, permite-se a imposição de sanção menos severa do que a que seria a princípio exigida.

Apesar de os fundamentos não serem os mesmos, a “retribuição limitada” de Morris e o sistema finlandês de “proporcionalidade assimétrica” são semelhantes, porque, apesar de darem força à proporcionalidade, utilizam o princípio como definidor de limites, e não como forma de chegar à quantidade e à qualidade de pena mais adequadas ao caso concreto.

3.4 EQUIVALENTE E IGUAL A QUÊ?

Embora o princípio da proporcionalidade tenha “seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado” (GOMES, 2003, p. 35), a forma pela qual foi construído pelas teorias modernas da pena teve como consequência uma concepção de penas como tarifas, determinadas de acordo com a gravidade do crime, em uma escala.

De acordo com essa concepção, exige-se “um mínimo de pena aquém do qual não se pode cair” (PIRES, 2008c, p. 167-174), que corresponde à conduta menos grave da “escala” de ofensas. Nesse sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Partindo-se do pressuposto de que a medida da pena expressa uma quantificação dos valores sociais, uma vez que quanto mais precioso for o bem tanto mais será elevada a pena de quem o ofender, é possível colocar as ofensas aos bens jurídicos ao lado das penas juridicamente possíveis e, assim, apurar a escala de valores da sociedade. Realizada essa correspondência, inverte-se a fórmula tradicional e a ofensa do delito é que deve corresponder ao dano da pena, de modo que a proporção a ser verificada é entre estes dois valores negativos. Dessa forma, segundo Padovani, a fixação do mínimo legal de pena in abstracto cumpre a função de ratificar, em absoluto, a colocação hierárquica do bem tutelado, evidenciando o último grau ao qual pode ser baixada a sua tutela jurídico-penal. (GOMES, 2003, p. 161).

Da mesma forma, a exigência de que o legislador preveja as mesmas consequências jurídicas a infrações aos mesmos *tipos penais* (igualdade), para que se mantenha a relação proporcional entre pena e gravidade da ofensa, fundamenta a ideia de que para cada tipo penal deve corresponder pelo menos um mínimo de pena.

Assim, além de atuar como limite das restrições do Estado na esfera individual do cidadão (como a proibição às penas cruéis e desumanas e a exigência da pena máxima), as

noções de proporcionalidade e igualdade, em conjunto com a teoria da separação dos poderes — de acordo com a qual a tarefa de determinar a pena é do legislador, e não do juiz⁵⁰ —, legitimam a prática da pena mínima legislativa.

Figura 1 – as teorias legitimadoras da prática da pena mínima legislativa

Fonte: Machado e Pires (2010, p. 122)

Além de descrever de que forma as noções de proporcionalidade e igualdade foram construídas pelas teorias modernas da pena, este capítulo teve como objetivo questionar o uso desses princípios como principal critério para definir a quantidade e a qualidade de pena que deve ser aplicada a alguém.

Retomando a teoria do “justo merecimento” — como exemplo do uso da proporcionalidade e da igualdade para definição das penas —, questiona-se o argumento de que “a injustiça produzida pelo agrupamento de casos desiguais seria justificada como

⁵⁰ A teoria da separação dos poderes não poderá ser estudada neste trabalho. A explicação de Maira Machado e Alvaro Pires é suficiente para que se entenda de que forma a teoria serve como fundamento para determinação da pena, em abstrato, pelo sistema político: “Referimo-nos a uma teoria do século XVIII que encontramos, entre outros, em Montesquieu (1748) e Beccaria (1764). Em matéria penal, essa teoria atribui ao juiz a tarefa de determinar se um acusado é culpado ou não, mas atribui ao legislador (sistema político) a *tarefa de determinar a pena*. Conforme a interpretação que ela recebe, essa teoria pode avaliar a idéia de que o parlamento goza de *legitimidade plena* para determinar a pena criminal e *pode atribuir ou não aos tribunais um certo campo decisório*. [...] Montesquieu e Beccaria vêem o papel do juiz no momento de indicar a pena como o mais próximo possível do de um ‘aplicador mecânico’ da pena estipulada pelo legislador. Daí a célebre fórmula de Montesquieu: ‘[...] os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; *seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das mesmas*’ (grifo nosso). A pena mínima (e única) é justamente aquilo que servirá de obstrução à *moderação* do juiz” (MACHADO; PIRES, 2010, p. 117-118).

forma de promoção de igualdade, evitando-se injustiça ainda maior” (ALSCHULER, 1991, p. 916, tradução livre).

Como visto, agregar casos distintos e estabelecer categorias de pena para cada grupo pode produzir igualdade ilusória:

Considere-se o exemplo extremo de um sistema de aplicação de pena com apenas uma regra: “todos os condenados — homicidas, estelionatários — devem receber a pena de 5 anos de prisão”. A uniformidade produzida por esse sistema não conformaria com o que a maioria consideraria justiça igualitária. Igualdade não significa “mesmice”; o termo refere-se, mais comumente, à aplicação consistente de um ou vários princípios a casos diferentes. Agregar de forma excessiva — tratando diferentes casos de forma igual — pode violar a igualdade, ao invés de promovê-la. (ALSCHULER, 1991, p. 916, tradução livre).

A questão central é que a igualdade estabelecida entre pena e tipo penal não é a única possível de ser buscada em matéria de aplicação da pena. Poderíamos pensar em sistemas que privilegiam outras formas de igualdade, como igualdade de intromissão na esfera de liberdade do acusado ou igualdade (ou equivalência) de objetivo a ser alcançado com a sanção.

Retoma-se aqui a crítica feita por Morris e Tonry (1990). A ideia de uniformidade tem apelo político muito forte e é usada como aparente solução para os problemas de desigualdades sociais. Os autores citam o relatório da U.S. Sentencing Commission de 1987, em que a agência justificou sua abordagem restritiva de sanções não prisionais como uma consequência da tentativa de garantir que criminosos “de colarinho branco” recebessem punição “não apenas nominal” (MORRIS; TONRY, 1990, p. 83) e, portanto, não fossem tratados de forma diferente.

Argumentar a favor ou contra determinado modelo de aplicação da pena em termos de “igualdade” diz pouco. Uma política que alguns consideram como importante para promoção de igualdade pode ser considerada, por outros, como favorecedora de desigualdade⁵¹. O mesmo ocorre com a proporcionalidade.

Assim, parece ser necessário olhar com mais cuidado a igualdade alcançada com as diferentes formas de estruturar a discricionariedade judicial na aplicação da pena.

⁵¹ Cf. Schulhofer (1992), argumentando que o maior fracasso do guia federal é uniformidade excessiva, e não disparidade indesejada; e Sith e Cabranes (1998), argumentando que o novo sistema criou novas disparidades indesejadas e sacrificou a compreensão e o bom senso no processo.

CAPÍTULO 4 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Raymond Saleilles, no livro *L'individualisation de la peine*, publicado em 1898 e considerado marco da teoria da individualização (RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1994, p. 54), definiu individualização da pena como sua adaptação ao indivíduo (SALEILLES, 1898, p. 13). A individualização no século XIX centrava-se na ideia de aplicação da pena em função de uma pessoa, de acordo com sua natureza e com sua periculosidade. Hoje, o termo “individualização da pena” é utilizado de forma mais ampla, para significar atuação do legislador, do juiz e do agente da execução (judicial ou administrativo) na aplicação da pena.

Para fins deste trabalho, o termo será utilizado em seu sentido mais restrito, mas também distinto da formulação de Saleilles: *adaptação da pena ao caso concreto*. É nesse sentido que é utilizada a noção de individualização, *em oposição à noção de uniformidade*, no paradoxo exposto no início do trabalho: a individualização que se opõe à uniformidade é a definição da pena em função do *caso concreto*, em oposição à aplicação de penas semelhantes para tipos penais semelhantes (definição em abstrato).

Nesse sentido, individualização parece ser um mandado de otimização que comporta diversos graus de concretização: como exemplo, é possível imaginar desde um modelo sem individualização (uma mesma pena fixa para todos os tipos penais) até um sistema em que há diversas qualidades de penas aplicáveis para cada tipo penal, por prazos a serem definidos e cujo momento de início da execução pode ser determinado no caso concreto. O grau dessa adaptação e os diferentes momentos em que pode ocorrer foram objeto do saber jurídico-penal.

No próximo item, será descrita a proposta de individualização da pena de Saleilles no século XIX, sua compatibilização com a noção de igualdade como formulada pela teoria clássica e, por fim, características que favorecem a individualização.

4.1 INDIVIDUALIZAÇÃO NO SÉCULO XIX

A teoria de individualização da pena de Saleilles surge como “reação contra o igualitarismo abstrato” dos códigos iluministas (DALBORA, 2010, p. 68, tradução livre). Saleilles (1898, p. 5, tradução livre) descreve a preocupação com a individualização da pena, no século XIX, como “um movimento que tem por objeto desprender o direito das

fórmulas puramente abstratas que, ao menos para o povo, parecem subtrair-lo ao contato com a vida”.

A teoria da individualização da pena opunha-se às fórmulas abstratas, às penas determinadas e à pouca discricionariedade judicial do saber clássico, preocupado em superar as atrocidades da justiça do Antigo Regime:

[no Iluminismo] o mais urgente e imediato era suprimir a arbitrariedade do juiz e atenuar a atrocidade das penas. Penas atrozes e penas arbitrárias eram expressões correntes no antigo direito, e era sabido a que abusos isso poderia conduzir. Este era o ponto de vista prático: reformar, antes de tudo, o sistema das penas. [...] Temos um Código Penal de 1791 bastante incompleto, mas que revela admiravelmente o espírito da época. Ali estão fixadas as penas pela lei, sem que o juiz tenha a menor faculdade para ajustar a pena ao delito [...] Todos os que haviam cometido a mesma classe de roubo se encaixavam na mesma linha, supunha-se que eram igualmente responsáveis. A pena era a mesma para todos nós. O juiz não era mais do que um instrumento mecânico para aplicação da pena. (SALEILLES, 1898, p. 51-52, tradução livre).

A visão de Saleilles acerca da responsabilidade coloca o indivíduo no centro da decisão sobre a pena. Para ele, a pena deve ser aplicada em função de uma pessoa, determinada e concreta. Ao criticar a opção da Escola Clássica de considerar “predominantemente o ato criminoso em sua materialidade e em seu aspecto objetivo”, Saleilles (1898, p. 9, tradução livre) questiona: “mas como não se dar conta de que, por debaixo dessas equações e dessas combinações de fórmulas se julgavam realidades vivas, seres humanos, cujo futuro moral e social era, assim, resultado de um problema por resolver?”.

Sua posição foi considerada uma tentativa de conciliação entre direito penal clássico e defesa social (SALEILLES, 1898, p. 138): as ideias de liberdade e responsabilidade seriam o fundamento da pena, mas sua aplicação deveria ser organizada em função das características pessoais e da personalidade do indivíduo (DEBUYST, 2008, p. 386-388). Assim, no que diz respeito à aplicação da pena, sua solução seria muito semelhante à da Escola Positiva italiana: a indeterminação das penas, para que sua duração seja definida pelo juiz ou pelo agente administrativo da execução. A lei não preveria mais do que “bases muito amplas e elementos de apreciação muito elásticos” (SALEILLES, 1898, p. 199, tradução livre). A pena seria definida de acordo com critérios como “perversidade do agente” (TARDE, 1898, p. iv), sua natureza e perigo causado aos demais (SALEILLES, 1898, p. 202). Tais critérios teriam como fundamento a ideia — hoje rejeitada pelo saber penal — de punição orientada exclusivamente para defesa social.

Nesse aspecto, Saleilles concebe o direito penal não como fato institucional, e sim como aplicação de conhecimentos criminológicos com o objetivo de prevenir ao máximo o cometimento de crimes.

Com esse movimento por maior individualização das penas, em oposição às penas fixas do século XVIII, uma questão que merece destaque é: como a individualização (pena adaptada ao indivíduo) foi conformada, compatibilizada com a noção de que “crimes iguais merecem penas iguais”?

4.2 “COMPATIBILIZAÇÃO” ENTRE INDIVIDUALIZAÇÃO E IGUALDADE

No século XIX, a ideia de igualdade construída pelo pensamento da Escola Clássica era de que para tipos penais semelhantes deveria ser aplicada pena semelhante, o que só era possível com a definição da pena pelo legislador, de forma abstrata:

Uma das formulações mais difundidas desse princípio – também denominado princípio da unidade ou da uniformidade das penas – consiste em afirmar que somente a pena fixada pelo legislador pode garantir que crimes iguais não recebam, por diferentes juízes, penas distintas. A ideia de igualdade perante a lei assume aqui forma precisa: para que todos recebam a mesma pena em situações semelhantes, deve defini-la a lei e não o juiz em função do caso concreto. (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 56-57).

Nessa concepção absoluta, a teoria foi rejeitada. Mas, a partir dessa formulação, as propostas de “individualização” vieram acompanhadas, de uma ou outra forma, de alguma medida que preservasse a igualdade perante a lei⁵².

A forma mais comum de compatibilização da uniformidade com a individualização da pena foi a fixação de limites mínimos e máximos (que respeitariam a igualdade) com a possibilidade de o juiz escolher a pena dentro desses limites, com base do caso concreto. O prefácio de Tarde ao livro de Saleilles ilustra bem essa ideia:

A desgraça é que individualizar a pena é torná-la desigual para infrações iguais, e convém levar em conta o sentimento de injustiça aparente a que essa desigualdade inevitavelmente submete os condenados, ou muitos deles, e a

⁵² Cf. Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009, p. 56): “Ainda no final do século XIX, juntamente com o ideal de individualização da pena, surgiram propostas que buscavam tornar essa ideia compatível com a existência de penas mínimas. Para efetuar a individualização, a proposta era, ao invés de partir do zero, como propunham os defensores das penas indeterminadas, partir da pena mínima, isto é, partir da ‘cota’, da ‘tarifa’ definida pelo legislador para cada crime. No material analisado até o momento, a compatibilização entre a ideia de individualização e as penas mínimas não apareceu explicitamente como um compromisso entre as diferentes finalidades atribuídas à pena. Foi o ‘princípio da igualdade de penas’ que cumpriu esse papel”.

massa ignorante do público. [...] Na medida do possível, convém que o legislador, ao editar as penas, fixando os limites máximo e mínimo nos quais circunscreve o arbítrio do juiz, respeite essa noção elementar e popular de igualdade. Por isso reconheço, juntamente com o Sr. Saleilles, que a individualização da pena não pode ser realizada legalmente. Deve ser, antes de tudo, judicial. Administrativa também, mas sob a vigilância do juiz. (TARDE, 1898, p. V-VI, tradução livre)⁵³.

A passagem a seguir, de Aníbal Bruno (1967, p. 103), também ilustra essa concepção, ao explicar a fixação de limites mínimos e máximos no código francês de 1810 como conciliação entre individualização (livre apreciação) e redução do arbítrio (limites mínimo e máximo). Segundo ele, “um dos maiores males do Direito Penal anterior à reforma do Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, arbitrariamente exercido em detrimento da justiça e a serviço da política tirânica da época” e, assim, “a reação contra aqueles extremos teria de ser naturalmente a limitação daquele arbítrio, com a precisa definição dos tipos legais e um sistema de pena fixa”. Por isso, “ao sistema largamente aberto da medida da pena sucedeu a pena rigorosamente determinada, como se encontra no Código francês de 1791”. Não demorou muito, no entanto, para que fosse constatado que “essa rigidez era incompatível com as próprias exigências de justiça”. A solução, foi, então, o estabelecimento, pelo Legislativo, de limites mínimos e máximos:

já uma lei de 25 frimário, ano VIII, abria um crédito à livre apreciação do juiz, admitindo um máximo e um mínimo, entre os quais podia variar a mensuração da pena, o que foi consagrado no Código de 1810 e se comunicou às legislações moderas em geral. (BRUNO, 1967, p. 103).⁵⁴

⁵³ O próprio Saleilles, nos comentários à segunda edição do livro, descreve essa conciliação por meio da fixação de mínimos e máximos: “Pode-se dizer que a tendência geral consiste, hoje, em rejeitar a indeterminação absoluta da sentença, diante dos perigos que oferece à liberdade individual, pela onipotência da Administração. Contenta-se com uma indeterminação relativa, ou seja, pela fixação, por meio de lei relativa, ou seja, pela fixação, por meio da lei e dos juízes, de um minimum e um maximum infranqueáveis” (SALEILLES, 2006, p. 256).

⁵⁴ No mesmo sentido, Mir Puig (2003, p. 130-131), ao descrever o Código Espanhol: “Si el Código francés de 1810 permitía al juez recorrer con arreglo a su arbitrio la totalidad de la penalidad señalada en el tipo legal, los españoles recortaron tal posibilidad dividiendo la penalidad típica en tres grados - máximo, medio y mínimo -. Caso de no concurrir circunstancias modificativas, podía el juez aplicar sólo el grado medio - restricción que se suprimió en 1944: art. 61, 4º-, y, caso de concurrir circunstancias agravantes o atenuantes, debía aplicar, respectivamente, el grado máximo o el mínimo (salvo el supuesto de varias atenuantes calificadas). Ello encerraba el arbitrio judicial en el estrecho marco ofrecido por cada grado, salvo algún supuesto excepcional”. E Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 82): “na antiguidade imperava o princípio da flexibilidade da pena, ou seja, o magistrado podia aplicar qualquer sanção àquele que houvesse cometido um crime. O critério nada mais era que o livre-arbítrio do juiz frente ao caso concreto. Porém, durante o movimento iluminista, em virtude das reformas radicais que se operaram à época, criou-se um sistema rígido e inflexível segundo o qual a cada delito praticado deveria corresponder uma pena certa, fixa e predeterminada em lei. Subtraía-se do magistrado a possibilidade de adequação da pena em relação ao delinquente ou mesmo ao fato por ele praticado, O juiz passa a ser considerado, então, mero reproduzidor das palavras da lei, sob o argumento de possível invasão da competência reservada ao legislador. Porém, com o passar do tempo, o princípio da separação dos

Essa solução, do século XIX, aperfeiçoada, é a que adotamos hoje no sistema criminal brasileiro, por conciliar, na visão da doutrina, os ideais de individualização e a exigência de penas abstratamente previstas em lei.

Conforme estudo de Mariângela Gama de Magalhães Gomes sobre o princípio da proporcionalidade no direito penal, são os limites mínimo e máximo que permitem a compatibilização de ideais que, a princípio, são concorrentes:

[...] o espaço existente entre o mínimo e o máximo de penas previstas permite ao juiz individualizar com maior precisão a sanção, tornando-a mais “personalizada” possível, dentro das condições do caso concreto referentes à gravidade do fato e à culpabilidade do agente. A possibilidade que tem o juiz de aplicar a pena de acordo com o fato histórico permite, de outro lado, que a pena seja medida de acordo com as específicas exigências de reeducação do condenado, o que facilita o alcance de sua finalidade. É por isso que se diz que a predeterminação de um espaço entre a mínima e a máxima pena legalmente prevista constitui verdadeiro ponto de equilíbrio entre as exigências de legalidade e de individualização da pena, cabendo ao aplicador da lei escolher a pena proporcional a cada específico caso concreto. (GOMES, 2003, p. 160).

4.3 O QUE SE CONSIDERA INDIVIDUALIZAÇÃO HOJE?

4.3.1 Individualização como sinônimo de determinado modelo de aplicação da pena

Individualização da pena é comumente identificada com o modelo de aplicação da pena de determinado ordenamento jurídico (BOSCHI, 2011, p. 148-150; BARROS, 2001; MOLINA BLÁZQUEZ, 2002; MARQUES, 2006). Individualizar, nesse sentido, significaria percorrer as etapas de aplicação da pena, desde a cominação pelo legislador até o cumprimento da pena.

[...] Essa orientação, conhecida como *individualização da pena*, ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento. (BITENCOURT, 2008, p. 588).

poderes foi mitigado em vários aspectos, com efeitos diretos no Direito Penal, possibilitando-se o reconhecimento do princípio da individualização da pena, desde que em consonância com o princípio da legalidade”.

No entanto, embora haja individualização na aplicação da pena, os conceitos não se confundem, considerando que há etapas de aplicação da pena que não favorecem individualização no sentido de *adaptação da pena ao caso concreto*. A pena mínima obrigatória, por exemplo, é parte de nosso modelo de aplicação da pena mas não individualiza, já que determina a aplicação de pelo menos essa pena para todos os condenados por determinado tipo penal, independentemente do caso individual. Embora seja parte do modelo de aplicação da pena brasileira, não implica individualização.

Outros termos associados à individualização da pena são “dosimetria da pena” e “cálculo da pena”. Os termos favorecem a noção de aplicação da pena como operação matemática, preocupada predominantemente com a quantidade de pena aplicável.

O modelo algébrico é criticado pela doutrina desde o século XIX: Saleilles (1898, p. 9 e 16, tradução livre) critica a Escola Clássica por ter influenciado “legislações que se envaidecem com sua habilidade algébrica” e conceber ideia de justiça que não se desprende de “ideal de igualdade matemática”.

Ao descrever a reação da Escola Positiva aos códigos inspirados pelo Iluminismo, Basileu Garcia critica a pretensão de exatidão matemática:

Depois do movimento revolucionário que constituiu o iluminismo, na França, com as modificações por que passou o Direito Penal, cogitou-se de impedir a mutabilidade e a incerteza da decisão judiciária, e legislou-se em sentido diametralmente oposto: o juiz deveria aplicar a pena rigidamente determinada na lei, para cada caso. Logo, porém, se notaram as consequências também más desse sistema, que conduzia a injustiças. Com a Escola Positiva começou a desacreditar-se a chamada pena simétrica, pena medida e contada com ridículos requintes de pretensa exatidão matemática, em correspondência quase exclusiva com a gravidade objetiva do fato [...] (GARCIA, 2008, p. 97-99).

O critério matemático é rechaçado por alguns autores porque “métodos e instrumentos de cálculo” seriam incompatíveis com a natureza de ato decisório, jurídico, de determinação da pena (RODRIGUES, 1995, p. 588).

Um exemplo de utilização do critério matemático é a aplicação das causas de aumento nos crimes de roubo em algumas decisões do TJSP. O artigo 157, § 2º, do Código Penal prevê aumento de $\frac{1}{3}$ até $\frac{1}{2}$ se presentes circunstâncias de emprego de arma, concurso de pessoas, serviço de transporte de valores, transporte de veículo automotor para outro estado ou restrição de liberdade. Algumas câmaras do TJSP passaram a definir o aumento a partir da divisão das cinco circunstâncias, calculando uma fração específica para

ser aplicada em função do número de causas de aumento presentes: uma causa de aumento = $1/3$; duas = $3/8$; três = $5/12$; quatro = $11/24$; cinco = $1/2$ ⁵⁵.

Reiteradas decisões do TJSP aumentando a pena em $3/8$ se presentes duas causas de aumento (as mais comuns: arma e concurso de pessoas), com fundamentação apenas no número de causas de aumento, deu origem à Súmula 443 do STJ: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”⁵⁶.

Em um dos acórdãos do TJSP que foram reformados pelo STJ, a justificativa para o aumento em $3/8$ foi a necessidade de tratamento igual para todos os indivíduos que cometem crimes com arma e em concurso:

Presentes as causas de aumento dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, circunstâncias que evidentemente autorizam a exacerbação de $3/8$, caso contrário seriam tratados de maneira igual agentes em situações distintas, como, exempli gratia, aquele que age armado, mas sozinho.⁵⁷

O STJ reformou a decisão com fundamento na exigência de motivação idônea, afirmando que o aumento depende das circunstâncias do caso concreto, e não do número de causas de aumento presentes:

Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente afirmado que o critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, por um lado, ainda que exista apenas uma causa de aumento (concurso de pessoas), o Magistrado pode aumentar a pena acima de $1/3$, levando em consideração a expressiva quantidade de agentes (mais de 3, por exemplo). Por outro lado, a conjugação arma branca e concurso de pessoas pode

⁵⁵ O cálculo é feito da seguinte forma: para obter a fração para três causas de aumento, somam-se as frações limites ($1/3$ e $1/2$), com mínimo múltiplo comum, dividindo-se por dois para obter a média: $5/12$. Essa fração passa a corresponder a três causas de aumento, já que é a média entre a fração correspondente a uma causa de aumento e a fração correspondente a cinco causas de aumento. Em seguida, calcula-se novamente a média entre $1/3$ (uma causa de aumento) e $5/12$ (três causas de aumento), chegando à fração de $3/8$ para duas causas de aumento. A mesma média é calculada entre $5/12$ (três causas de aumento) e $1/2$ (cinco causas de aumento), obtendo-se a fração de $11/24$ para quatro causas de aumento.

⁵⁶ DJe 13/05/2010; RSTJ vol. 218, p. 711. Precedentes: HC 34658/S, rel. ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/09/2004, DJe 03/11/2004, p. 214; HC 34992/RJ, rel. ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 12/04/2005, DJe 15/06/2009; HC 54683/RJ, rel. ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 17/08/2006, DJe 04/06/2007, p. 430; HC 97134/SP, rel. ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27/11/2008, DJe 19/12/2008; HC 103701/SP, rel. ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 24/11/2008; HC 123216/SP, rel. ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009; HC 124581/SP, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009.

⁵⁷ Acórdão do HC 124581/SP, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009, p. 3.

resultar na fixação do percentual mínimo, em virtude da menor lesividade do instrumento utilizado [...] Na hipótese, a pena foi aumentada em 3/8 sem que fosse registrada qualquer excepcionalidade que ensejasse a majoração acima de um terço, não sendo, para tanto, suficiente a gravidade em abstrato do crime ou a mera constatação da existência de duas causas de aumento.⁵⁸

“Dosimetria” e “cálculo” da pena são termos que remetem à utilização da matemática na aplicação da pena, critério criticado desde o século XIX por ser incompatível com o caráter jurídico da aplicação da pena e desfavorecer a exigência de fundamentação.

4.3.2 Individualização legislativa, judicial e executória: o papel do juiz na aplicação da pena

Costuma-se classificar a individualização em três etapas — legislativa, judicial e executória (MARQUES, 2006, p. 235; LUISI, 2003, p. 37; BITENCOURT, 2008, p. 588) —, descrevendo-se como individualização determinada divisão de tarefas entre juiz e legislador na aplicação da pena, como na descrição a seguir, de Cezar Roberto Bitencourt:

Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, a individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é seu cumprimento (BITENCOURT, 2008, p. 588).

Ao estabelecer balizas e critérios abstratos, o legislador oferece parâmetros para aplicação da pena, mas não individualiza no sentido de adaptar a pena ao caso concreto. A lei pode indicar finalidades da pena e circunstâncias relevantes a serem consideradas pelo juiz ou estabelecer parâmetros obrigatórios que vinculam a decisão do juiz (como fixação de pena mínima e máxima, causas de aumento e diminuição, imposição de regime único ou apenas uma qualidade de pena). O que o legislador faz só seria individualização se a lei fosse capaz de reproduzir todas as circunstâncias individuais de todos os casos concretos, com um catálogo completo de soluções individuais — o que não seria possível. Os

⁵⁸ Acórdão do HC 124581/SP, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009, p. 6.

critérios estabelecidos em lei, portanto, são abstrações e, como tal, limitam a individualização⁵⁹.

Com relação à individualização judicial, *a definição da quantidade de pena pelo juiz, dentro dos limites mínimo e máximo*, parece ser apenas uma das possibilidades de individualização. Apesar da ampla aceitação da fixação de limites máximos de pena para cada delito pelo Legislativo, em muitos países o século XX viu relativamente pouca intervenção dessa esfera de poder na aplicação da pena (ASHWORTH, 1992, p. 198). A determinação de penas mínimas obrigatórias, sentenças obrigatórias e outras restrições legais foi ampliada ou generalizada apenas no final do século⁶⁰. Nos Estados Unidos, a legislação federal e a maior parte dos estados passaram a prever penas mínimas obrigatórias somente a partir da década de 1970 (TONRY, 1996, p. 9)⁶¹. Em 1992, na França, foi promulgado novo Código Penal que eliminou as penas mínimas. Nos documentos legislativos produzidos em razão do novo código foi enfatizada “a idéia de maximizar a individualização da pena” (MACHADO; PIRES, FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 28)⁶². Existe também a possibilidade de existência de mínimos e máximos não obrigatórios, ou seja, que servem somente como indicação ao juiz que, de forma motivada, pode fixar a pena abaixo do mínimo. A Nova Zelândia, por exemplo, não indica pena mínima obrigatória na legislação (ROBERTS, 2003, p. 253-256).

Além de estabelecer a quantidade da pena, a etapa de individualização judicial comporta a determinação da qualidade da pena (prisão, prestação de serviços, reparação do dano, multa, dentre outras). A aplicação da qualidade da pena pode envolver maior ou

⁵⁹ É nesse sentido, inclusive, que surge a ideia de individualização: Raymond Saleilles (1898, p. 5, tradução livre) descreve a preocupação com a individualização da pena, no século XIX, como “um movimento que tem por objeto desprender o direito das fórmulas puramente abstratas que, ao menos para o povo, parecem subtrair-lo ao contato com a vida”.

⁶⁰ Como muitos desses países tinham tradição de deixar ampla discricionariedade para o Judiciário abaixo do limite máximo, “a persistência dessa tradição por várias gerações pode ter levado à concepção de que, por princípio constitucional, discricionariedade na aplicação da pena só pertence ao Judiciário” (ASHWORTH, 1992, p. 197). Essa questão foi inclusive levada à corte superior da Austrália que, em 1970, ao rejeitar o argumento, decidiu: “não é usual e, na minha opinião, é indesejável que o juiz não tenha discricionariedade para impor a sentença, considerando que é função tradicional deste tornar a pena apropriada para as circunstâncias e a natureza do crime. Mas se essa discricionariedade deve ou não ser atribuída ao juiz em relação a um delito previsto em lei, deve ser decisão do Parlamento” (High Court of Australia, Palling v. Corfield, 1970, p. 58, tradução livre). Em geral, as mudanças foram aceitas e implementadas na maior parte dos países. Discutem-se, agora, as consequências, os métodos de implementação e a avaliação das reformas.

⁶¹ A reforma do sistema de aplicação de pena nos Estados Unidos, especialmente com a instituição das *sentencing commissions*, será estudada com mais profundidade no capítulo 5.

⁶² Em 2007, o Senado e a Assembleia Nacional aprovaram projeto apresentado pelo governo Nicolas Sarkozy e, dentre as diversas disposições com objetivo de “luta contra a reincidência”, foram instauradas as penas mínimas para reincidentes. Para uma descrição completa das práticas legislativas em matéria de sanção criminal na França, ver Machado e Pires (2009, p. 17-26).

menor carga decisória. Em um sistema em que há várias qualidades de penas diretamente atreladas a um tipo penal, o direito tem papel mais relevante na escolha da pena. No Brasil, apesar dos avanços da legislação em procurar restringir o regime fechado de prisão para delitos mais graves⁶³, a margem decisória é limitada pela quantidade de pena aplicada e por circunstâncias que determinam a impossibilidade de escolha de outra qualidade de pena (por exemplo, a impossibilidade abstrata de substituição no caso de reincidência em crime doloso)⁶⁴.

Outra característica da individualização judicial é que, nessa fase, pode haver graus distintos de participação dos envolvidos no processo. Isso quer dizer que nem sempre é feita exclusivamente pelo juiz. Se considerarmos que a acusação e a defesa levam ao processo os elementos necessários para aplicação da pena, a individualização também pode ser feita por promotores e defensores, tendo o indivíduo papel central na aplicação da pena⁶⁵.

A individualização na execução é feita pelo juiz de execuções ou, em alguns sistemas, por agentes de administração penitenciária. Aqui também pode haver maior ou menor margem de discricionariedade, dependendo, por exemplo, da existência ou não de critérios fixos para progressão, da vinculação do juiz a exames criminológicos, do grau de influência de informações sobre conduta prisional na quantidade e na forma de sanção.

Dessa forma, possível dizer que essa particular divisão de tarefas entre legislador e juiz, na qual o legislador fixa mínimo e máximo, o juiz determina a pena dentro desses limites e, em execução, decide-se sobre a aplicação de instrumentos que implicam a

⁶³ A Lei 6.416/1977 inaugurou essa mudança com a instituição de diferentes regimes de prisão (fechado, semiaberto e aberto). Em 1984, com a reforma do Código Penal pela Lei 7.209/1984, as penas restritivas de direito foram consideradas autônomas e passaram a poder substituir as penas privativas de liberdade. Outra mudança importante na legislação penal brasileira foi a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), que instituiu a possibilidade de composição civil, transação penal, e a suspensão condicional do processo nas infrações penais de menor potencial ofensivo. A Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/1998), de 1998, além de criar novas espécies de penas alternativas, ampliou a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade.

⁶⁴ Artigo 44 do Código Penal.

⁶⁵ Essa é uma das características de uma “nova política de alternativas penais” proposta por Maira Machado: “esta nova política estimula, no nível legislativo, o reconhecimento de outras formas de resolução de conflitos para além das respostas tradicionais do sistema de justiça criminal, como a mediação e a justiça restaurativa. Dessa forma, a política amplia sensivelmente o repertório não somente de sanções à disposição de juiz, mas também o repertório de formas de equacionar e gerir os conflitos e problemas sociais sujeitos à lei penal. Além disso, a política posiciona-se claramente a favor da inclusão do indivíduo apenado – e também da vítima – nas estratégias de definição e gestão da pena. Em terceiro lugar, a política apresenta, com elevado nível de detalhamento, atribuições para os atores que atuam no processo de gestão da pena tanto no âmbito federal e estadual como também na esfera municipal que dificilmente integra as reflexões político-criminais” (palestra proferida no VII Congresso Nacional de Alternativas Penais – CONEPA. Brasília, outubro de 2011).

progressão de regime ou a extinção da pena, é a descrição de *apenas uma das formas de divisão de tarefas na aplicação da pena*.

E essa forma particular de divisão de tarefas parece centralizar a decisão sobre a pena no legislador, que vai ser quem efetivamente decidirá quais crimes comportam sanções alternativas à prisão e a qual a faixa de meses e anos corresponde cada tipo penal. Ao juiz caberá apenas aplicar o que foi decidido pelo legislador, com pouca margem de interpretação.

A visão do juiz como aplicador técnico da norma o qual não contribui para criar seu sentido está relacionada a uma concepção de segurança jurídica e separação dos poderes que coloca todo o peso de criação da norma no Legislativo e entende todo ato de interpretação como distorção de sua função.

Seguindo-se essa concepção, a função do juiz na aplicação da pena seria, apenas, verificar qual a pena prevista pelo legislador para o tipo penal infringido no caso concreto. Citemos como exemplo o Código Penal francês de 1791, em que todas as penas previstas eram “fixas e únicas”, “não há opção entre diferentes tipos de pena e nenhuma das penas previstas comporta gradação” (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 18). O poder de determinar as penas era do Parlamento:

A pena era uma operação do sistema político e não do sistema jurídico. Montesquieu já havia escrito sobre a divisão dos poderes, mas colocou o poder de determinar a pena nas mãos do político; o juiz só tinha que abrir a boca e deixar sair as palavras pré-selecionadas do político... Nesse contexto, o juiz do processo (que conhece o direito e o caso concreto diante dele) não é quem determina a pena, ele apenas a transmite. É o político, no papel de legislador, que verdadeiramente decide a pena a aplicar. (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 18).

Essa visão do juiz como mero aplicador técnico foi, há muito, superada pela teoria do direito. Os ordenamentos jurídicos do século XX possuem normas abertas, havendo grande espaço para interpretação judicial. Continuar caracterizando o juiz ideal como o mero aplicador técnico distorce a atividade jurisdicional atual (MACHADO; RODRIGUEZ, 2005, p. 91).

Isso não significa, no entanto, que não se possa criticar interpretações arbitrárias ou falta de fundamentação: “num raciocínio dogmático, todo argumento precisa ser mediado por um dos elementos deste ordenamento. Este é o material que o aplicador da norma tem à sua disposição para construir suas argumentações” (MACHADO; RODRIGUEZ, 2005, p. 88).

É da dogmática o papel de sistematizar as leis, os casos julgados e as doutrinas para oferecer balizas para a decisão judicial. Ao analisar a formulação de Franz Neumann sobre o papel da pesquisa empírica da dogmática jurídica, José Rodrigo Rodriguez (2006, p. 16) mostra como essa sistematização tem como objetivo a “construção de procedimentos para limitar e controlar os espaços variáveis de indeterminação e pesquisar empiricamente a atividade do soberano, reconstruindo suas decisões para zelar pela distinção entre administração e jurisdição”. Nesse sentido, a dogmática jurídica pode ser pensada como “instrumento para formalizar o procedimento de tomada de decisão dos órgãos do soberano por meio da criação de critérios de correção e racionalidade” (RODRIGUEZ, 2006, p. 16).

Em matéria de aplicação da pena, no entanto, parece haver mais resistência a essa mudança de concepção. Ao defender a ideia de penas alternativas, Norval Morris e Michael Tonry enfrentam a crítica da incapacidade de os juízes lidarem com complexidade na aplicação da pena:

Por que a tarefa de aplicação da pena deveria ser simples? Seria porque juízes não conseguem lidar com complexidade? Eles fazem isso em tantas outras áreas do direito; a complexidade de um completo e integrado grupo de *standards* de aplicação da pena é brincadeira de criança em comparação com as complexidades factuais, conceituais e jurídicas de direito tributário, valores mobiliários e antitruste. [...] Lá, como aqui, os juízes atuam em um contexto complexo de discricionariedade guiada. (MORRIS; TONRY, 1990, p. 91-92, tradução livre).

Ao que parece, há mais conforto em atribuir aos juízes o papel de definir o que se considera lavagem de dinheiro, evasão de divisas, deveres normativos na omissão, mas parece haver mais desconfiança na atribuição de discricionariedade na aplicação da pena.

A concepção que temos do juiz e das tarefas que deve exercer, por diversos motivos que não são objeto deste trabalho, é distinta na decisão de condenação/absolvição e na determinação da pena, o que parece influenciar a escolha da forma de estruturar a discricionariedade judicial na aplicação da pena.

4.4 CARACTERÍSTICAS QUE FAVORECEM A INDIVIDUALIZAÇÃO

Partindo da ideia de que o ideal de individualização equivale à *possibilidade de abarcar a maior complexidade possível do caso concreto no momento de fixação da pena*, é possível pensar em algumas características que podem favorecer maior ou menor individualização.

O grau de individualização pode ser determinado por (i) normas que permitem ou obrigam a aplicação de determinada sanção, (ii) interpretação dada pelos tribunais às normas de sanção e (iii) possibilidade de discussão, em contraditório, sobre os elementos que compõem as normas de sanção (por exemplo, existência de um processo específico para a determinação da pena e do grau de participação das partes).

4.4.1 Normas de sanção

Retomando a distinção de Hart entre normas primárias (inteligíveis por elas mesmas) e normas secundárias (dependentes de outras normas) e com base no estudo da forma como diferentes legislações criminais ocidentais expressam as normas de sanção (normas de segundo nível), Alvaro Pires e Maira Machado (2009, p. 9-10) identificaram as principais categorias que compõem essas normas na legislação criminal:

Quadro 2 – Normas de sanção na legislação criminal

Norma de comportamento	Tal crime....			
	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
Norma de sanção	Possibilidades: qualquer tipo de sanção disponível para os tribunais	Possibilidades: única; mínimo e máximo; só mínimo; só máximo	Possibilidades: cumulativa; alternativa OU: não há duas ou mais sanções previstas	Possibilidades: homogênea: em um mesmo tipo de pena; heterogênea: mescla de tipos diferentes de pena OU: Não há escala (pena única)

Fonte: Machado e Pires (2009, p. 11)

Dependendo da escolha dentre as possibilidades de normas de sanção apresentadas, poderá haver maior ou menor grau de individualização.

Com relação à qualidade de penas, quanto maior o leque de penas possíveis para a decisão, maior a possibilidade de individualização. De acordo com o Sispenas, 97% dos tipos penais que compõem a legislação penal brasileira preveem a prisão como sanção

(cumulada ou não com outra pena)⁶⁶. A possibilidade de substituição por penas restritivas de direito é possível, se atendidas as condições do artigo 44 do Código Penal, relacionadas à quantidade de pena aplicada, à natureza do crime, à modalidade de execução, à reincidência e à “suficiência” da substituição. Dependendo do crime — como é o caso do roubo —, a única qualidade de pena possível a ser aplicada é a prisão, cumulada com a pena de multa. O artigo 28 da “Lei de Drogas” (Lei 11.343/2006) é um exemplo de norma de sanção com diferentes qualidades de pena cominadas e que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente (advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo)⁶⁷. A gama de qualidade de penas que podem ser adotadas é extremamente ampla: no Brasil, a limitação constitucional é material (são vedadas as penas cruéis e de morte, caráter perpétuo, trabalhos forçados e banimento — art. 5º, XLVII) e formal (não há pena sem prévia cominação legal — art. 5º, XXXIX).

As possibilidades relacionadas à quantidade de pena cominada também têm grande impacto no grau de individualização da pena. A previsão de pena única ou pena mínima — como já mencionado neste trabalho — é obstáculo à individualização da pena⁶⁸. Há possibilidade de: inexistência de pena mínima⁶⁹; existência de penas mínimas indicativas; existência de penas mínimas obrigatórias. A pena máxima pode, por alguns, ser considerada como forma de impedir a individualização, mas há importante diferença em relação à pena mínima: “a máxima é uma forma de garantir ao réu que o exercício do direito de punir não poderá ir além de determinado limite”, “é o máximo de pena tolerável pelo direito de punir em um Estado democrático e de direito” (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 17). A pena mínima, de outro lado, não tem a função de limite do poder punitivo estatal.

⁶⁶ O Sispenas constitui um sistema de consulta sobre a legislação criminal em vigor no Brasil. O programa e o banco de dados foram desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Para mais detalhes sobre esse programa, ver Machado, Machado e Andrade (2009).

⁶⁷ De acordo com Alvaro Pires e Jean-François Cauchie (2011, p. 301-302), a lei introduziu “modificação extremamente improvável no que concerne às penas” considerada inovadora porque: não autoriza aplicação de pena de prisão e as penas “não têm usualmente o status jurídico de penas nas leis criminais” e “não são penas selecionadas e valorizadas pelas teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, neutralização e o primeiro paradigma da teoria da reabilitação)”.

⁶⁸ Para estudo abrangente sobre a questão das penas mínimas, ver Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009). Sobre o mesmo tema: Salo de Carvalho (2009).

⁶⁹ Como na França, a partir de 1992, na Nova Zelândia e na Suécia.

As normas de sanção podem ser, ainda, cumulativas ou alternativas (se tiver mais de uma sanção prevista), e a escala de penas pode ser homogênea (6 meses a 2 anos de reclusão ou heterogênea (20 dias-multa a 1 ano de reclusão)).

Além das normas de sanção atreladas ao tipo penal, o grau de individualização depende, ainda, de normas de sanção que estabelecem elementos que devem ser considerados na aplicação e na execução da pena (no Brasil, agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição e normas que indicam regime inicial de cumprimento de pena e possibilidade de progressão ou livramento condicional). Aqui, a variedade de normas de sanção é grande. É possível citar como exemplo: as normas que indicam que determinados critérios devem ser levados em conta na aplicação da pena, mas sem informar como; as normas que indicam elementos que devem ser considerados, pelo juiz, como um todo ou em diferentes fases de aplicação; os critérios indicativos ou vinculantes. Uma modalidade importante de norma de sanção é a que estabelece as finalidades da pena — como é o caso do artigo 59, *caput*, do Código Penal e, de forma muito mais predominante para a aplicação da pena, no Sentencing Act da Nova Zelândia.

4.4.2 Interpretação dada pelos tribunais às normas de sanção

Os juízes — e não só legisladores — podem influenciar o grau de individualização da pena de determinado sistema ao limitar ou ampliar sua atuação no momento da aplicação ou da execução. Aqui, a ideia é mostrar dois casos em que a interpretação judicial teve papel decisivo no alcance da individualização da pena.

O primeiro caso (*Sanders v. State*⁷⁰, daqui em diante “Sanders”) foi julgado pela Suprema Corte do Alabama em 2001. Jerald Sanders foi condenado em segunda instância à prisão perpétua porque rasgou a tela da varanda de uma casa com um canivete, pegou uma bicicleta (que à época valia US\$ 16) e saiu do local pedalando. A vítima estava em casa e viu Sanders sair; um mês depois, o reconheceu enquanto ele pedalava com a bicicleta no mesmo bairro. Na época, estava em vigor uma lei estadual chamada de Habitual Felony Offender Act (HFOA), que determinava que, toda vez que uma pessoa cometer um crime “classe A” (homicídio, estupro, roubo, furto “de primeiro grau”, dentre outros) após três condenações anteriores (independentemente do tipo de crime), a pena seria de prisão perpétua. Sua conduta foi classificada, na sentença, como furto de primeiro

⁷⁰ *Jerald Sanders v. State*. 1980809. February 23, 2001. Supreme Court of Alabama.

grau (uma espécie de furto qualificado) porque, para furtar a bicicleta, ele rompeu obstáculo e entrou em uma casa habitada. Como Sanders tinha cinco prévias condenações (por furto e receptação, sem violência), foi condenado à prisão perpétua. Seu recurso foi recebido pela Suprema Corte do Alabama, que entendeu ser necessária a análise do argumento de Sanders de que prisão perpétua seria manifestamente desproporcional ao crime cometido e, por isso, constituiria pena cruel e inusitada, violando a oitava emenda da Constituição dos Estados Unidos. A pena aplicada a Sanders foi confirmada pela Suprema Corte do Alabama:

Nós reconhecemos que a aplicação da HFOA no caso Sanders produziu o que muitos podem considerar como um resultado severo. Em sua petição Sanders também argumenta que a HFOA expõe o Estado a custos altíssimos por encarcerar pessoas durante toda sua vida com base na habitualidade de ofensas criminais, e ele argumenta que esses custos são irrazoáveis nos casos em que algumas das ofensas são praticadas, nos seus próprios termos, “sem violência ou não são consideradas graves”. Esse argumento seria mais apropriado se endereçado ao Parlamento; o Parlamento inclusive emendou o HFOA para permitir ao juiz de primeiro grau alguma discricionariedade em casos como esses. Se o Parlamento quisesse, teria dado efeito retroativo à emenda, mas não o fez. Outros recursos ainda podem estar disponíveis para Sanders, como um pedido para o Board of Pardons and Paroles.⁷¹

O segundo caso (R. V. Smith, daqui em diante “Smith”), julgado pela Suprema Corte do Canadá, também diz respeito à análise, pelo Judiciário, de determinada pena fixada de forma abstrata pelo legislador e que talvez pudesse ser considerada “cruel e inusitada” e, por isso, inconstitucional. Esse caso foi analisado por Maira Machado e Alvaro Pires (2009, p. 44-47) e teve solução distinta. Smith foi condenado em primeiro grau à pena de 8 anos de prisão por tráfico por voltar da Bolívia com quantidade de cocaína equivalente a mais de 100 mil dólares. A Suprema Corte canadense utilizou o caso de Smith para analisar, em abstrato, a pena mínima de 7 anos para tráfico. Para a análise, a decisão considerou um caso hipotético de um jovem primário de 19 anos entrando no Canadá com um cigarro de maconha e, assim, concluiu que a pena mínima de 7 anos é “cruel e inusitada”:

Ao colocar a crueldade da pena (mínima) obrigatória no centro da argumentação para a declaração de sua inconstitucionalidade, a Corte coloca o indivíduo em concreto no primeiro plano da tarefa de determinação da pena. A identificação

⁷¹ *Jerald Sanders v. State*. 1980809. February 23, 2001. Supreme Court of Alabama. Além do argumento de distribuição de tarefas entre juiz e legislador, o tribunal considerou que o pedido não poderia ser analisado por uma questão processual: por se tratar de alegação de violação da Constituição, tinha de ter sido prequestionada.

da “crueldade” se faz pelo exame da pena mínima obrigatória prevista em lei e das características da pessoa condenada. Ficam, portanto, fora do primeiro plano da equação de determinação da pena, a satisfação da sociedade por intermédio do combate a determinadas práticas, as potenciais vítimas, a letra da lei, etc. (MACHADO; PIRES, 2009, p. 42).

A importância desses dois casos está em mostrar a relevância da atuação judicial no alcance da individualização. Não são apenas as normas de sanção, mas também os juízes que podem aumentar ou autolimitar sua discricionariedade em casos concretos.

4.4.3 Possibilidade de discussão, em contraditório, sobre os elementos que compõem as normas de sanção

Para que seja possível abarcar, na pena, a maior complexidade possível do caso concreto, o processo penal tem de permitir a discussão sobre os elementos que serão considerados para a decisão. Não parece suficiente, portanto, a existência de leis penais que favoreçam individualização, é necessário um processo que se volte também para a discussão da pena, e não apenas da imputação⁷².

Não se trata, apenas, de questão processual, mas também de questão político-criminal: o crescente interesse — e a sofisticação — sobre a teoria do delito e seus componentes tornou essa a discussão central no processo, em detrimento do debate acerca da sanção criminal sobre o caso concreto. Não se desconhece que, na vigência do estado de inocência, pode soar como precipitada a discussão sobre pena futura e hipotética, o que pode ser mitigado com o diferimento do debate da individualização da pena para momento imediatamente posterior à decisão sobre a imputação.

⁷² É nesse sentido a afirmação de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior (2002, p. 277) sobre a produção de provas acerca das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal: “Na primeira fase o juiz deverá examinar os parâmetros enfeixados no art. 59, caput, do CP. A consideração dos elementos mencionados depende de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o quantum da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP), o que nem sempre é feito. Como saber, por exemplo, sobre a conduta social prévia do agente do crime se o próprio agente e as testemunhas arroladas não o disseram?”.

CAPÍTULO 5 - DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Embora o termo “discricionariedade judicial” tenha ganhado popularidade por meio de Dworkin (“*judicial discretion*”, *Journal of Philosophy* 60, 1963), a discussão sobre o papel dos juízes no direito é antiga e a falta de consenso tem levado alguns autores a concluir que a disputa seria meramente semântica⁷³. De fato, muitas vezes a divergência de opinião está relacionada à falta de distinção entre o que os juízes fazem e o que deveriam fazer.

Independentemente da discussão teórica acerca da existência (ou não) de uma decisão correta a que os juízes devem chegar, parece claro que, embora princípios e valores sirvam como critério para orientar a decisão judicial, juízes continuarão a interpretar a mesma regra de formas diferentes. Assim, mesmo os que rejeitam discricionariedade judicial por entender que há sempre uma decisão correta para cada caso aceitam a ideia de que as regras não permitem aplicação mecânica em todos os casos.

Para este trabalho, é suficiente partir da ideia de discricionariedade judicial em sentido mais amplo, como tudo que vai além da aplicação mecânica de uma regra formal, mesmo que vinculada a critérios, valores e princípios. Não está se considerando aqui, portanto, o sentido forte de discricionariedade como a ausência de critérios para a tomada da decisão do juiz — como Dworkin (1977, p. 31-33)⁷⁴.

É possível dizer que os juízes têm discricionariedade ao aplicar pena mas estão sempre vinculados a critérios (LUISI, 2003, p. 131, RODRIGUES, 1995, p. 74) e princípios e que o controle se dá com a fundamentação. Assim sendo, é a motivação que continuará exercendo papel fundamental de controle das decisões (SHECAIRA, 2010). Trata-se de atividade discricionária, juridicamente vinculada e, essencialmente, aplicação do direito (RODRIGUES, 1995; p. 79; DIAS, 2009, p. 195-196).

Isso não significa, no entanto, que não haja nenhuma margem para livre apreciação. Na prática, “se quanto ao procedimento de determinação da medida da pena o

⁷³ De acordo com Neil MacCormick (1978, p. 188, tradução livre), “parece verdade que a calorosa mas sempre árida controvérsia quanto a juízes fazerem direito, poderem fazer o direito ou deverem criar direito é em essência uma questão verbal e terminológica”.

⁷⁴ Em um sentido mais estrito, aplicado aos juízes, o termo “discricionariedade” é considerado ambíguo por Dworkin (1977, p. 31-33), que entende que há pelo menos três sentidos em que se diz que um juiz tem discricionariedade. De acordo com ele, um juiz tem discricionariedade quando a aplicação do critério relevante para a decisão não é mecânica e depende de juízo próprio do julgador, porque não pode ser aplicado de forma automática; quando sua decisão é final, no sentido de não estar sujeita à revisão por autoridade hierarquicamente superior; e quando sua decisão não está constrangida por critérios vinculantes.

juiz deve orientar-se pelos critérios fornecidos pelo legislador, pondo a claro suas ponderações, a verdade é que lhe resta, de quando em vez, uma margem de livre apreciação dentro da qual só sua convicção pessoal do que é correto vem a ser decisivo” (RODRIGUES, 1995, p. 97).

Assim, discricionariedade, para fins deste trabalho, não se confunde com arbítrio judicial, que seria a chamada “discricionariedade livre”, sem nenhuma vinculação.

O exemplo do Brasil ilustra essa ideia. Muitos autores avaliam que o sistema criminal brasileiro conferiu, nas últimas reformas, maior discricionariedade ao juiz na aplicação da pena:

A reforma penal de 1984 tornou mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios a que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida. Passa a ser um mote a referência às circunstâncias, mormente às subjetivas, às quais cumpre o juiz recorrer para fixar sua opção por esta ou aquela modalidade de pena, por este ou aquele regime de cumprimento da pena, bem como com relação à quantidade de pena. O alargamento do poder discricionário do magistrado é aliás decorrência obrigatória de um leque de opções, graças às penas substitutivas [...] (REALE JÚNIOR, 2004a, p. 83).⁷⁵

Não se costuma alegar, no entanto, aumento de arbítrio judicial ou retorno ao sistema de penas do Antigo Regime: há outros mecanismos — que não somente diminuir o grau de discricionariedade do juiz ou sua possibilidade de individualização da pena diante de um caso concreto — que parecem ser mais relevantes para diminuir o arbítrio judicial.

Outros termos muitas vezes associados à ideia de discricionariedade são “discriminação” e “disparidade”. Embora possa ser entendida em sentido positivo ou negativo, no contexto da justiça criminal, discriminação normalmente significa tratamento desvantajoso baseado em algum critério impróprio de distinção, como gênero, classe social, idade, religião, origem étnica, etc. Hirsch, Ashworth e Roberts (2009, p. 344) definem discriminação intencional como os casos em que a pena é aplicada com intenção e

⁷⁵ No mesmo sentido: “a reforma penal de 1984 conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal para poder melhor habilitá-lo a proceder à individualização de pena mais justa”. (SHECAIRA, 2010, p. 16); “A lei oferece, deste modo, ao juiz, não só a possibilidade, muitas vezes, de escolha da natureza da pena, mas a de fazê-la variar, em quantidade, entre um máximo e um mínimo, assegurando-lhe relativa discricionariedade para a perfeita individualização da medida penal à realidade do fato na sua total significação de contrariedade ao direito e de expressai da criminosidade do agente” (BRUNO, 1967, p. 105). Na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 (publicada no Diário Oficial da União, de 13-10-1941) também há a menção à discricionariedade atribuída ao juiz na aplicação da pena: “A sentença deve ser motivada. Com o sistema de relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código penal, e do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento”.

conhecimento de que resultará em acusado sendo tratado de forma mais severa em razão de raça, origem, cor, religião, gênero, idade ou deficiência física ou mental. Discriminação direta mas intencional seria relacionada a estereótipos inconscientes, como “injustificável maior suspeita em relação a negros”. Por fim, haveria a discriminação indireta, nos casos em que a regra é geral mas sua aplicação é diferente para alguns grupos em particular — por exemplo, redução da pena para quem se declara culpado (“*guilty plea*”), já que acusados negros seriam menos propensos a essa declaração.

Disparidade, no sistema criminal, é termo associado à prática de aplicação de penas distintas a casos semelhantes (ASHWORTH, 2009, p. 253), mas também pode ter um sentido mais amplo: tratamento distinto para acusados e vítimas quando suas circunstâncias são parecidas (GELSTHORPE; PADFIELD, 2003, p. 4). Mas, comumente, fala-se em disparidade ou disparidade injustificável (*unwarranted disparity*) como a variação da pena aplicada que pode ser identificada como o resultado exclusivo de raça ou outro fator extrajurídico (como gênero), depois que todos os critérios jurídicos já foram considerados (STOLZENBERG; D’ALESSIO, 1994; BUSHWAY; PIEHL, 2001, p. 734).

Outro termo que se costuma relacionar à ideia de discricionariedade é *lawlessness*, que seria a aplicação da pena de forma desregrada, sem qualquer critério jurídico. Em *Criminal Sentences: Law Without Order*⁷⁶, de 1973, e em artigo publicado em 1972 na *Cincinnati Law Review* (“*Lawlessness in Sentencing*”), o juiz Frankel fala sobre a aplicação da pena como decisão sem critério jurídico (*lawlessness*) e sem a exigência de motivação, não existindo proteção contra decisões inconsistentes. De acordo com ele, haveria, nos Estados Unidos, “excesso de discricionariedade” e “discricionariedade irrestrita” na aplicação da pena (FRANKEL, 2009, p. 242, tradução livre).

Vê-se que discricionariedade é uma ideia comumente associada a efeitos indesejáveis na aplicação da pena, como arbítrio, discriminação, disparidade e o que foi chamado de *lawlessness*.

Embora não esteja em disputa a ideia de que os juízes, hoje, têm discricionariedade (sempre vinculada a critérios jurídicos) para aplicação da pena, há grande discussão sobre como evitar que a margem de apreciação judicial se transforme em arbítrio, permitindo discriminação ou disparidade injustificada.

Se de um lado há quem entenda que o legislador deve prever de forma detalhada todas as situações possíveis e determinar a pena adequada para cada um desses casos, é

⁷⁶ Já mencionado no capítulo 3.

possível pensar em outra estratégia: a criação de critérios que exijam do juiz análise mais profunda na aplicação do direito ao caso concreto, mas sem determinação prévia da quantidade e da qualidade de pena pelo legislador.

5.1 ESTRUTURAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: IGUALDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO

Como não está em disputa a visão de que os juízes têm discricionariedade para aplicar a pena, a escolha dentre as diferentes formas de estruturar essa discricionariedade passa por um paradoxo entre individualização da pena e uniformidade. Se somente a pena determinada por lei garantiria penas iguais para os mesmos tipos penais (princípio da igualdade e da uniformidade), a individualização só seria concretizada se a pena for definida em função do indivíduo e do caso concretos.

No Brasil, esses ideais estão compatibilizados pela doutrina brasileira com a existência de limites mínimos e máximos para cada tipo penal — o que garantiria penas parecidas para tipos penais parecidos — e com a possibilidade de o juiz escolher a pena concreta dentro desses limites, de acordo com critérios legais e constitucionais — o que permitiria a individualização.

Em outros países, no entanto, especialmente onde houve recente reforma na aplicação da pena, a questão foi colocada em outros termos. Individualização e uniformidade são vistos como ideais concorrentes entre si:

O esforço de estruturar a aplicação da pena por meio de diretrizes para o juiz envolve um dilema filosófico para os agentes de controle social formal — o equilíbrio entre o princípio da uniformidade (acusados semelhantes devem receber sanções semelhantes) e o da individualização da pena (agentes de controle social devem ter discricionariedade de adequar sanções às características particulares e às situações individuais de acusados). (ULMER, 1997, p. 3, tradução livre).

Num sistema de guias de aplicação de pena, as janelas de discricionariedade, como circunstâncias atenuantes, possibilidade de aplicação abaixo do mínimo e acima do máximo em determinadas circunstâncias e grande margem entre mínimo e máximo, foram o lócus de diferenças extrajurídicas que os guias de aplicação de pena buscavam evitar. Assim, guias de aplicação de pena flexíveis permitem que a pena seja adaptada a cada acusado (racionalidade substantiva), mas correm o risco de gerar disparidade indesejada (Tonry, 1987). Por outro lado, discricionariedade judicial fortemente regrada pode não apenas deslocar o lócus da disparidade para a acusação como também arriscar a “desumanização” da aplicação da pena e o tratamento igual para acusados diferentes em nome da racionalidade formal. Tanto as experiências mais antigas quanto as recentes com penas mínimas obrigatórias no âmbito estadual e federal servem como exemplo

desses efeitos (cf. Tonry 1992). (ULMER, 1997, p. 184, tradução livre).

Discrecionariedade é causa para o mal quando leva a decisões injustificadas (discriminação negativa) e inconsistência (disparidade), mas pode ser uma coisa boa se permitir um mecanismo de mostrar clemência que, mesmo que desafiando definição precisa, muitos reconheceriam como necessária à concepção e à distribuição de justiça. Permite que a justiça seja mais humana. (GELSTHORPE; PADFIELD, 2003, p. 6, tradução livre).

O equilíbrio entre regulação legislativa e judicial no sistema de aplicação da pena é difícil de prever. [...] consistência total no exercício da discrecionariedade por quem aplica a pena nunca será alcançada enquanto seres humanos tiverem de tomar as decisões, mas uma aparência mecânica de consistência como a que pode ser produzida por regras rígidas demais pode, da mesma forma, produzir injustiças. (THOMAS, 2003, p. 71, tradução livre).

Esses trechos mostram que, nas últimas décadas, individualização e uniformidade foram colocados em xeque ao se discutir as bases para a reforma da política criminal em matéria de aplicação da pena em muitos países. Embora no Brasil os princípios não sejam vistos como concorrentes (entende-se que a individualização está satisfeita com a possibilidade de o juiz aplicar a pena entre o mínimo e o máximo e que a existência de penas mínimas e aumentos mínimos obrigatórios satisfaz a exigência de igualdade), a questão da *justiça* de privilegiar-se um ou outro ideal foi expressamente discutida em outros países e deu origem às mais diversas formas de se estruturar a discrecionariedade judicial na aplicação da pena.

5.2 DIFERENTES FORMAS DE ESTRUTURAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA

A partir de 1970, muitas jurisdições da Europa, da América do Norte e da Oceania passaram por reformas significativas em seus sistemas de aplicação de pena. Apesar das grandes diferenças entre os modelos adotados, pode-se dizer com alguma segurança que as mudanças tiveram como objetivo, em geral, a redução de disparidades indesejadas na aplicação da pena (ASHWORTH, 1992, p. 183). Por se tratarem, em sua maioria, de países com tradição de *common law*, antes das reformas os juízes concentravam a tarefa de aplicação da pena, com poucas limitações legislativas e restritas possibilidades de revisão judicial: “Em muitas jurisdições, o legislativo ia pouco além do estabelecimento de penas máximas obrigatórias. A tradição era de deixar uma ampla margem de discrecionariedade ao judiciário abaixo do máximo” (ASHWORTH, 1992, p. 197, tradução livre).

A descrição dessas técnicas, bem como a de modelos utilizados na prática em alguns países, contribui para vermos a variedade de estratégias disponíveis para estruturar a decisão de aplicação da pena em países que, por tradição, deixavam a decisão nas mãos do Judiciário.

Como visto no capítulo anterior, a afirmação de que em determinado sistema o juiz tem ou não tem discricionariedade diz pouco sobre as especificidades de cada modelo.

Neste capítulo, serão descritas quatro “técnicas” de estruturar a aplicação da pena e alguns exemplos de países ou estados federativos que as adotaram: diretrizes numéricas (Minnesota); autorregulação judicial e diretrizes narrativas (Inglaterra); articulação dos princípios para aplicação da pena pelo Legislativo (Suécia e Nova Zelândia) e fixação de penas mínimas obrigatórias⁷⁷.

Nos Estados Unidos, a estratégia mais comum de estruturação da aplicação da pena tem sido a adoção de diretrizes numéricas, no formato de grade, com duas linhas, uma vertical e uma horizontal. A linha vertical representa a gravidade do delito, e a horizontal, os antecedentes criminais. A *pena presumida* é extraída da célula em que a linha contendo a categoria de gravidade do crime encontra a coluna com o valor dos antecedentes. É a técnica adotada na jurisdição federal e em diversos estados norte-americanos. O exemplo mais comumente citado pela doutrina de diretrizes numéricas é o modelo adotado por Minnesota em 1980⁷⁸. Por ter sido o primeiro estado a implementar as *sentencing guidelines*, sua experiência é uma das mais documentadas e estudadas e serviu como base para reformas em outros estados (FRASE, 1991, p. 728; ASHWORTH, 2009, p. 249).

O modelo utilizado pela Inglaterra foi chamado por von Hirsch (1987) de “diretrizes narrativas”, em oposição às diretrizes numéricas. As diretrizes narrativas especificam os passos que o juiz deve dar para aplicar a pena, na forma de um julgamento de apelação, e não em números. As diretrizes foram desenvolvidas, primeiro, pelos próprios tribunais e, depois, por uma agência independente, com maioria judicial.

Outro modelo utilizado é a determinação, pelo Legislativo, dos princípios e das políticas que os juízes devem seguir, deixando a cargo deles a concretização desses

⁷⁷ Como a maioria dos países combina estratégias e também alterou o modelo ao longo dos anos, a descrição será feita por país, e não por “tipo de técnica de estruturação da discricionariedade do juiz”. Apenas no que diz respeito às penas mínimas obrigatórias, estratégia utilizada na maioria das jurisdições, optou-se por explicá-las independentemente dos países que as adotam.

⁷⁸ Para uma descrição do debate legislativo que deu origem à criação da Comissão de Aplicação da Pena de Minnesota (Minnesota Sentencing Guideline Commission), ver Frase (1991).

critérios nos casos concretos. Um exemplo muito citado pela doutrina é o da reforma da aplicação da pena da Suécia, de 1989 (ASHWORTH, 1992, 2009; JAREBORG, 1995; VON HIRSCH, 1997, 2009; VON HIRSCH; JAREBORG, 2009). Também foi o modelo adotado pela Finlândia, em 1976. A reforma de 2002 da Nova Zelândia também é um ótimo exemplo da aplicação dessa técnica em razão, especialmente, do detalhamento das diretrizes (ROBERTS, 2003, p. 267).

Penas mínimas obrigatórias⁷⁹ são usadas em diversas jurisdições de tradição *common law*, como Estados Unidos, África do Sul, Austrália, Canadá, Inglaterra e País de Gales (ASHWORTH, 2009, p. 252), e sua utilização foi ampliada com as reformas no sistema de aplicação de pena, embora muitos dos defensores de maior estruturação da discricionariedade judicial na aplicação da pena por meio de diretrizes sejam contra a criação de penas mínimas obrigatórias por entender que geram as mesmas injustiças que as reformas pretenderam evitar (cf. LOWENTHAL, 1993; ASHWORTH, 2009).

5.2.1 Diretrizes numéricas: Minnesota

As diretrizes numéricas, no formato de tabela com dois eixos — vertical para gravidade do crime e horizontal para antecedentes —, foram amplamente utilizadas nos Estados Unidos (jurisdição federal e em diversos estados norte-americanos) a partir de 1980.

O exemplo mais comumente citado pela doutrina de diretrizes numéricas nos estados é o modelo adotado por Minnesota em 1980. Na Justiça Federal, as diretrizes tornaram-se obrigatórias com a promulgação do Federal Sentencing Act, em 1984. As diretrizes federais foram amplamente criticadas e, em 2005, a Suprema Corte norte-americana determinou que as diretrizes são somente sugestivas, e não obrigatórias⁸⁰; o modelo de Minnesota é considerado um exemplo de sucesso na história das diretrizes norte-americana (VON HIRSCH; ASHWORTH; ROBERTS, 2009, p. 233).

Ao promulgar a lei que criou a Comissão de Aplicação da Pena de Minnesota (Minnesota Sentencing Commission) em 1978, “o principal objetivo do legislativo era

⁷⁹ A definição de pena mínima utilizada neste trabalho é a proposta por Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009, p. 15-17) e engloba, além da cota prevista na norma de sanção atrelada ao tipo penal, determinações na parte geral de aumentos obrigatórios caso presente determinada circunstância e, ainda, a fixação de um período fixo de tempo durante o qual não se pode pedir benefícios durante a execução.

⁸⁰ *United States v. Booker* (2005) 543 US 220. Para uma análise detalhada dos efeitos do julgamento, ver Berry III (2008).

reduzir as disparidades na aplicação da pena com a redução da discricionariedade judicial” (FRASE, 2005a, p. 132, tradução livre). Mais especificamente, foram reconhecidos os objetivos de (i) ampliar a uniformidade das penas de prisão, evitando-se disparidades raciais, socioeconômicas ou de gênero; e (ii) aumentar a proporcionalidade entre duração da pena, gravidade da conduta e antecedentes criminais. Outro objetivo foi a coordenação da política de aplicação da pena de acordo com a magnitude da população prisional.

Embora o legislativo tenha deixado claro que o maior objetivo da reforma era reduzir a discricionariedade judicial para promover mais uniformidade nas penas, não explicitou as funções da pena que deveriam ser promovidas com a reforma. Essa decisão ficou a cargo da Comissão de Aplicação da Pena de Minnesota, que adotou a teoria *just deserts*, de acordo com a qual a severidade da sanção criminal deveria ser proporcional à gravidade do crime e, em menor grau, aos antecedentes criminais do acusado:

que finalidade da pena o Legislativo queria promover com a reforma? O objetivo de uniformidade não implica necessariamente ênfase em “justo merecimento”, levando em conta que considerável discricionariedade pode ser necessária para adaptar a pena ao caso concreto. Relatórios subsequentes da comissão revelaram que a principal finalidade da pena com as *guidelines* foi retribuição, ou “justo merecimento”, mas essa escolha não se baseou em nenhuma expressão clara de intenção do Legislativo. Legislação posterior, jurisprudência em apelação e práticas de afastamento da pena presumida pelos juízes de primeiro grau indicaram adesão a finalidades utilitaristas, como reabilitação e incapacitação. (FRASE, 2005, p. 144, tradução livre).

Depois de definir a principal racionalidade para aplicação da pena, a comissão tomou algumas decisões cruciais de política criminal. As penas para crimes contra a propriedade tornaram-se menos severas, e as de crimes violentos, mais severas. Também definiu que os antecedentes criminais deveriam influenciar menos que a gravidade da conduta (ASHWORTH, 2009, p. 249).

Além disso, Minnesota adotou um mecanismo desenhado especialmente para evitar a escalada das penas: as penas deveriam ser prescritas de forma que a população prisional projetada não fosse mais alta do que a capacidade prisional no momento em que entrassem em vigor. Sempre que se propunha o aumento da pena para determinado tipo penal, o autor da proposta deveria sugerir outra categoria que teria sua pena reduzida, para que a população prisional se mantivesse dentro da capacidade (FRASE, 1991, p. 734).

A comissão então dividiu os tipos penais (“graves”) em 11 categorias de gravidade e desenvolveu uma escala de sete pontos para os antecedentes criminais. A tabela a seguir, baseada nas diretrizes de 2005, ajuda a ilustrar como funciona o sistema. A

divisão em níveis de gravidade abarca um grande número de tipos penais. O valor dos antecedentes em cada caso concreto é estabelecido por um sistema de pontos. Soma-se um ponto a cada condenação por um crime grave a cada quatro condenações por crimes de menor potencial ofensivo ou pelo fato de o crime ter sido cometido em alguma forma de liberdade condicional, por exemplo. Como mencionado, a *pena presumida* é obtida pela célula de encontro entre a linha contendo a categoria de gravidade do crime e a coluna com o valor dos antecedentes. Os casos abaixo da linha preta (cinza) preveem pena de prisão. Casos acima da linha (quadrados brancos), a princípio não. Nesse último caso, a quantidade indicada representa a pena de prisão a ser aplicada caso o indivíduo deixe de cumprir a pena distinta da prisão.

Tabela 1 – Pena presumida, em meses, de acordo com as diretrizes de aplicação de pena do estado de Minnesota em 2002

Grau de gravidade	Exemplo	Valor atribuído aos antecedentes						
		0	1	2	3	4	5	6 ou mais
I	Venda de substância controlada	12	12	12	13	15	17	19 (18-20)
II	Crimes de furto (até \$ 2.500); falsificação de cheque (\$ 200 a \$ 2.500)	12	12	13	15	17	19	21 (20-22)
III	Furto (mais de \$ 2.500)	12	13	15	17	19 (18-20)	21 (20-22)	23 (22-24)
IV	Entrada em prédio não residencial para cometer furto	12	15	18	21	24 (23-15)	27 (26-28)	30 (29-31)
V	Roubo simples; entrada em residência para cometer furto	18	23	28	33 (31-35)	38 (36-40)	43 (41-45)	48 (46-50)
VI	Conduta sexual criminosa (sem penetração mas contra vítima vulnerável)	21	27	33	39 (37-41)	45 (43-47)	51 (49-53)	57 (55-59)
VII	Embriaguez ao volante (qualificada por mais de três incidentes por dirigir debilitado)	36	42	48	54 (51-57)	60 (57-63)	66 (63-69)	72 (69-75)
VIII	Roubo qualificado	48 (44-52)	58 (54-62)	68 (64-72)	78 (74-82)	88 (84-92)	98 (94-102)	108 (104-112)
IX	Conduta sexual criminosa (com penetração e contra vítima vulnerável)	86 (81-91)	98 (93-103)	110 (105-115)	122 (117-127)	134 (129-139)	146 (141-151)	158 (153-163)
X	Homicídio culposo	150 (144-156)	165 (159-171)	180 (174-186)	195 (189-201)	210 (204-216)	225 (219-231)	240 (234-246)
XI	Homicídio doloso	306 (299-313)	326 (319-333)	346 (339-353)	366 (359-373)	386 (379-393)	406 (399-413)	426 (419-433)

Fonte: elaboração com base em Frase (2005a)

O modelo desconsidera fatores não relacionados a antecedentes criminais, como os efeitos colaterais da pena no indivíduo e em sua família.

A aplicação de pena distinta da “presumida” exige motivação da decisão com base em circunstâncias “substanciais e convincentes”. Além disso, a comissão listou fatores que os juízes podem legitimamente usar para justificar a aplicação fora da quantidade presumida (como brutalidade excessiva contra a vítima) e fatores que não poderiam ser considerados pelo juiz, como raça, gênero, emprego, educação, estado civil e o exercício, pelo acusado, de seus direitos constitucionais durante a instrução criminal (MINNESOTA SENTENCING GUIDELINES COMMISSION, 1983, p. 16).

Os juízes mantinham mais discricionariedade para aplicar a pena nos crimes de menor potencial ofensivo e também em crimes que comportavam suspensão condicional da pena, que representavam 80% do total de condenações. O juiz poderia decidir, com base no caso concreto, as condições específicas impostas aos acusados, como multa, reparação do dano, programas de inclusão comunitária, dentre outros, bem como o tempo de duração do período probatório (MINNESOTA SENTENCING GUIDELINES COMMISSION, 1983). Nesses casos, o modelo se aproxima da proposta de retributivismo como limite, descrita no capítulo 3, já que a pena considerada “devida” só é aplicada se o benefício for revogado. A retribuição serve como limite máximo; dentro desse limite o juiz tem discricionariedade para escolher a pena mais adequada, com base em outros objetivos.

De acordo com Ashworth, o sistema de Minnesota “foi razoavelmente bem-sucedido em atingir seus objetivos”:

A aplicação de pena ficou mais coerente, acusados por crimes contra a propriedade foram sentenciados com pena de prisão menos frequentemente e a Suprema Corte do estado desenvolveu jurisprudência acerca das hipóteses em que se permite a aplicação de pena distinta da presumida. (ASHWORTH, 2009, p. 250, tradução livre).

Esse diagnóstico é em parte compartilhado por Frase (2005a, p. 202), que em 2005 afirmou que a maioria das avaliações do modelo apontou que as decisões de aplicação da pena ficaram mais “uniformes” em relação ao tipo penal e aos antecedentes, embora mulheres ainda recebessem penas menos severas e as minorias continuassem desproporcionalmente representadas nas prisões. Desde que as diretrizes entraram em vigor, aumentou a proporção de negros nas prisões de Minnesota, o que, de acordo com Frase (2005a, p. 207), pode ser resultado de fatores “legítimos” — isto é, que devem ser levados em consideração (gravidade do crime e antecedentes criminais) —, pode estar relacionado a diferenças em taxas de flagrantes, mas também pode ser consequência de viés racial na tipificação feita no momento do flagrante, especialmente em casos de drogas.

Em relação ao objetivo expressamente adotado pela Minnesota Sentencing Guidelines Commission (MSGC) de mais parcimônia na aplicação da pena, Frase (2005a, p. 206) explica que, embora Minnesota seja hoje o estado com menor taxa de uso de prisão (o segundo, Massachusetts, tem taxa de aprisionamento 60% mais alta), a população carcerária triplicou após a entrada em vigor das diretrizes. Ainda de acordo com Frase (2005a, p. 207), o modelo poderia permitir mais possibilidades de substituição da prisão por penas restritivas de direito.

5.3 AUTORREGULAÇÃO JUDICIAL E DIRETRIZES NARRATIVAS: INGLATERRA

A partir de 1960, o tribunal de apelações da Inglaterra passou a desenvolver, com mais frequência, princípios gerais a serem utilizados nos julgamentos de apelações criminais interpostas para revisão da pena aplicada e, em 1980, assumiu um papel ainda mais ativo: de forma periódica, o tribunal de apelação escolhia um caso para fazer um julgamento “guiado”, estabelecendo parâmetros de aplicação da pena para diversas variações do crime em questão. O primeiro desses casos foi uma apelação de tráfico de drogas, no qual o tribunal estabeleceu critérios para aplicação da pena para casos de importação, fornecimento e posse de drogas de diferentes classes. Esse modelo tem algumas particularidades: em primeiro lugar, permite que os juízes lidem de forma diferente com casos que, embora se encaixem no estabelecido pelo tribunal, tenham “características incomuns”. Essa forma de autorregulação judicial baseada em julgamentos em apelações criminais foi usada em outras jurisdições, como Austrália, Canadá, Escócia, Irlanda, Nova Zelândia e (ASHWORTH, 2009, p. 243). Além disso, os critérios eram “narrativos”, na forma de um acórdão e sem a utilização de tabelas numéricas. De acordo com Ashworth (2009, p. 244, tradução livre), guias judiciais de aplicação da pena foram considerados bem-vindos pela maioria dos juízes ingleses porque “foram formulados por juízes e porque foram vistos como forma de promover um quadro normativo, preservando flexibilidade para casos individuais”.

Esse modelo foi chamado por von Hirsch (1987) de “diretrizes narrativas”, em oposição às diretrizes numéricas desenvolvidas em alguns estados americanos a partir de 1970. As diretrizes especificam a racionalidade que rege a aplicação da pena, identificam as características do acusado ou de sua conduta que devem ser consideradas na decisão sobre a pena e oferecem orientações gerais sobre quando a prisão é ou não é adequada.

Para explicar como funcionaria, von Hirsch descreve como seriam “diretrizes narrativas” que incorporassem políticas das diretrizes numéricas de Minnesota:

as diretrizes poderiam começar com uma afirmação de finalidade, explicitando que a pena deveria ser proporcional à gravidade da conduta. Em seguida, poderia vir uma lista de fatores que deveriam ser considerados na aplicação da pena. Isso poderia consistir em uma afirmação de que o principal elemento a ser considerado é a gravidade da conduta; e que os antecedentes devem ser considerados, mas com menos força que o crime pelo qual está sendo julgado. Também poderia haver diretrizes relativas ao uso da prisão, que poderiam dizer que a pena de prisão deveria ser aplicada em indivíduos condenados por crimes graves; que condenados por crimes de média gravidade só deveriam ir para a prisão de seu histórico de antecedentes for considerável; e que condenados por crimes pouco graves não deveriam receber pena de prisão, independentemente dos antecedentes. (VON HIRSCH, 1987, p. 55-56, tradução livre)⁸¹.

Em 1998, a Inglaterra modificou esse modelo, com a criação de um Painel Consultivo de Aplicação da Pena (Sentencing Advisory Panel) composto por juízes, acadêmicos, outros profissionais do sistema de justiça criminal, além de membros leigos. Esse painel preparava diretrizes de aplicação da pena para vários tipos de crimes e enviava ao tribunal de apelações, que poderia aceitar, rejeitar ou modificar a sugestão do painel. Se aceitas, as diretrizes seriam incorporadas à decisão na apelação e teriam efeito vinculante inerente aos demais precedentes, isto é, vinculante para decisões de primeiro grau (ASHWORTH, 2013, p. 16). De acordo com Ashworth (2009, p. 244), esse painel foi criado porque o tribunal de apelação teria pouco tempo e poucos recursos para articular critérios comuns para aplicação da pena em todos os crimes. Além disso, por se tratar de política pública, argumentou-se que pessoas com experiências em outros aspectos do sistema de justiça criminal deveriam ter um papel na formulação das diretrizes. Em 2003, houve mais uma mudança significativa: o Legislativo criou o Conselho de Diretrizes de Aplicação da Pena (Sentencing Guidelines Council), com o objetivo de elaborar guias de aplicação de pena que deveriam ser considerados pelos juízes. O painel consultivo manteria suas funções mas passaria a aconselhar o conselho de diretrizes, em vez do tribunal de apelações. O conselho, então, substituiu o tribunal de apelação no desenvolvimento das diretrizes (ASHWORTH, 2013, p. 19), criando um guia de aplicação da pena para cada tipo penal, composto por duas partes: a primeira, narrativa, discute características daquele tipo e fatores que podem aumentar ou diminuir sua gravidade; a segunda parte do guia é numérica e consiste em uma tabela que estabelece limites

⁸¹ Duff (2005) fala em diretrizes “discursivas”, mas o conceito por ele desenvolvido é o mesmo das diretrizes “narrativas”.

máximos (e às vezes mínimos) para o tipo penal.

Embora essa mudança pareça ter aproximado o modelo inglês dos modelos adotados por alguns estados norte-americanos, Ashworth (2009) apontou diferenças significativas: o modelo inglês, mesmo depois de 2003, (i) não indicava um *quantum* de aumento para reincidência (juiz deveria decidir); (ii) nos casos de condenação por mais de um crime, não era feita a soma do *quantum* de pena, o juiz deveria aplicar um “princípio da totalidade” e diminuir a pena total; (iii) os juízes poderiam escolher o “ponto de partida”, de acordo com circunstâncias agravantes e atenuantes, e aplicar pena fora dos limites mínimos e máximos; (iv) os juízes deveriam “considerar” as diretrizes, não sendo obrigados a utilizá-las, se motivassem a decisão de não o fazer (ASHWORTH, 2009, p. 246). Mas depois de 2009 o modelo ainda sofreu mais uma significativa mudança.

Em 2008, em razão da dificuldade de desenvolvimento de projeções precisas e do aumento da população carcerária, foi criado um Grupo de Trabalho da Comissão de Aplicação de Pena (Sentencing Commission Working Group). Partindo de outro relatório, publicado em 2007, organizado por Lord Carter (membro do parlamento) e intitulado *Propostas para o uso eficiente e sustentável da prisão na Inglaterra e no País de Gales*, o relatório publicado pelo grupo de trabalho (SENTENCING COMMISSION WORKING GROUP, 2008) “ressalta as tensões criadas pelo desejo de alcançar mais previsibilidade e coerência na aplicação da pena e um conflitante apego à discricionariedade judicial na aplicação da pena” (ROBERTS, 2012, p. 271, tradução livre). O grupo de trabalho analisou a possibilidade de implementação, na Inglaterra e no País de Gales, de diretrizes numéricas como as de Minnesota. A conclusão a que chegou o grupo foi de que o modelo de grade bidimensional “restringe demais a discricionariedade judicial para ser aceitável” (SENTENCING COMMISSION WORKING GROUP, 2008, p. 13, tradução livre)⁸², mas ao mesmo tempo recomendou maior vinculação dos juízes às diretrizes. O grupo de trabalho também recomendou a substituição dos dois órgãos por uma única autoridade (SENTENCING COMMISSION WORKING GROUP, 2008, p. 13).

A resposta do governo inglês aos dois relatórios foi o Coroners and Justice Act 2009⁸³, que, dentre outras previsões, passou a dispor que, ao aplicar a pena, os juízes

⁸² Outros países também analisaram a possibilidade de criar diretrizes com grades bidimensionais e, ao final, rejeitaram a ideia. Em 1984, o governo do Canadá criou uma comissão de aplicação da pena provisória que visitou vários estados norte-americanos (incluindo Minnesota e Pensilvânia) e concluiu que as grades não serviriam para a aplicação da pena no Canadá. A Austrália ocidental também flertou com a ideia em 1999, mas ao final a abandonou (ROBERTS, 2012, p. 269).

⁸³ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/part/4>.

devem “seguir” (em vez de “considerar”) as diretrizes. Manteve-se, no entanto, a possibilidade de não seguir as diretrizes nos casos em que isso seria “contrário aos interesses da justiça” (art. 125)⁸⁴. Além disso, os dois órgãos (Sentencing Advisory Panel e Sentencing Guidelines Council) foram substituídos pelo “Conselho de Aplicação de Pena” (Sentencing Council), com 14 membros, sendo a maioria composta por juízes. De acordo com a nova legislação, o conselho deveria considerar a necessidade de promover mais coerência na aplicação da pena, bem como no impacto das penas nas vítimas, no custo das diferentes penas e na sua efetividade relativa em prevenir reincidência, e, ainda, confiança da população no sistema de justiça criminal (ROBERTS, 2012, p. 272-273).

As diretrizes inglesas determinam que o juiz siga um grupo de etapas até chegar à pena final. Aqui, será resumida a explicação de Andrew Ashworth e Julian Roberts (2013) sobre como passou a funcionar a determinação da pena após as mudanças descritas.

A maioria dos crimes está dividida em três níveis de gravidade que determinam a variação da pena. As três categorias “refletem graduações de dano e culpabilidade”, sendo que a mais grave requer que o juiz considere que o caso envolve maior dano e elevada culpabilidade; a categoria 2 é aplicada em casos de maior dano ou elevada culpabilidade e a última aplica-se a casos de menor dano e reduzida culpabilidade. Em primeiro lugar, o juiz deve encaixar o caso em uma das três categorias. Essa decisão é a que terá maior impacto na determinação da severidade da pena. As diretrizes fornecem uma lista exaustiva de fatores que devem ser considerados nessa etapa. No caso de agressão causando lesão corporal, utilizada com exemplo por Ashworth e Roberts para explicar o modelo inglês, a lista de fatores inclui motivação discriminatória, escolha deliberada de uma vítima vulnerável, papel secundário do acusado, provocação da vítima, ausência de premeditação. Para a categoria 1, a pena prevista é de 1 a 3 anos de prisão; para a categoria 2, de prestação de serviços à comunidade a 51 semanas de prisão; e para a categoria 3, de multa a prestação de serviços à comunidade.

Na segunda etapa, o juiz determina o contexto da conduta e do acusado com base em circunstâncias agravantes e atenuantes também previstas pelas diretrizes. Mas a diferença, aqui, é que o juiz pode considerar outros fatores além dos previstos. Alguns fatores que devem ser considerados nessa etapa são: cometimento do crime enquanto em alguma forma de liberdade condicional; cometimento do crime sob a influência de álcool

⁸⁴ Para uma descrição detalhada do debate legislativo e dos conflitos entre governo, Judiciário, painel e conselho, ver Ashworth (2013).

ou drogas (agravantes); ou a consideração de que esse foi um incidente isolado (atenuante). Também há fatores de “mitigação pessoal”, como o fato de o acusado ser único ou principal provedor de familiares; remorso; bom caráter e conduta exemplar. O caso não precisa, necessariamente, ficar dentro da categoria estabelecida na primeira etapa. Se o caso contar com múltiplas circunstâncias agravantes ou atenuantes, é possível que a pena resultante dessa etapa fique fora da categoria em que havia sido encaixado na primeira etapa (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 7-8).

Na terceira etapa, o juiz deve considerar a aplicação de uma lei de 2005 (Organized Crime and Police Act 2005) que permite uma redução da pena se o acusado auxiliar — ou se oferecer para auxiliar — a polícia ou a acusação. Na quarta etapa, o juiz deve considerar uma redução nos casos em que o acusado confessa perante o tribunal (“*guilty plea*”). A quantidade de redução depende do momento em que o acusado decidir confessar — antes ou depois do início do julgamento, por exemplo (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 8).

Depois (etapa 5), o juiz deve considerar um aumento da pena imposta se presentes determinadas circunstâncias especificadas no capítulo 5 do Criminal Justice Act 2003, que trata da avaliação de periculosidade em determinados casos de violência ou crimes sexuais (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 8).

Na sexta etapa, o juiz deve aplicar o princípio da totalidade nos casos em que o acusado tiver sido condenado por mais de um tipo penal ou já estiver cumprindo pena por outro crime (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 9). De acordo com as diretrizes acerca da “totalidade”, publicadas em 2012 pelo Conselho de Aplicação da Pena,

todos os juízes, quando aplicarem pena por mais de um tipo penal, devem decidir por uma pena total que reflita as condutas do acusado e que seja justa e proporcional. [...] em geral, é impossível chegar a uma pena justa e proporcional por mais de um tipo penal simplesmente pela soma das penas individuais. É necessário considerar o comportamento do acusado, bem como seus fatores pessoais como um todo. (SENTENCING COUNCIL, 2012, p. 5, tradução livre).

Em vez de determinar um *quantum* específico de redução, as diretrizes, de forma narrativa e com exemplos, explicam de que forma deve ser aplicada a pena nesses casos. Um trecho das diretrizes sobre aplicação da pena em condenações por mais de um crime cuja pena aplicável seria multa ajuda a entender a forma das diretrizes:

Quando um acusado tem de ser multado por duas ou mais condutas que se originaram do mesmo incidente ou há várias condutas repetitivas, especialmente

se cometidas pela mesma pessoa, frequentemente será apropriado impor, para a conduta mais grave, uma multa que reflita a totalidade da ofensa, se isso for possível dentro da pena máxima prevista para o tipo penal. Nesse caso, não deve ser aplicada multa para as demais condutas. Nos casos em que um acusado tiver de ser multado por duas ou mais condutas que se originaram de incidentes distintos, frequentemente será apropriado impor multas separadas para cada tipo penal. O juiz deve somar as multas e, se o valor agregado não for justo ou proporcional, o juiz deve avaliar se todas as multas podem ser proporcionalmente reduzidas. (SENTENCING COUNCIL, 2012, p. 5, tradução livre).

Na sétima etapa, o juiz deve determinar outros efeitos da sentença, como suspensão do direito de dirigir e reparação do dano, em casos de trânsito (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 9).

A oitava etapa é o dever de motivar. Um dispositivo do Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 determina que o juiz explique as razões para aplicação da pena em “linguagem comum e em termos gerais”. E, na última etapa, o juiz deve determinar de que forma será computado o tempo em que o acusado esteve em prisão preventiva ou em liberdade provisória (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 9).

A descrição da metodologia para aplicação da pena dentro do determinado pelas diretrizes não esgota a explicação sobre o modelo inglês. A compreensão do modelo só é completa se analisarmos o grau de vinculação dos juízes às diretrizes. Como afirmado anteriormente, em 2009 a legislação passou a determinar que os juízes “seguissem” as diretrizes, a não ser nos casos em que isso fosse “contrário aos interesses da justiça”. De acordo com Roberts (2013, p. 13), o dever do juiz é aplicar a pena dentro da variação estabelecida para o *tipo penal*, e não para determinada categoria de gravidade estabelecida para cada tipo penal, mas há quem interprete de forma diversa. A variação estabelecida para cada tipo é ampla. No caso de lesão corporal, a pena pode ir de prestação de serviços à comunidade a 4 anos de prisão. No caso de roubo, a pena de prisão pode ser de até 12 anos (sem limite mínimo).

Nos casos em que a pena é aplicada fora do previsto pelas diretrizes (em razão do imperativo de justiça), a pena deve respeitar os limites máximos estabelecidos por lei. Num caso de furto com invasão de domicílio, a pena prevista pelas diretrizes pode variar de prestação de serviços à comunidade a até 6 anos de prisão. Mesmo se a pena for aplicada acima dos 6 anos, deve respeitar o limite máximo de 14 anos, estabelecido por lei (ROBERTS, 2013, p. 13).

Apesar das mudanças em relação à competência para desenvolver as diretrizes — nas últimas décadas muitas das tarefas antes atribuídas ao Tribunal de Apelação foram

conferidas a órgãos independentes (mesmo que com maioria judicial) —, a forma das diretrizes continua sendo classificada como “narrativa” (ASHWORTH, 2012, p. 244). Embora elas apareçam na forma de tabela (uma para cada tipo penal), o modelo inglês “depende de forma considerável dos elementos narrativos dos documentos das diretrizes” (ASHWORTH, 2012, p. 248, tradução livre).

5.4 DETERMINAÇÃO, PELO LEGISLATIVO, DOS PRINCÍPIOS E DAS POLÍTICAS QUE DEVEM SER CONCRETIZADOS PELO JUIZ NOS CASOS CONCRETOS: SUÉCIA E NOVA ZELÂNDIA

Suécia

Nas décadas após a Segunda Guerra Mundial, a Suécia ficou “internacionalmente conhecida por seu interesse em reabilitação penal”, embora penas indeterminadas fossem usadas apenas em casos específicos, como jovens e “reincidentes habituais”, e, fora dessas categorias, o Código Penal mencionasse apenas reabilitação e dissuasão geral, de forma genérica, sem determinar de que forma esses objetivos deveriam ser alcançados pelos juízes (VON HIRSCH, 2009, p. 258-259). De acordo com o Código Penal, a aplicação da pena deveria ter como objetivo promover obediência geral à lei e promover a reabilitação do acusado. O efeito era um sistema baseado em duas etapas. Em primeiro lugar, avaliava-se a gravidade da conduta com base em tarifas informais de precedentes judiciais (a menção à dissuasão geral era lida como referência à gravidade da conduta) e, depois, em casos em que haveria uma recomendação para tratamento para reabilitação, a pena seria substituída. Além disso, não havia outras diretrizes para guiar a decisão judicial (VON HIRSCH, 1997, p. 211).

Durante a década de 1970, o país vivenciou um desencantamento com a lei penal e suas concepções sobre aplicação da pena:

O Código Penal, sentia-se, oferecia poucas diretrizes para a escolha da sanção. [...] Questionava-se a justiça de basear a escolha da sanção na prevista responsividade de alguém a tratamento e na chance de reincidência. Houve uma forte renovação da ideia de proporcionalidade — de penas que de alguma forma abarcam a gravidade da conduta do acusado. Essas ideias receberam estímulo considerável com a publicação, em 1977, do relatório *A New Penal System: Ideas and Proposals*. O relatório, escrito para o Conselho Sueco para Prevenção do Crime e organizado por um grupo de trabalho composto por juízes e criminólogos, gerou muita discussão e debate. (VON HIRSCH, 2009, p. 258, tradução livre).

Depois de eliminar as penas indeterminadas para jovens (1979) e adultos (1981), o Ministro da Justiça criou uma Comissão sobre Prisão que, em 1986, publicou um relatório (*Sanções para crimes*) com a proposta de redação de dois novos capítulos do Código Penal, enfatizando a proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a severidade da pena. A proporcionalidade, aqui, tinha o objetivo de retribuição pela reprovabilidade da conduta e, também, uma função educativa: na visão da comissão, “o senso moral de comedimento das pessoas seria realçado se elas fossem tratadas como responsáveis por sua conduta, e sancionadas de forma a refletir o senso de justiça de um cidadão comum” (VON HIRSCH, 2009, p. 261, tradução livre). Em 1989, entraram em vigor novas disposições sobre aplicação da pena do Código Criminal sueco, baseadas na proposta de redação da Comissão sobre Prisão.

O estudo do modelo sueco é interessante porque, apesar de seguir o mesmo princípio que serviu como base para as reformas na justiça federal e nos estados norte-americanos — proporcionalidade em relação à gravidade do tipo penal —, utilizou estratégia muito diferente: a escolha da sanção passou a ser baseada não em quantidade de pena que deveria ser aplicada para cada tipo penal, mas sim em critérios e políticas que deveriam guiar o juiz a decisão do juiz.

Como, então, penas proporcionais deveriam ser aplicadas?

A primeira tarefa do juiz é avaliar o “valor penal” da conduta, considerando a ofensividade da conduta e a culpabilidade do acusado, e outras circunstâncias que podem aumentar o “valor penal” — se a intenção do acusado era causar ainda piores consequências, se o acusado mostrou indiferença ou se ele se aproveitou da vulnerabilidade da vítima, etc. — ou diminuí-lo, se o crime tiver sido motivado por comportamento ofensivo de outrem ou por compaixão humana, por exemplo. A lei não determina quanto cada uma das circunstâncias aumenta ou reduz o valor penal, apenas lista o que o juiz deve considerar para avaliar a reprovabilidade da conduta. A cada “valor penal” correspondem limites mínimos e máximos, se for o caso de uso de prisão, mas a lei estabelece que o juiz sempre pode aplicar a pena abaixo do mínimo previsto em lei, “nos casos em que o valor penal obviamente demandar a redução” (VON HIRSCH; JAREBORG, 2009, p. 266-267).

Em seguida, são avaliados os critérios para o uso da prisão. As sanções utilizadas na Suécia são multa, liberdade condicional (com supervisão), liberdade condicional (sem supervisão) e prisão (VON HIRSCH; JAREBORG, 2009, p. 264). De acordo com a lei

promulgada em 1989, a escolha da sanção apropriada deve considerar, além do valor penal, (i) se o acusado sofreu séria lesão corporal como consequência do crime; (ii) se o acusado, de acordo com as suas possibilidades, tentou prevenir, reparar ou mitigar as consequências danosas da conduta; (iii) se o acusado confessou; (iv) se o acusado seria expulso de país, contra a sua vontade, como consequência da condenação; (v) se como consequência da condenação o acusado sofreu ou provavelmente sofrerá a perda de seu emprego ou passará por dificuldades extraordinárias para trabalhar; (vi) se a imposição da pena de acordo com o valor penal afetaria o acusado de forma desproporcionalmente severa, considerando-se sua idade avançada ou sua saúde; (vii) se, considerando a natureza do crime, muito tempo se passou depois de seu cometimento; (viii) se há outras circunstâncias que demandam pena menor que a determinada pelo valor penal (VON HIRSCH; JAREBORG, 2009, p. 266-267). Os antecedentes criminais também podem ser considerados na escolha da sanção, mas de forma menos preponderante que o valor penal (VON HIRSCH; JAREBORG, 2009, p. 268).

Além disso, a lei dispõe que na escolha das sanções o juiz deve considerar, especialmente, as circunstâncias que sugerem pena menos grave que a prisão. E, ainda, o juiz pode deixar de aplicar qualquer pena se, ao considerar as circunstâncias mencionadas no parágrafo anterior, a imposição de sanção for manifestamente irrazoável (VON HIRSCH; JAREBORG, 2009, p. 268).

Considerações sobre reabilitação podem ser feitas na escolha entre liberdade condicional com ou sem supervisão. De acordo com a lei promulgada em 1989, a liberdade pode ser sem supervisão se não houver qualquer razão para temer que o acusado reincidirá. Como motivo para imposição de liberdade supervisionada, o juiz pode considerar que a supervisão contribui para o não cometimento de novos crimes pelo acusado e, ainda, pode motivar sua decisão em circunstâncias especiais, como o fato de a conduta do acusado poder ser explicada de alguma forma pelo uso de substâncias que viciam e de o acusado se declarar disposto a passar por tratamento adequado, de acordo com um plano individual elaborado durante a execução (VON HIRSCH; JAREBORG, 2009, p. 269).

Importante ressaltar, no entanto, que em 1991 os sociais-democratas perderam para uma coalizão mais conservadora cujo *slogan* era “eles devem sentar lá dentro para que você possa sair lá fora”. O governo eleito tinha como um de seus objetivos o aumento de 20% na população carcerária. As duas principais propostas para atingir esses objetivos eram o aumento do prazo de pena cumprida antes que fosse permitido o livramento

condicional e o aumento de pena para reincidentes (JAREBORG, 1995, p. 120). De acordo com von Hirsch, a primeira mudança — alteração das regras de livramento condicional — foi promulgada em 1993. O aumento de pena para reincidentes não chegou a ser implementado antes da derrota da coalizão conservadora, em 1994 (VON HIRSCH, 1997, p. 215).

De acordo com Ashworth (2009, p. 248, tradução livre), o modelo sueco de 1989 é uma versão mais sofisticada do adotado pela Finlândia, que em 1976 reformou o Código Penal e estabeleceu “um sistema de princípios estabelecidos em lei, com uma única principal racionalidade: a proporcionalidade”:

Outras jurisdições, como a Alemanha, declaram os objetivos da pena, mas estes são múltiplos e muitas vezes conflitantes entre si. A lei finlandesa não só articula uma racionalidade principal (proporcionalidade), como contém uma lista de fatores agravantes e mitigantes e uma disposição sobre o papel de condenações anteriores, relacionadas ao objetivo da proporcionalidade. A aplicação dessas diretrizes aos casos individuais fica a cargo dos juízes. (ASHWORTH, 2009, p. 248, tradução livre).

Nova Zelândia

Antes de 2002, o sistema neozelandês de aplicação da pena encaixava-se no modelo mais tradicional de países de tradição *common law*: o Legislativo prescrevia as penas máximas e os tipos de sanções disponíveis, mas com poucas diretrizes sobre a quantidade de pena a ser aplicada. A decisão do juiz deveria apoiar-se, essencialmente, em três fatores: (i) precedentes jurisprudenciais, considerando que o tribunal, em alguns casos individuais, aproveitava para criar diretrizes que estabeleciam a variação adequada de pena para diversos graus de gravidade de condutas que se encaixavam no tipo penal analisado; (ii) relatórios prévios à aplicação da pena, preparados por agentes da execução, sob direção do juiz, nos casos em que o tipo penal prevê a aplicação de pena de prisão, os quais deveriam conter informações sobre o acusado, a conduta que gerou a condenação e, também, uma recomendação quanto à necessidade de prisão ou à possibilidade de ser aplicada sanção de integração na comunidade; (iii) por fim, possibilidade de tanto defesa como acusação manifestarem-se sobre a pena adequada antes da decisão do juiz (YOUNG; KING, 2010, p. 254).

A partir da década de 1980, o país enfrentou “aumento no nível de insatisfação da opinião pública com o que foi considerado como excessiva leniência judicial na aplicação da pena” (BROWN; YOUNG, 2000, p. 3, tradução livre). De acordo com Julian Roberts, a

insatisfação da opinião pública relacionava-se menos às taxas de criminalidade — que permaneceram estáveis — e mais a um contexto de manifestações inflamadas por parte de partidos políticos e grupos de *lobby*, como o Sensible Sentencing Trust (ROBERTS, 2003, p. 251), e a um contexto ocidental de aumento do populismo penal. Em 1999, foi feito um plebiscito em que se perguntou à população se o país deveria reformar o sistema de aplicação da pena para que fosse dada “mais importância às necessidades das vítimas, com restituição e compensação, e também para que fossem estabelecidos trabalho pesado para crimes violentos e penas mínimas obrigatórias” (ROBERTS, 2003, p. 251, tradução livre). De acordo com o autor, a “absurda vinculação de apoio às vítimas e tratamento duro aos condenados” garantiu o resultado antecipado pelos apoiadores do plebiscito: 92% da população respondeu de forma afirmativa (ROBERTS, 2003, p. 251, tradução livre).

Assim, num contexto político “punitivo e de reação dura ao crime” (ROBERTS, 2003, p. 250-254, tradução livre), a Nova Zelândia promulgou o Sentencing Act 2002 e seu “parceiro”, o Parole Act 2002. Embora a maior parte dos elementos da nova legislação fossem incompatíveis com a perspectiva populista e punitiva — e mais relacionados com a intenção de uniformizar critérios para aplicação da pena⁸⁵ —, o governo aparentemente sentiu que era importante reconhecer a existência do plebiscito, já que no sumário oficial da lei havia uma lista de aspectos que “responderiam ao plebiscito de 1999” (ROBERTS, 2003, p. 251, tradução livre). As reformas, portanto, definiram com mais clareza a política criminal em prática — e “não representaram uma mudança radical em nova direção” (ROBERTS, 2003, p. 254). Daí a conclusão de Young e King (2010, p. 255) de que a característica mais notável das reformas de 2002 foi o estabelecimento, pelo Legislativo, de “diretrizes mais detalhadas”.

Pela primeira vez, foram estabelecidas, por lei, as finalidades da pena: responsabilizar o acusado pelo dano imposto à vítima e à comunidade; promover, no acusado, um sentimento de responsabilidade pelo dano, bem como o reconhecimento do dano; considerar os interesses da vítima; proporcionar a reparação do dano; censurar (no sentido de denunciar publicamente) a conduta na qual o acusado se envolveu; dissuadir o acusado ou outras pessoas de cometer a mesma (ou similar) conduta; auxiliar a reabilitação e a reintegração do acusado. Mais de um desses fatores pode ser considerado pelo juiz ao

⁸⁵ A explicitação de que a legislação foi promulgada em contexto político punitivo é importante: a inovação da legislação penal neozelandesa não surgiu para “abrandar” as penas, e sim, de acordo com o Ministério da Justiça da Nova Zelândia, “para estabelecer, uma moldura justa, firme e racional que agregue clareza e consistência à aplicação da pena na Nova Zelândia” (publicação oficial do Ministério da Justiça sobre o “sentencing act”, 2002, tradução livre).

aplicar a pena⁸⁶. Tanto Young e King (2010, p. 256) como Roberts (2003, p. 267) criticam a falta de diretrizes sobre o peso relativo que deve ser dado a cada finalidade, o que, na visão deles, permitia que os juízes continuassem a decidir o que querem privilegiar.

Em seguida, a lei prescrevia os princípios que deveriam ser considerados pelo juiz ao aplicar a pena: o juiz deveria considerar: a gravidade da conduta no caso concreto e a culpabilidade do acusado; a gravidade do tipo penal em comparação a outros tipos penais, como indicado pela pena máxima prescrita para os tipos penais; e uma vontade geral de que as sanções fossem consistentes, considerando-se as sanções aplicadas a acusados semelhantes cometendo condutas semelhantes em circunstâncias semelhantes. Além disso, a lei determinava que a pena fosse aplicada perto do máximo, ou no máximo, se a conduta se encaixasse nos casos mais graves daquele tipo penal, desde que as circunstâncias relacionadas ao acusado tornassem a pena inadequada. Essa previsão era consistente com a “atmosfera dos anos que precederam a promulgação do ato” e pode ter sido responsável por um aumento no número de penas longas (ROBERTS, 2003, p. 259, tradução livre).

O juiz deveria, ainda, aplicar a sanção menos restritiva possível que fosse apropriada no caso concreto e deveria levar em conta quaisquer circunstâncias particulares do acusado que significassem que a pena normalmente apropriada seria, no caso concreto, desproporcionalmente severa⁸⁷.

Por fim, a lei determinava que o juiz deveria considerar: quaisquer informações disponíveis sobre o efeito da conduta na vítima; o histórico pessoal, comunitário, cultural, familiar ou *whanau*⁸⁸, nos casos em que a sanção fosse aplicada com finalidade de reabilitação; bem como quaisquer processos restaurativos que tivessem ocorrido ou que provavelmente ocorreriam em razão do caso concreto. A ideia de incluir o histórico cultural do acusado como fator para decisão sobre a pena respondeu a uma tentativa de diminuição proporcional do número de maoris na prisão e teve como objetivo dar especial consideração a fatores culturais que podiam causar sofrimento desproporcional ou que fizessem o indivíduo passar por dificuldades adicionais (ROBERTS, 2003, p. 260).

Ao elencar as circunstâncias agravantes e atenuantes, o Sentencing Act 2002 determinava que deveriam “ser consideradas pelo juiz, na medida em que fossem aplicáveis ao caso concreto”, mas explicitava que o juiz também poderia considerar outras

⁸⁶ Seção 7 do Sentencing Act 2002 da Nova Zelândia, Disponível em <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0009/latest/DLM135342.html>

⁸⁷ Seção 8 do Sentencing Act 2002, da Nova Zelândia

⁸⁸ “*Whanau*” é o termo maori para família estendida.

circunstâncias que não as elencadas naquela seção⁸⁹. Por exemplo, o juiz deveria levar em consideração, em sua decisão: qualquer oferta de reparação — financeira ou por meio de prestação de serviço realizado pelo autor ou em nome dele — para a vítima; qualquer acordo entre o autor e a vítima sobre o modo como o autor poderia reparar o injusto ou o dano causado ou para garantir que a ofensa não se repetisse; a reação à ofensa pelo próprio ofensor, sua família ou *whanau*; quaisquer medidas já tomadas ou que poderiam ser tomadas para compensar ou se desculpar pelo ocorrido. Ao decidir *se* esses elementos seriam levados em consideração e, se fossem, o grau de influência deles na determinação da pena, o juiz deveria levar em conta se essas tentativas de reparação ou resposta foram genuínas, se foram capazes de satisfação e se foram aceitas pela vítima como forma de mitigação do injusto⁹⁰. Se apesar de oferta, acordo ou medida para compensar o ocorrido ainda fosse o caso de aplicar alguma sanção, o juiz deveria, pelo menos, considerar essas atitudes na aplicação.

De acordo com a seção 10.4, o juiz poderia suspender o processo até que (i) fosse feito o pagamento de compensação; (ii) algum trabalho ou serviço prestado pelo acusado fosse completado; (iii) qualquer acordo entre acusado e vítima fosse cumprido; ou (iv) qualquer outro remédio fosse finalizado. Essa previsão, de acordo com Roberts (2003, p. 264), gera importante incentivo para que advogados de defesa proponham o início de procedimentos de justiça restaurativa.

A legislação também ampliou as sanções disponíveis ao juiz em caso de condenação, bem como as organizou em hierarquia que reflete “o grau de monitoramento ou supervisão do acusado e de restrições impostas a ele”⁹¹: livramento sem sanção ou ordem de comparecimento perante o juízo para ouvir a sentença; multa ou reparação; trabalho comunitário ou supervisão; supervisão intensa e detenção na comunidade; detenção domiciliar; e prisão⁹².

A nova legislação também incrementou o procedimento contraditório prévio à aplicação da pena (ROBERTS, 2003, p. 261), com a possibilidade de o acusado levar diversas testemunhas para serem ouvidas — sendo que o juízo passou a ser obrigado a recomendar ao acusado que fizesse um requerimento para que houvesse a audiência⁹³.

⁸⁹ Seção 9 do Sentencing Act 2002, Nova Zelândia, tradução livre.

⁹⁰ Seção 10 do Sentencing Act 2002, Nova Zelândia.

⁹¹ Seção 10A do Sentencing Act 2002, Nova Zelândia, tradução livre.

⁹² Seção 10A do Sentencing Act 2002, Nova Zelândia, tradução livre.

⁹³ Seção 27 do Sentencing Act 2002, Nova Zelândia.

Para aplicar a pena de prisão, o juiz deveria considerar a “preferência geral” de que os acusados fossem mantidos em sua comunidade sempre que isso fosse praticável. O juiz não poderia aplicar pena de prisão a não ser que essa pena se justificasse com base em alguma das finalidades listadas na seção 7 (“finalidades da pena”), com exceção de “reparação do dano” ou “reabilitação”⁹⁴. De acordo com Roberts (2003, p. 261), a Nova Zelândia é um dos países que utilizam linguagem mais forte ao restringir o uso da prisão, o que, de acordo com o autor, não surpreende, uma vez que o “princípio da restrição” está presente na legislação desde pelo menos 1981.

Apesar das previsões de parcimônia e de restrição ao uso da prisão, contatou-se significativo aumento na população carcerária da Nova Zelândia nos anos que seguiram as reformas de 2002. De acordo com Young e King (2010, p. 256), a população prisional aumentou de 5.800 em 2002 para 7 mil em 2005, embora não haja nenhum fator nas reformas que possa ser diretamente relacionado ao aumento. Segundo os autores, é mais provável que este seja relacionado com uma demanda maior da opinião pública por aumento das penas.

Em 2006, a Comissão Jurídica da Nova Zelândia encarregada de avaliar propostas de reforma apresentou relatório ao governo sugerindo que a melhor forma de obter maior previsibilidade acerca da população prisional — bem como de aumentar ainda mais a transparência e a consistência na aplicação da pena — seria a criação de um conselho para propor diretrizes a serem seguidas pelos juízes na aplicação e na execução da pena (YOUNG, 2008). Em seguida e de acordo com a recomendação da Comissão Jurídica, foram promulgados, em 2007, o Sentencing Council Act, o Sentencing Amendment Act e o Parole Amendment Act (YOUNG; KING, 2010, p. 258).

A reforma de 2007 previu a criação de um órgão independente, com metade de seus membros do Judiciário e a outra metade composta por pessoas de fora do Judiciário. Uma característica significativa da estrutura das diretrizes é que, ao final, estão sujeitas a controle legislativo. Depois que um esboço das diretrizes for submetido a um processo de consulta pública, será apresentado ao ministro da Justiça, junto com um relatório sobre seu provável impacto na população prisional. O ministro então apresentará as diretrizes ao Legislativo, que poderá aceitá-las ou rejeitá-las como um todo — não pode, portanto, escolher algumas partes das diretrizes para terem efeito. Caso o Legislativo não se

⁹⁴ Seção 16 do Sentencing Act 2002, Nova Zelândia.

pronuncie após determinado período de tempo, as diretrizes serão automaticamente promulgadas (YOUNG; KING, 2010, p. 258).

Após a promulgação das leis de 2007, o governo neozelandês determinou que a Comissão Jurídica, em conjunto com o Judiciário, preparasse um esboço de diretrizes, que poderiam ser consideradas pelo conselho quando este fosse criado. As diretrizes foram preparadas em 2007 e 2008, em formato semelhante ao das inglesas. Foram criadas aproximadamente 60 diretrizes, tanto relacionadas a tipos penais específicos ou grupos de tipos penais (narrativas e numéricas) quanto genéricas — que se aplicam a todos os tipos penais (em geral, narrativas). No entanto, embora bastante trabalho tenha sido despendido na criação das diretrizes, o governo eleito em novembro de 2008 indicou que não queria implementar as diretrizes naquele momento. Em resposta, o tribunal de apelação passou a formular suas próprias diretrizes, levando em conta o modelo desenhado pela Comissão Jurídica (YOUNG; KING, 2010, p. 260).

5.5 PENAS MÍNIMAS OBRIGATÓRIAS

A utilização das penas mínimas obrigatórias em países de *commom law* foi ampliada a partir de 1980, em parte com o mesmo objetivo declarado das reformas no sistema de aplicação da pena: “reduzir a discricionariedade judicial, para aumentar a certeza da punição” (ASHWORTH, 2009, p. 252, tradução livre).

Das estratégias mencionadas neste capítulo, no entanto, as penas mínimas obrigatórias parecem ser as mais criticadas, mesmo por aqueles que defendem redução da discricionariedade judicial na aplicação da pena:

Enquanto regras de aplicação da pena “determinadas” procuram alcançar proporcionalidade equilibrando múltiplos fatores, regras de penas obrigatórias em geral determinam que, nos casos em que uma específica circunstância está presente, (1) o juiz deve aplicar a pena de prisão e (2) a duração da pena de prisão deve ser significativamente mais longa do que seria na ausência de tal circunstância. Diferentemente de reformas abrangentes, as leis que determinaram aumentos de pena obrigatórios foram promulgadas de forma esporádica, e não sistemática, em geral em anos de eleição. [...]. A interação entre maior determinação na aplicação da pena e penas obrigatórias resulta precisamente nas mesmas formas de disparidade indesejadas que caracterizavam a indeterminação anterior à reforma. Se a tendência de criação excessiva de penas obrigatórias nas diretrizes de aplicação da pena não for revertida, pode impedir o alcance de consistência e proporcionalidade, que são os próprios objetivos das reformas. (LOWENTHAL, 1993, p. 65, tradução livre).

Depois de argumentar que as diretrizes federais de aplicação da pena não são

demasiadamente severas e são adequadas para atingir seus objetivos (punição justa e controle do crime), Paul Cassell critica as penas mínimas obrigatórias por levar a injustiças em alguns casos concretos:

Considerando-se a existência das diretrizes, as penas mínimas obrigatórias são redundantes. Seu único efeito é impedir reduções em casos excepcionais. Essa característica “sem saída” das penas mínimas obrigatórias pode levar a possíveis injustiças em casos particulares. Essas injustiças podem minar o apoio à estrutura das diretrizes federais como um todo. As penas mínimas obrigatórias devem ser reconsideradas. (CASSELL, 2004, p. 1018, tradução livre).

De acordo com Andrew Ashworth, as penas mínimas conflitam com um sentimento básico de justiça em relação à necessidade de considerar os fatores individuais na aplicação da pena, em alguns casos. Segundo ele, as penas mínimas obrigatórias são vistas como fonte de injustiça e inconsistência, no sentido de que pretendem forçar os juízes a tratar casos diferentes como se iguais fossem. Técnicas para evitar ou contornar as penas mínimas com base na escolha do tipo penal imputado passam, então, a ser comuns, e “um sistema em que seus operadores colaboram para se desviarem da legislação posta não pode ser considerado satisfatório” (Ashworth, 1992, p. 214, tradução livre)⁹⁵.

Em relação ao objetivo mais evidente para a promulgação de penas mínimas obrigatórias — a redução dos crimes por dissuasão —, grande parte dos estudos sobre o tema parecem indicar que não há nenhuma relação entre o aumento de penas obrigatórias e a redução nas taxas de crimes (ASHWORTH, 2009, p. 253).

Para Michael Tonry, o maior “abismo” entre conhecimento e política criminal em matéria de aplicação de pena nos Estados Unidos diz respeito ao uso de penas obrigatórias:

Operadores com experiência e pesquisadores na área de ciências sociais já concordaram faz tempo que penas obrigatórias são uma péssima ideia, por razões práticas e políticas. [...] Ninguém que morou nos Estados Unidos nos últimos anos, no entanto, pode não ter percebido que os políticos conservadores têm promovido a promulgação de penas obrigatórias cada vez mais duras. (TONRY, 1996, p. 134, tradução livre).

Penas mínimas obrigatórias foram rejeitadas pela Comissão Canadense de Aplicação da Pena (1987) e pelo Comitê de Victoria (1988) e foram sujeitas a crescente oposição por parte dos juízes federais dos Estados Unidos (FREED; MILLER, 1990).

⁹⁵ Ver também Schulhofer (1993).

Em 1989, o jornal Chicago Tribune noticiou a aflição de um juiz ao condenar um estivador a pena de 10 anos de prisão por dar carona a um traficante para um encontro com um agente da polícia federal disfarçado, em um flagrante preparado. Richard Anderson era primário e tinha uma reputação de ser um bom e honesto trabalhador, por mais de 24 anos. Mas uma lei aprovada em 1986 (Anti-Drug Abuse Act) passou a prever a pena mínima de 10 anos para quem auxiliar intencionalmente um indivíduo em qualquer ato de tráfico, se a quantidade de droga for superior a 5 quilos de cocaína ou 50 gramas de *crack*. O grau de participação de cada um, a primariedade ou qualquer outra circunstância era irrelevante. Ao proferir a sentença, o juiz declarou, chorando: “nós temos que seguir a lei, mas nesse caso a lei faz tudo menos distribuir justiça. É possível que alcancemos pouco com a guerra as drogas se no processo formos obrigados a perder nossas almas” (NEW..., 1989, tradução livre).

Em 2009, o Congresso norte-americano determinou à Comissão de Aplicação da Pena dos Estados Unidos (United States Sentencing Commission) a elaboração de relatório em que fosse avaliada a “compatibilidade das penas mínimas obrigatórias com o sistema federal de diretrizes estabelecidos pelo ‘Sentencing Reform Act’” e para “discutir mecanismos alternativos às penas mínimas obrigatórias por meio dos quais o congresso pode agir em matéria de aplicação da pena” (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2011, p. 1). No relatório publicado em 2011, a comissão concluiu que as penas mínimas podem gerar resultados injustos, por impossibilitar a aplicação menor caso as circunstâncias do caso concreto a justifiquem:

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES: Penas mínimas obrigatórias existiram em quantidade e severidade variáveis ao longo da história da nação, e seu papel no sistema de justiça criminal federal tem sido debatido há tempos por membros do congresso, juizes, promotores, advogados de defesa, acadêmicos e pelo público. Embora haja um espectro de opiniões dentre membros da comissão acerca das penas mínimas obrigatórias, a comissão acredita, de forma uniforme e consistente com as conclusões do relatório de 1991, que um sistema forte e efetivo de diretrizes é mais adequado para os objetivos do Sentencing Reform Act. [...] Penas mínimas obrigatórias utilizam, tipicamente, um número limitado de circunstâncias agravantes para alcançar a pena prescrita, sem considerar a possibilidade de que circunstâncias atenuantes poderiam justificar uma pena menor. [...] Em contraste com as penas mínimas obrigatórias, as diretrizes prescrevem penas proporcionais e individualizadas, baseadas em diversos fatores relacionados à gravidade da conduta, aos danos associados ao cometimento do crime, à culpabilidade, aos antecedentes criminais e a outras características do acusado. A abordagem multidimensional evita problemas inerentes à estrutura das penas mínimas obrigatórias e, por essa razão, serve melhor aos objetivos do Sentencing Reform Act. (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2011, p. 345, tradução livre).

Ainda de acordo com o relatório, as penas mínimas obrigatórias, especialmente em matéria de droga, “sofreram críticas amplamente difundidas desde sua criação em 1980” (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2011, p. 29). O Congresso norte-americano alterou as penas mínimas para crimes envolvendo *crack* e cocaína com o Fair Sentencing Act de 2010⁹⁶. Dentre as justificativas a favor da nova legislação estavam a disparidade racial produzida pelas leis e a injustiça das penas mínimas obrigatórias. A comissão citou dois depoimentos de senadores durante os debates legislativos:

a nova lei não elimina a disparidade 100 para 1 na aplicação da pena por *crack* e cocaína, mas pode ser considerada um progresso no que é reconhecidamente considerado tratamento desigual de acusados semelhantes, baseado somente na forma de cocaína que eles possuíam (depoimento do senador Scott, 28 de julho de 2010, 156 Cong. Rec. H6197 (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2011, p. 30, tradução livre).

Eu não vou apoiar alterações que sabotem o sistema de aplicação da pena que temos, mas eu acredito que o modelo atual não é justo e nós não somos capazes de defender as penas que são cominadas pela legislação hoje (depoimento do senador Sessions, 15 de outubro de 2010, 155 Cong. Rec. S10492). (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2011, p. 30, tradução livre).

Em 2013, o escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) opinou pela “remoção das penas mínimas obrigatórias”, sob o argumento de que os “juízes têm de ter discricionariedade para individualizar a pena, podendo considerar o passado e as vulnerabilidades do acusado e as circunstâncias da conduta, sem perder de vista as necessidades de sua reabilitação”. De acordo com o documento, para que “indivíduos sejam tratados de forma equitativa e proporcional”, é “necessário que os juízes tenham discricionariedade não apenas para determinar a quantidade, mas também a qualidade da sanção, para que possa aplicar sanções distintas da prisão nos casos em que isso for apropriado” (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2013, p. 49, tradução livre).

No entanto, apesar das severas críticas por parte de pesquisadores, juízes e agências independentes, as penas mínimas continuam a atrair considerável atenção política por parte de autoridades e legisladores (ASHWORTH, 2009, p. 253)⁹⁷.

⁹⁶ Pub. L. No. 111–220, 124 Stat. 2372.

⁹⁷ Os fundamentos da pena mínima são analisados em profundidade por Machado e Pires (2010) e Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009). Sobre os efeitos da pena mínima, ver Lowenthal (1993) e Tonry (1996, p. 134-164).

5.6 SOBRE AS REFORMAS NOS PAÍSES DE COMMON LAW E AS DIFERENTES FORMAS DE ESTRUTURAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA

Tribunais têm discricionariedade para interpretar regras e princípios e para sopesar as circunstâncias do caso concreto, mas cada caso tem que ser decidido de acordo com o que determinam as diretrizes, ainda que sejam narrativas. Utilizando a definição de Antony Duff, de acordo com quem diretrizes, num sentido amplo, são “recomendações destinadas aos aplicadores da pena que indicam como eles [juízes] deveriam decidir que pena aplicar”, “qualquer sistema cujo legislativo define penas máximas para os tipos penais já envolve diretrizes” (2005, p.1164-1165).

A diferença entre os modelos de aplicação da pena, portanto, não está na presença ou ausência de discricionariedade e sim na forma de estruturar a discricionariedade judicial.

No caso de Minnesota, o juiz para aplicar a pena deve somar os antecedentes criminais, verificar a pena presumida na tabela de acordo com o tipo penal da condenação e, então, exercer atividade discricionária para definir a pena dentro do mínimo e máximo, cuja variação é de poucos meses. Além disso, o juiz tem a possibilidade de, considerando o caso concreto, avaliar que a pena presumida não é adequada, e deixar de aplicá-la, motivando sua decisão em “circunstâncias substanciais e convincentes”.

Com o Sentencing Act 2002, o juiz neozelandês deveria definir a pena de acordo com as finalidades e princípios estabelecidos pelo legislativo, considerando as mais diversas circunstâncias relacionadas ao caso concreto e também elencadas pela lei. O legislador também guiava o juiz sobre como deveria considerar cada circunstância: no caso de oferta ou tentativa de reparação à vítima, por exemplo, o legislador definiu que ao decidir se essa circunstância seria levada em consideração e, se fosse, o grau de influência na determinação da pena, o juiz deveria levar em conta “se essas tentativas de reparação ou resposta foram genuínas, se foram capazes de satisfação e se foram aceitas pela vítima como forma de mitigação do injusto”. O juiz não pode simplesmente escolher como cada circunstância impactaria a pena final. Além disso, ao final, aplicam-se diversos princípios gerais de parcimônia.

Como será visto adiante, no Brasil o juiz deve considerar muitas outras circunstâncias do caso concreto além do tipo penal e antecedentes, e a variação mínimo e máximo é em geral muito mais ampla do que a das diretrizes numéricas de Minnesota. Mas

isso não significa que o juiz tenha muito mais possibilidade de adaptar a pena ao caso concreto porque grande parte dos elementos utilizados para o juiz para aplicar a pena (reincidência, menoridade, concurso de pessoas) já estão pré-categorizados. Cabe ao juiz verificar se estão presentes no caso concreto e, então, aplicar a consequência prescrita em lei (aumento de tanto a tanto, diminuição de tanto a tanto). Em relação às categorias mais amplas (como as do artigo 59 do Código Penal), o juiz, embora “limitado” pelo mínimo e o máximo prescrito em lei, é pouco guiado pelo legislativo sobre como deve considerar cada circunstância. Além disso, no Brasil há poucas “válvulas de escape”: se a pena a que o juiz chegar após considerar as circunstâncias previstas em lei for desproporcional, inadequada ao caso concreto, injusta, não há saída. É o que será estudado a seguir.

CAPÍTULO 6 - MESMO CRIME, MESMA PENA?

Os capítulos anteriores investigam teoricamente um paradoxo pouco questionado entre as exigências de uniformidade ou igualdade das penas e de individualização. Ao que parece, convive-se bem com este paradoxo: os limites estabelecidos em lei satisfariam a exigência de igualdade, e a decisão de aplicação da pena pelo juiz permitiria, dentro desses parâmetros, a individualização. A individualização seria, portanto, limitada pelas penas mínimas e máximas e pelos aumentos e pelas diminuições previstos em lei:

A individualização da pena, segundo a Constituição (art. 5º, XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso é inconstitucional extrapolar os limites legais (mínimo e máximo), com agravantes e atenuantes, por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização. (BITENCOURT, 2009, p. 198).

Considerando-se que a existência de limites mínimos e aumentos obrigatórios tem como fundamento os parâmetros estabelecidos em lei para *uniformizar* as penas, este capítulo tem como objetivo verificar de que forma o perfil dos casos igualados pela pena mínima são, de fato, semelhantes.

Para isso, foram estudados 60 acórdãos de apelações criminais julgadas pelo TJSP em que a pena aplicada pelo crime de roubo foi de 5 anos e 4 meses de reclusão. A análise foi dividida em três partes: (i) comparação entre casos com circunstâncias de fato muito distintas entre si⁹⁸ e que receberam a mesma pena e, em alguns casos, com fundamentação idêntica; (ii) análise da forma pela qual as questões de fato tratadas nos acórdãos (violência e grave ameaça; confissão; arma; bens subtraídos reparação de danos; posse dos bens e concurso de pessoas) foram consideradas no momento da aplicação da pena⁹⁹; (iii) análise de alguns aspectos interessantes sobre “padrões de fundamentação” do tribunal.

⁹⁸ Reconhece-se, aqui, a disputa sobre caracterização/tipificação dos fatos. O que interessa neste trabalho é o grau de descrição dos fatos e a forma como são considerados para a decisão sobre a pena, e não se a decisão de imputação foi correta.

⁹⁹ Importante ressaltar que as questões de fato estão desvinculadas do reconhecimento pelo Tribunal de Justiça. O que importa são os fatos, e não seu reconhecimento como circunstância relevante para aplicação da pena. Um exemplo pode ajudar a ilustrar esse ponto. Na categoria confissão, os acórdãos foram divididos em “não informado”, “não”, “confissão extrajudicial” e “judicial”; em seguida, com exceção dos casos de “não informado”, foi transcrita a parte em que o acórdão discorre sobre essa confissão. Se fosse mencionado que o acusado confessou, isso era computado, mesmo que o Tribunal de Justiça não tivesse classificado a confissão como circunstância atenuante. Além disso, é importante ressaltar que os “fatos” analisados foram buscados tanto no relatório do acórdão como na decisão de condenação, de aplicação da pena ou na decisão sobre o regime.

Para que a análise possa ser bem compreendida, é importante fazer uma breve contextualização da aplicação da pena no Brasil e, em seguida, descrever brevemente o tipo penal de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal¹⁰⁰, e o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre sua configuração e sobre aplicação da pena.

6.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: APLICAÇÃO DA PENA NO BRASIL

6.1.1 Os limites mínimo e máximo

No direito penal brasileiro, o legislador tem a função de estabelecer os patamares mínimo e máximo de pena desde o Código Criminal do Império, de 1830¹⁰¹.

Com relação às penas, a principal característica daquele código foi a prevalência da pena de prisão, que passou a ser “uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais” (DOTTI, 1998, p. 53). As penas mais frequentes eram prisão simples e prisão com trabalho, sempre com tempo mínimo e máximo estabelecido em lei. O crime de fabricar moeda falsa, que nas Ordenações era punido com “morte natural de fogo”, açoite e degredo¹⁰², passou a ter como consequência a pena de prisão com trabalho, “por um a quatro anos e de multa correspondente à terça parte do tempo, além da perda da moeda achada, e dos objetos destinados ao fabrico”¹⁰³, formulação bem semelhante às que conhecemos hoje. Apesar da prevalência da pena de prisão e da expressa vedação às penas cruéis na Constituição — o que gerou amplo debate antes da aprovação —, o código manteve galés (inclusive de caráter perpétuo, cumpridas “com calceta no pé, e corrente de

¹⁰⁰ “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.”

¹⁰¹ O Código Criminal promulgado em 1830 teve inspiração no iluminismo penal do século XVIII, também fonte da Constituição de 1824 e dos códigos criminais da primeira parte do século XIX, como os códigos penais franceses de 1791 e 1810. O artigo 179, XVIII, da Carta Constitucional do Império (1824) já continha algumas disposições de política criminal, acerca, por exemplo, da proibição de penas cruéis, da pessoalidade das penas e das condições mínimas de segurança e limpeza das prisões (LOPES, 2002, p. 286-287).

¹⁰² Ordenações Filipinas, Livro V, título XII.

¹⁰³ Art.173, do Código Criminal do Império

ferro, juntos ou separados”¹⁰⁴) e a pena de morte, na força, para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio¹⁰⁵. O açoite também foi mantido, apenas para escravos¹⁰⁶.

A pena deveria ser aplicada dentro dos limites mínimo e máximo, levando em conta circunstâncias agravantes e atenuantes previstas de forma abstrata¹⁰⁷. Nos casos em que não havia mínimo e máximo, ao tipo eram cominadas três penas determinadas, em grau máximo, médio e mínimo¹⁰⁸.

De acordo com Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009, p. 29), a divisão de tarefas entre legislador e juiz estava definida na formulação do “princípio da legalidade da pena”, que continha, além da concepção de não existir pena sem prévia cominação legal, a ideia de “pena determinada”: “O legislador ‘decreta a pena’. Ao juiz não é facultado aplicar nem mais nem menos, salvo quando o legislador ‘permitir arbítrio’”¹⁰⁹.

O Código de 1890 era ainda mais ilustrativo da tentativa de conferir exatidão na aplicação da pena. O quadro a seguir resume as regras de aplicação:

¹⁰⁴ Art. 44, do Código Criminal do Império.

¹⁰⁵ Artigos 38-42. A aplicação da pena de morte foi, no entanto, restrita. D. Pedro II comutou todas as penas de morte depois do erro judiciário que levou à execução de Manuel da Mota Coqueiro (LOPES, 2002, p. 287), considerada a última praticada no Brasil.

¹⁰⁶ Artigo 60.

¹⁰⁷ Artigo 15 do Código Criminal do Império: “As circunstancias aggravantes, e attenuantes dos crimes influirão na aggravação, ou attenuação das penas, com que hão de ser punidos dentro dos limites prescriptos na Lei”.

¹⁰⁸ Art. 63 do Código Criminal do Império: “Quando este Codigo não impõe pena determinada, fixando sómente o maximo, e o minimo, considerar-se-hão tres grãos nos crimes, com attenção ás suas circunstancias aggravantes, ou attenuantes, sendo maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena minima; o médio, o que fica entre o maximo, e o minimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados”. Exemplo: artigo 71 do Código Criminal do Império: “Auxiliar alguma nação inimiga a fazer a guerra, ou a commetter hostilidades contra o Imperio, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições, ou embarcações. Penas - de prisão perpetua com trabalho no grão maximo; por quinze annos no médio; e por oito no minimo”.

¹⁰⁹ Art. 33 do Código Criminal do Império: “Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juizes se permitir arbítrio”.

Quadro 3 – Dosimetria da pena no Código de 1890 (art. 62)

Grau	Máximo	Submáximo	Médio	Sub-médio	Mínimo
Como calcular?	Previsto em lei	Média aritmética entre máximo e médio	Média entre máximo e mínimo	Média aritmética entre médio e mínimo	Previsto em lei
Quando aplicar?	Só agravantes	Se prevaleciam agravantes sobre atenuantes (critérios fixados em lei)	Sem agravantes ou atenuantes ou se as agravantes e as atenuantes se compensavam	Se prevaleciam atenuantes sobre agravantes (critérios fixados em lei)	Só atenuantes

Fonte: elaboração própria.

A quantidade de pena era sempre decidida ou com base no mínimo e no máximo previstos em lei, ou em médias aritméticas: “Verificava-se, por vezes, que a pena chegava a ser, não só de alguns anos, mas também de meses, dias e horas de prisão. E era o caso de perguntar qual seria a vantagem de reter o sentenciado por mais duas, três ou quatro horas no cárcere...” (GARCIA, 2008, p. 99)

Tanto no Código Criminal do Império quanto no Código de 1890, as circunstâncias agravantes e atenuantes diziam respeito ao fato — com exceção da agravante de reincidência e da atenuante para menores de 21 anos — e não eram muito distintas das que temos hoje¹¹⁰.

Os graus mínimo, médio e máximo desapareceram com o Código Penal de 1940, que manteve os limites mínimo e máximo naqueles casos em que, nos termos do artigo 33 do Código Criminal do Império, se “permitia arbítrio”. Mantiveram-se as agravantes e as atenuantes, embora com hipóteses novas.

De acordo com Basileu Garcia (2008, p. 100-101), com o Código de 1940 ampliou-se a liberdade do juiz para aplicar a pena. Além das “maiores possibilidades de aferição quantitativa dos elementos agravadores ou atenuadores”, os limites mínimo e máximo fixados pelo legislador eram “bastante distanciados”. Sua percepção, portanto, foi

¹¹⁰ Código Criminal do Império, artigos 16 a 18. Código Penal de 1890, artigos 39 a 42.

de um código com mais possibilidade de individualização da pena pelo juiz, em oposição à maior determinação dos Códigos Criminais do Império e de 1890¹¹¹.

O Código Penal reformado em 1984 manteve o sistema de limites mínimos e máximos, com agravantes e atenuantes. Embora seja possível identificar na produção legislativa brasileira nas últimas décadas uma preocupação em restringir o regime fechado de prisão para delitos considerados mais graves, a pena privativa de liberdade continua sendo a espinha dorsal do sistema: 97% dos tipos penais que compõem a legislação brasileira preveem a prisão como sanção (cumulada ou não com outra pena). A possibilidade de substituição por penas restritivas de direito é possível, se atendidas as condições do artigo 44 do Código Penal, relacionadas à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, à natureza do crime, à modalidade de execução, à reincidência e à “suficiência” da substituição. Nos crimes praticados com violência ou grave ameaça ou em casos em que a pena privativa de liberdade aplicada for maior que 4 anos, a única pena possível a ser aplicada é a prisão, cumulada com a pena de multa.

Há exceções, “experiências pontuais que não reproduziram inteiramente a prática de redigir normas de sanção exclusivamente por intermédio do estabelecimento de uma pena mínima e uma pena máxima de privação de liberdade” (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 31). O artigo 28 da Lei 11.343/2006 (uso de substância entorpecente) é um exemplo de norma de sanção com diferentes espécies (ou qualidades) de pena cominadas que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente (advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo)¹¹². No Código Eleitoral (Lei 4.737/1965),

¹¹¹ “[...] Antigamente, o juiz dispunha de grande arbítrio, que era empregado de modo nocivo, porque propiciava a perseguição aos fracos e a proteção das classes privilegiadas. Depois do movimento revolucionário que constituiu o iluminismo, na França, com as modificações por que passou o Direito Penal, cogitou-se de impedir a mutabilidade e a incerteza da decisão judiciária, e legislou-se em sentido diametralmente oposto: o juiz deveria aplicar a pena rigidamente determinada na lei, para cada caso. Logo, porém, se notaram as consequências também más desse sistema, que conduzia a injustiças. Com a Escola Positiva começou a desacreditar-se a chamada pena simétrica, pena medida e contada com ridículos requintes de pretensa exatidão matemática, em correspondência quase exclusiva com a gravidade objetiva do fato. Cuidou-se, então de atender às condições particulares do criminoso, à sua individualidade física, antropológica, moral. Alastrou-se a convicção de que o juiz deveria ter poderes para individualizar as sanções, considerando o delinquente como uma realidade viva. Tal orientação, em que se inspirou o nosso estatuto repressivo, que outorga ao magistrado bastante arbítrio na fixação da pena, depende de aperfeiçoamento dos meios dos quais, em verdade, não dispomos [...] Substituímos, pois, o sistema legislativo, mas continuamos com as mesmas deficiências [...]” (GARCIA, 2008, p. 97-98).

¹¹² De acordo com Alvaro Pires e Jean-François Cauchie (2011, p. 301-302), a lei introduziu “modificação extremamente improvável no que concerne às penas” considerada inovadora porque não autoriza aplicação de pena de prisão e porque as penas “não têm usualmente o status jurídico de penas nas leis

a indicação das penas mínimas está nas “disposições preliminares” da lei, e não atrelada ao tipo penal.

Assim, embora seja possível identificar leis chamadas de “despenalizadoras”, alguns (poucos) movimentos de restrição à pena privativa de liberdade e alguns dispositivos que ampliam a margem do juiz para aplicar a pena mais adequada ao caso concreto, nosso sistema continua centralizado na pena privativa de liberdade e na existência de limites mínimos de pena estabelecidos pelo legislador. O princípio da individualização da pena, consagrado pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI), é conformado por limites qualitativos e quantitativos estabelecidos em abstrato pelo legislador e também por práticas judiciais que têm como resultado a autolimitação das tarefas do juiz.

Em suma, a atual disciplina da dosimetria da pena foi construída a partir de premissas iluministas, demandas pela humanização dos castigos e, mais recentemente, em atenção à pressões externas por “ordem e estabilidade” (PRADO, 2012, p. 29), resultando num sistema, em tese, favorável à segurança jurídica e à legalidade. Do Código Criminal de 1830, até a Parte Geral de 1984, foram empreendidos sucessivos esforços para conferir racionalidade à tarefa de aplicar-se penas e, especialmente, conter abusos na utilização do poder punitivo. Essa última preocupação, essencial à consolidação do Estado Democrático de Direito (transição democrática) e imprescindível diante de uma realidade política institucional que permitia, senão fomentava, práticas autoritárias. David Teixeira de Azevedo resume bem o raciocínio que conduziu teoria e práticas de aplicação da pena até aqui: “toda autorização ao magistrado para a manipulação dos limites punitivos constitui-se em verdadeira delegação legislativa, e, como tal, deve ser restrita e expressa, delimitada legalmente”.

Porém, superada a primeira década do século XXI, é possível localizar “permanências autoritárias em regimes democráticos” (PRADO, 2012, p. 12) no sistema de justiça criminal, dentre as quais aquela identificada como linha de investigação dessa dissertação: o papel privilegiado do poder legislativo sobre o poder judiciário no campo de aplicação da pena.

criminais” e “não são penas selecionadas e valorizadas pelas teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, neutralização e o primeiro paradigma da teoria da reabilitação)”.

6.1.2 O sistema trifásico de aplicação da pena

O artigo 68 do atual Código Penal estabelece o que a doutrina denominou de “sistema trifásico” de aplicação da pena, de acordo com o qual (i) primeiro o juiz deve analisar os fatos à luz das categorias penais e das circunstâncias judiciais do artigo 59 e aplicar a pena-base dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos em lei; (ii) à pena-base, aplica as circunstâncias legais, atenuantes e agravantes e, por fim, (iii) aplica as causas de aumento e de diminuição, para obter a pena definitiva. Os aumentos e as diminuições da segunda fase são aplicados sobre a pena-base, e os da terceira fase, sobre a pena obtida na segunda fase. Em razão do sistema trifásico, entende a jurisprudência que a compensação entre circunstâncias só pode ocorrer dentro de cada fase. Ou seja, é possível compensar maus antecedentes com as consequências pouco graves do crime (circunstâncias judiciais do art. 59), mas não com a confissão espontânea (circunstância atenuante do art. 65)¹¹³.

Obtida a pena definitiva, e não sendo caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o juiz deve decidir acerca do regime inicial de cumprimento da pena de prisão. Cada etapa será descrita em mais detalhe a seguir.

(i) Primeira fase: aplicação da pena-base

Num caso, por exemplo, de roubo, o juiz deve aplicar a pena-base de prisão entre os limites de 4 e 10 anos de prisão (limites estabelecidos em lei, no art. 157 do Código Penal). A escolha da quantidade de pena-base deve se dar com base nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Por fim, indica o artigo 59 que o juiz estabelecerá a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. A expressão pode conter vários significados: a lei não deixa claro como conciliar prevenção e retribuição nem que circunstâncias e critérios podem ser utilizados para auferir o “cumprimento” dessas finalidades. Na doutrina, há autores que consideram que esse dispositivo permite a não aplicação de pena em determinado caso, não obstante a constatação de crime e culpa, se a pena “não atingir a finalidade de despertar e reafirmar na consciência dos membros da comunhão social a positividade do Direito, a validade do ordenamento jurídico, sua efetividade” (AZEVEDO, 1998, p. 71). Na prática, no entanto,

¹¹³ Cf. STJ, Recurso Especial 223360, rel. ministro Vicente Leal, DJ 03.04.2000.

não se conhece nenhum caso em que o juiz deixou de aplicar a pena com fundamento no artigo 59 do Código Penal e, ao comentar a quantidade de pena a ser aplicada, a doutrina parece ser unânime em afirmar que ao fixar a pena-base o juiz deve respeitar rigorosamente os limites mínimo e máximo fixados em lei.

Se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis, entende-se que a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal (SHECAIRA; CORREA JUNIOR, 2002, p. 279). Nos casos em que também há circunstâncias desfavoráveis não existe critério único para definição da quantidade de pena aplicável. Entende-se que o juiz deve ponderar todos os elementos de forma global e, de forma motivada, justificar o aumento¹¹⁴. Mas é também possível encontrar nos tribunais casos em que há tentativa de padronização da decisão, com atribuição de critério mais matemático para definição da quantidade de pena, como no caso do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), em que se considera que cada circunstância desfavorável permite o aumento da pena na fração de 1/6¹¹⁵.

(ii) Segunda fase: agravantes e atenuantes

Na segunda fase de aplicação da pena, o juiz deverá aplicar os aumentos e as diminuições correspondentes às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 a 66 do Código Penal. O rol de circunstâncias agravantes é taxativo (SHECAIRA; CORREA JUNIOR, 2002, p. 265). São exemplos de circunstâncias agravantes: reincidência, ter o agente praticado o crime por motivo fútil ou torpe ou ter praticado o crime contra criança, pessoa maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida. As circunstâncias atenuantes nominadas estão previstas no artigo 65 do Código Penal (exemplo: autor menor de 21 anos, desconhecimento da lei e confissão espontânea), mas o código também prevê que a pena “poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (art. 66). Permite ao juiz, justificadamente, diminuir a pena por qualquer circunstância que

¹¹⁴ Nessa fase, a jurisprudência costuma utilizar o princípio da proporcionalidade como argumento para avaliar a quantidade de aumento. Cf. STJ, HC 52.974/SP, rel. ministra Laurita Vaz, julgado em 20/11/2007: “a despeito de haver certa discricionariedade do Juiz na aferição das circunstâncias do art. 59 do Código penal, deve fazê-lo objetivamente, respeitando o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis. No caso dos autos, considerando a efetiva existência de maus antecedentes por condenações anteriores transitadas em julgado e personalidade ‘voltada para o crime’, está justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, o Magistrado o fez de forma exacerbada e desproporcional”.

¹¹⁵ “Embora não haja um tabelamento da quantidade de pena que o Juiz deve aditar para cada uma das circunstâncias reputadas desvantajosas (o que não poderia ser diferente em razão do consagrado princípio da individualização da pena) a praxe adotada por esse Areópago Estadual caminha na trilha de que cada circunstância adversa do art. 59 do estatuto Repressivo é suficiente para elevar a reprimenda na proporção de 1/6 (um sexto) em relação ao mínimo cominado à infração que se analisa” (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.068491-7, rel. desembargador Sérgio Paladino, julgado em 22/02.2011).

considerar relevante. Essa é a regra por meio da qual Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 525) vislumbram a possibilidade de articulação de princípios como coculpabilidade e vulnerabilidade em casos em que o indivíduo tem menos capacidade de autodeterminação em razão de causas sociais ou está em situação de vulnerabilidade perante o sistema de justiça.

A lei não prevê o *quantum* para o aumento ou para a diminuição: limita-se a prever que as circunstâncias elencadas “sempre agravam” ou “sempre atenuam” a pena. É o juiz, com base no caso concreto, que deve definir a quantidade de aumento e diminuição mais adequada. Considerando que o Código Penal de 1984 adotou o sistema trifásico de aplicação da pena e que a referência à aplicação da pena dentro dos limites mínimo e máximo só está presente no artigo 59 (primeira fase de aplicação), a discussão sobre a possibilidade de aplicação da pena em patamar aquém do mínimo legal foi levada aos tribunais. Em 1999 o STJ editou a Súmula 231 vedando essa possibilidade, e a interpretação de que não se pode fixar a pena aquém do mínimo legal — criticada por muitos autores — é firme até hoje. Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009, p. 40) descrevem esse caso como de “auto-obstrução” do sistema jurídico à sua atuação, uma vez que a “mensagem da lei penal (sistema político) não impede a redução aquém do mínimo”¹¹⁶.

De acordo com Cezar Bitencourt (2008, p. 602), a vedação à fixação da pena abaixo do mínimo legal se presente circunstância atenuante “nega vigência ao art. 65 do CP, que não condiciona a incidência [da atenuante] a esse limite”, havendo, pelo contrário, determinação de atenuação da pena, e caracteriza “inconstitucionalidade manifesta”, por violar o “direito público subjetivo do condenado à pena justa legal e individualizada”. É sobre esse último ponto — aplicação da pena justa — que se concentra grande parte das críticas à impossibilidade de atenuação. Luigi Ferrajoli (1998, p. 397) argumenta que “não se justifica a estipulação de um mínimo legal” e que é possível “confiar ao poder equitativo do juiz a escolha de uma pena abaixo do mínimo cominado”¹¹⁷.

¹¹⁶ É importante ressaltar que juízes e tribunais resistiram a esse movimento de obstrução à sua atuação. O levantamento jurisprudencial feito por Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009, p. 37-40) identificou diversas decisões favoráveis à redução antes da edição da súmula. Em um dos acórdãos, do próprio STJ, a turma julgadora vinculou a possibilidade de observar e adequar a pena ao caso concreto à ideia de determinação de uma pena mais justa (STJ, Resp. 68.120-MG, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j.16.09.1996).

¹¹⁷ No mesmo sentido, Leonardo Sica (2002, p. 202-203) afirma que “não há um nível mínimo de sofrimento que deve ser imposto infalivelmente ao autor de um crime” e Leonardo Massud (2009, p. 219) argumenta que “a supressão ou, ao menos, a flexibilização dos limites mínimos, além de não encontrar objeções nos princípios de direito penal, oferecem maiores e melhores mecanismos aos magistrados para que alcancem

Nos casos em que está presente mais de uma circunstância, o artigo 67 do Código Penal¹¹⁸ define que devem preponderar aquelas relacionadas à motivação, à personalidade do agente e à reincidência. A jurisprudência¹¹⁹ é firme em considerar que a menoridade deve prevalecer sobre as demais, inclusive reincidência; concurso entre confissão espontânea e reincidência, no entanto, gera mais controvérsia, já que há divergência sobre o caráter pessoal da confissão espontânea¹²⁰.

(iii) *Terceira fase: causas de aumento e diminuição*

Há causas de aumento e diminuição na parte geral do Código Penal — e que se aplicam, portanto, a todos os crimes — e na parte especial ou legislação especial — nesse caso, existindo apenas para determinados crimes.

Costuma-se entender como causas de aumento da parte geral as regras relativas ao concurso de crimes, ou seja, aos casos em que o indivíduo pratica dois ou mais crimes, mediante uma ou mais ação ou omissão. O concurso é chamado de “material” nos casos em que o indivíduo pratica dois ou mais crimes mediante *mais de uma conduta* (pluralidade de condutas e de crimes). Nesse caso, as penas são somadas. O concurso formal aplica-se nos casos em que mais de um crime é praticado mediante *uma só conduta* (pluralidade apenas de crimes). Nesse caso, aplica-se a pena mais grave, com aumento de 1/6 até a 1/2¹²¹ (arts. 69 e 70). Nos casos de crime continuado (prática de vários crimes que, por serem da mesma espécie, levam à conclusão de serem mera continuação do primeiro) aplica-se a pena do crime mais grave, com aumento de 1/6 a 2/3 (art. 71).

as finalidades da pena nas infinitas hipóteses concretas, as quais, como já dito, o legislador não terá jamais condições de contemplar previamente”.

¹¹⁸ Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

¹¹⁹ “Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Federal Superior registraram entendimento de que a circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais.” (STJ, HC 30.797/SP, rel. ministro Hamilton Carvalhido, DJ 01/08/2005).

¹²⁰ Até 2012, o Supremo Tribunal Federal entendia que a reincidência, por estar expressa no artigo 67, era preponderante e que não haveria coação ilegal se o juiz aumentasse a pena na segunda fase em razão dessa agravante, mesmo se reconhecida a confissão. No julgamento do HC 101.909, o ministro Ayres Britto, relator do acórdão, afirmou a existência de precedentes contrários ao reconhecimento da confissão como circunstância da personalidade (“Encontrei na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decisões em sentido diametralmente oposto ao pedido defensivo”), mas, após pensar sobre o tema, chegou a “diferente compreensão das coisas”. De acordo com a decisão, a confissão voluntária por pessoa protegida pelo direito de não se autoincriminar “revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade” (STF, HC 101909, rel. ministro Ayres Britto, julgado em 28/02/2012).

¹²¹ Artigo 70 do Código Penal.

Exemplos de causas de diminuição na parte geral são a tentativa (diminuição de $1/3$ a $2/3$)¹²² e o “arrependimento posterior”¹²³.

As causas de aumento e diminuição previstas para determinados crimes (na parte especial ou legislação especial) são as mais diversas. No caso do crime de roubo, o Código Penal prevê que a pena aumenta de $1/3$ até $1/2$ se (i) a violência for exercida com emprego de arma; (ii) houver concurso de duas ou mais pessoas; (iii) a vítima estiver em serviço de transporte de valores e o indivíduo conhecer tal circunstância; (iv) a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior; e, por fim, se (v) o agente mantiver a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade (art. 157, § 2º, do Código Penal).

Todas as causas de aumento ou diminuição previstas na parte geral devem ser aplicadas, mas o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal prevê que no concurso de causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial o juiz pode optar por aplicar somente a mais expressiva, ou seja, a que mais afetar a quantidade de pena. Há controvérsia, no entanto, sobre o método de aplicação dos aumentos e das diminuições. Discute-se se os aumentos devem ser aplicados sobre a pena da segunda fase ou se devem incidir uns sobre os outros, de forma sucessiva. Entende-se que o primeiro critério, embora mais favorável ao indivíduo, seria problemático por permitir, em tese, a aplicação de “pena zero”. É por isso que Shecaira e Correa Junior (2002, p. 283) defendem que as causas de aumento incidem sobre a pena extraída da segunda fase (por ser mais favorável ao indivíduo) mas as de diminuição incidem umas sobre as outras (para evitar “pena zero”)¹²⁴.

O exemplo da aplicação das causas de aumento nos crimes de roubo em algumas decisões do TJSP é interessante para mostrar a utilização de fórmulas matemáticas para padronizar a aplicação da pena nesse ponto. Como mencionado, o artigo 157 § 2º, do Código Penal prevê aumento de $1/3$ até $1/2$ se presentes circunstâncias de emprego de arma, concurso de pessoas, serviço de transporte de valores, transporte de veículo automotor para outro estado ou restrição de liberdade. A partir da divisão das cinco circunstâncias, o aumento seria calculado da seguinte forma: uma qualificadora = $1/3$; duas = $3/8$; três = $5/12$; quatro = $11/24$; cinco = $1/2$. A reiteração de decisões do TJSP

¹²² O crime é tentado nos casos em que, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias a sua vontade (art. 14).

¹²³ Artigo 16 do Código Penal: “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

¹²⁴ No mesmo sentido, Prado (2013, p. 291).

aumentando a pena em 3/8 se presentes duas causas de aumento (as mais comuns: arma e concurso de pessoas), com fundamentação apenas no número de causas de aumento, deu origem à Súmula 443 do STJ: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Em um dos acórdãos do TJSP que foram reformados pelo STJ, a justificativa para o aumento em 3/8 foi a necessidade de tratamento igual para todos os indivíduos que cometem crimes com arma e em concurso:

Presentes as causas de aumento dos incisos I e II do § 2o do artigo 157 do Código Penal, circunstâncias que evidentemente autorizam a exacerbação de 3/8, caso contrário seriam tratados de maneira igual agentes em situações distintas, como, exempli gratia, aquele que age armado, mas sozinho.¹²⁵

O STJ reformou a decisão com fundamento na exigência de motivação idônea, afirmando que o aumento depende das circunstâncias do caso concreto, e não do número de causas de aumento presentes:

Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente afirmado que o critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, por um lado, ainda que exista apenas uma causa de aumento (concurso de pessoas), o Magistrado pode aumentar a pena acima de 1/3, levando em consideração a expressiva quantidade de agentes (mais de 3, por exemplo). Por outro lado, a conjugação arma branca e concurso de pessoas pode resultar na fixação do percentual mínimo, em virtude da menor lesividade do instrumento utilizado [...] Na hipótese, a pena foi aumentada em 3/8 sem que fosse registrada qualquer excepcionalidade que ensejasse a majoração acima de um terço, não sendo, para tanto, suficiente a gravidade em abstrato do crime ou a mera constatação da existência de duas causas de aumento.¹²⁶

Diferentemente das circunstâncias agravantes e atenuantes da segunda fase de aplicação da pena, entende-se que as penas podem ser aplicadas abaixo do mínimo e acima do máximo nos casos em que é reconhecida causa de aumento ou diminuição (PRADO, 2013, p. 291).

(iv) Decisão sobre o regime inicial de cumprimento de pena

¹²⁵ Acórdão do HC 124581/SP, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009, p. 3.

¹²⁶ Acórdão do HC 124581/SP, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009, p. 6

Três são os regimes penitenciários: fechado, semiaberto e aberto¹²⁷. Na sentença condenatória, caso a pena de prisão não tenha sido substituída¹²⁸, o juiz deve fixar o regime inicial de cumprimento de pena¹²⁹. Para a decisão acerca do regime inicial, o juiz deve levar em consideração, principalmente, a quantidade de pena aplicada. Nos casos de penas superiores a 8 anos, o regime inicial deve ser o fechado; se a pena for superior a 4 anos e inferior a 8, o regime inicial, em regra, é o semiaberto; se a pena for inferior ou igual a 4, em regra, regime aberto. Para decidir o regime nos casos de pena menor de 8 anos, o juiz deve levar em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP (as mesmas para aplicação da pena-base) e a reincidência¹³⁰.

Além disso, há leis específicas que determinam o regime inicial fechado para alguns crimes, como a Lei 8.702/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que impõe regime inicial fechado para crimes como tortura e terrorismo, mesmo se a pena aplicada for inferior a 8 anos.

Nos casos de pena maior que 8 anos ou em que leis específicas impõem regime inicial fechado independentemente de pena, a jurisprudência não exige fundamentação concreta pelo juiz, em interpretação do artigo 33, § 2º, a, de acordo com o qual “o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”. Alguns autores criticam esse dispositivo e a interpretação judicial, por afastarem do juiz a possibilidade de decidir por outro regime, no caso concreto (PRADO, 2013, p. 176). No caso da reincidência, o entendimento dos tribunais é diverso: embora o § 2º do

¹²⁷ O preso em regime fechado cumpre pena na penitenciária; o cumprimento de pena em regime semiaberto é feito em colônia agrícola, com número reduzido de agentes penitenciários e mais flexibilidade de horários; por fim, a pena em regime aberto deve ser cumprida em casas do albergado, que devem se situar em centros urbanos e permitir a saída do indivíduo durante o dia (DOTTI, 2010, p. 663). Essas disposições são, em geral, descumpridas, não existindo vagas suficientes para cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto.

¹²⁸ De acordo com o artigo 44 do Código Penal, “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

¹²⁹ Diz-se “regime inicial” porque nosso sistema de execução de pena é progressivo. O preso inicia o cumprimento de pena no regime determinado pelo juiz da instrução e, progressivamente, é transferido para regimes mais brandos.

¹³⁰ Artigo 33 § 2º: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”.

artigo 33 determine o regime inicial fechado, costuma-se entender pela prevalência da regra geral (aberto para penas menores de 4 anos e semiaberto para maiores que 4 e menores que 8), a não ser que o juiz, motivadamente, justifique a necessidade de imposição do regime fechado (PRADO, 2013, p. 176-177). Esse entendimento, no caso de penas menores que 4 anos, foi sumulado pelo STJ¹³¹.

Nos casos de penas inferiores a 8 anos, entende-se que a imposição de regime mais severo do que o permitido pela pena exige fundamentação judicial¹³². Essa motivação deve basear-se no caso concreto, e não em argumentos sobre a gravidade abstrata do crime imputado¹³³.

Em todas as etapas aqui descritas (decisão sobre quantidade de pena e fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade) exige-se fundamentação concreta da decisão judicial, com fundamento no artigo 93, IX, da Constituição Federal (CF). A pena aplicada acima do mínimo em qualquer uma das fases e a aplicação de regime inicial mais grave que o permitido sem fundamentação podem ter como consequência a nulidade da aplicação da pena. A discussão judicial se dará, portanto, acerca do grau de motivação exigido para que a decisão seja válida.

A exceção estaria na aplicação da pena mínima, que, de acordo com a jurisprudência majoritária, prescindiria de fundamentação, já que não existiria “prejuízo para o réu” (DOTTI, 2010, p. 635). Tal entendimento leva ao que Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Andreucci e Sérgio Moraes Pitombo (1987, p. 88) chamaram de “fetichismo da pena mínima”, isto é, a tendência de imposição da pena mínima pelos juízes, de forma indiscriminada, eximindo-se da fundamentação.

A utilização indiscriminada da pena mínima e o consequente tratamento de situações desiguais de forma igual, da mesma forma que servem como argumento para a necessidade de o juízes atentarem para aplicação da pena e aplicarem acima do mínimo, quando necessário, também pode servir para evidenciar injustiça ainda maior: se muitos casos estão sendo aplicados no mínimo, de forma indiscriminada, parece possível que o nivelamento da pena não esteja sendo feito “por baixo” (muitas penas iguais, sendo que em vários casos pena mais grave seria adequada), e sim “por cima”: muitos desses casos

¹³¹ Súmula 269 do STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

¹³² Súmula 719 do STF: “a imposição de regime de cumprimento mais severo que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

¹³³ Súmula 718 do STF: “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

poderiam ter pena menor, mas são “igualados” pelo mínimo. Da mesma forma que obrigar os juízes a fundamentar a pena mínima — evitando sua aplicação para todos os casos —, a exclusão das mínimas obrigatórias poderia ter o efeito de garantir fundamentação e tratamento distinto para casos diferentes.

A análise dos casos concretos de roubo em que foi aplicada pena mínima tem como objetivo verificar as diferenças nas situações de fato que deram origem à mesma pena de prisão.

6.1.3 Aplicação da pena nos crimes de roubo

O crime de roubo tipifica a subtração de coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça. A violência física consiste no emprego de força contra o corpo da vítima, durante ou após a subtração, cerceando sua liberdade de ação (PRADO, 2013, p. 548; BITENCOURT, 2009, p. 566), e a grave ameaça seria a promessa de causar um mal, físico ou moral (PRADO, 2013, p. 548; BITENCOURT, 2009, p. 567). Entende-se que o mal deve ser determinado, sabendo o indivíduo o que quer impor. Justamente por não se tratar de evento físico, a grave ameaça é conceito de difícil caracterização e que abrange diversas situações de fato distintas¹³⁴.

A pena do roubo simples é de multa e de 4 a 10 anos de prisão.

No caso de condenação por roubo, portanto, o juiz aplica a pena-base dentro desses limites, de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal¹³⁵.

As circunstâncias agravantes e atenuantes estão listadas na parte geral do Código Penal (arts. 61 a 65), sem previsão da quantidade de aumento que deve ser aplicada. As circunstâncias que mais apareceram nos acórdãos estudados foram menoridade e confissão.

As causas de aumento do roubo (terceira fase de aplicação da pena) estão listadas no § 2º do artigo 157 e aumentam a pena-base de 1/3 até 1/2¹³⁶.

¹³⁴ A terceira forma de caracterização do crime é a redução de capacidade de resistência da vítima por outros meios, sem violência ou ameaça. Trata-se, segundo a doutrina, de ações fraudulentas, utilizadas ardilosamente para deixar a vítima em condição de vulnerabilidade ou incapacidade de oferecimento de resistência. Os exemplos citados pelos autores são de uso de “drogas”, “soníferos”, “hipnose” e “anestésicos” (PRADO, 2013, p. 548; BITENCOURT, 2009, p. 566). Os casos analisados nesta pesquisa dizem respeito somente às duas primeiras formas de configuração do roubo (violência ou grave ameaça).

¹³⁵ Culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, considerando as finalidades retributiva e preventiva da pena.

¹³⁶ Embora usualmente as circunstâncias do § 2º do artigo. 157 do CP sejam referidas como “qualificadoras” do crime de roubo, a doutrina considera que são causas de aumento por não estabelecer novo mínimo e máximo, e sim uma fração de aumento (de 1/3 até 1/2) (BITENCOURT, 2009: 573). Nos casos em que

Os casos estudados, selecionados pela pena aplicada de 5 anos e 4 meses dizem respeito, em geral¹³⁷, a condenações pelo artigo 157, *caput*, com uma ou mais causas de aumento, em diversas combinações dos incisos I e II do § 2º (uso de arma e concurso de pessoas)¹³⁸.

Nesses casos (roubo com causa de aumento) a pena mínima é de 5 anos e 4 meses, resultado da soma da pena mínima do *caput* (4 anos) com o aumento mínimo de 1/3 (1 ano e 4 meses) em razão da presença de uma ou mais causas de aumento do §2º.

6.2 RESULTADOS DA PESQUISA

6.2.1 Casos iguais? Casos distintos com a mesma fundamentação

A leitura dos acórdãos revelou casos muito distintos sob a mesma pena mínima, de 5 anos e 4 meses.

Em um dos casos estudados, os acusados pediram duas pizzas por telefone e, quando o entregador chegou, subtraíram as pizzas e R\$ 140,00 com ameaça de faca. Confessaram o crime, afirmando que eram dependentes químicos e precisavam de dinheiro para comprar mais droga:

Por volta das 23h30, quando, previamente ajustados e mediante grave ameaça exercida com emprego de faca, subtraíram para eles duas pizzas grandes, avaliadas em R\$ 60,00 e a quantia de R\$ 140,00 pertencentes a Ricardo Idalino da Silva. Infere-se da denúncia que os agentes ligaram para o restaurante “O Pensador” e solicitaram a entrega de duas pizzas, contudo, quando o entregador chegou ao local indicado foi abordado e subjugado pelos réus, que subtraíram os bens descritos e fugiram a pé. Todavia, a vítima os reconheceu por registro fotográfico. Foram condenados respectivamente: José Carlos 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 15 dias multa; Rilson a 7 anos de reclusão, além do

não são aplicadas circunstâncias agravantes ou atenuantes, essa distinção perde sentido, já que as causas de aumento formam um novo tipo, cuja margem pode ser obtida com a aplicação do menor aumento sobre a pena mínima (no caso do roubo, 4 anos + 1/3) e do maior aumento à pena máxima (10 anos + 1/2). Assim, no caso de roubo com causa de aumento e sem circunstâncias agravantes e atenuantes, o intervalo é de 5 anos e 4 meses a 15 anos. Essa margem representa o intervalo entre a menor e a maior pena possíveis, comportando todas as hipóteses que podem ser concretamente fixadas pelo juiz.

¹³⁷ Há um caso de aplicação da pena de 5 anos e 4 meses como pena-base. Nesse caso, o tribunal manteve condenação por roubo simples (art. 157, *caput*) em que a pena-base foi fixada acima do mínimo porque “o Magistrado atentou para os maus antecedentes bem demonstrados nos autos, onde se vê que o acusado ostenta outras condenações por crimes da mesma natureza” (0011598-78.2001.8.26.0270). O interessante desse caso é que o acréscimo à pena-base (1/3) é a fração de aumento usualmente aplicada nos casos em que há causas de aumento.

¹³⁸ Em nenhum caso houve condenação pelo artigo 157, § 1º (violência ou grave ameaça para assegurar impunidade ou para deter a coisa) ou 157, § 2º III (transporte de valores), IV (subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado) ou V (restrição de liberdade da vítima).

pagamento de 18 dias-multa. Fixou-se o regime fechado para o cumprimento das penas (fls. 279-290). Os acusados confessaram detalhadamente o crime na instrução, nos termos postos na denúncia, inclusive, Rilson informou a simulação do emprego de arma para subjugar a vítima. Segundo disseram, estavam usando drogas havia dois dias e precisavam de dinheiro para a aquisição de entorpecentes (fls. 253- 256). Essa confissão foi corroborada pelo ofendido, que descreveu a subtração dos bens descritos na denúncia, sobretudo a grave ameaça, posto que um deles retirou um objeto da cintura, aparentando ser uma faca. Ademais, reconheceu seguramente os apelantes na delegacia e reafirmou esse fato em juízo (fls. 251-252).¹³⁹

Nesse caso, os acusados foram condenados à pena de 5 anos e 4 meses, em regime fechado. Pena e regime idênticos aos do caso a seguir:

Segundo descreve a denúncia, no dia 26 de maio de 2008, a vítima Elias Ferreira de Carvalho estava na sua residência, ocasião em que foi abordada por Paulo e outro indivíduo não identificado, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo. O assalto foi anunciado, sendo subtraído o veículo Toyota Hilux SW4. Os réus exigiram que a vítima dirigisse a caminhonete até o município de Pontal, onde Marcelo ingressou no veículo. Após, a vítima foi amarrada, amordaçada, encapuzada e abandonada num canavial situado nas proximidades da Usina Bazan. Os réus fugiram com a caminhonete para Ribeirão Preto e lá foram presos na posse do veículo da vítima.¹⁴⁰

Nos casos em que foram aplicados pena de 5 anos e 4 meses e regime semiaberto as diferenças também são expressivas: em um caso, por exemplo, duas pessoas, fingindo estarem armadas com a mão por baixo da camiseta, subtraíram um celular. O celular foi recuperado no mesmo dia¹⁴¹. Em outro, duas pessoas foram acusadas de encostar facas no pescoço de idosa, ameaçando-a de morte e subtrair joias avaliadas em R\$ 85.135,00. Parte dos bens foi recuperada¹⁴².

Independentemente da gravidade de cada crime imputado, conceito difícil de ser avaliado, parece claro que as circunstâncias concretas são muito distintas.

Em outros casos distintos entre si, além de as penas serem as mesmas, a fundamentação foi quase idêntica.

Um dos casos a seguir diz respeito a um indivíduo que, sozinho e com uma faca, subtraiu um aparelho de celular de uma vítima na rua. Confessou o crime na polícia e em juízo, sempre alegando que era dependente químico e estava “drogado” quando cometeu o crime¹⁴³. No outro caso, dois indivíduos “se acercaram da vítima no momento em que ela

¹³⁹ 0015819-74.2009.8.26.0482. O TJSP reduziu a pena de Rilson Néspolo para 5 anos e 4 meses.

¹⁴⁰ 0001852-27.2008.8.26.0213.

¹⁴¹ 0018023-94.2010.8.26.0405.

¹⁴² 0008713-47.2010.8.26.0637.

¹⁴³ 0002917-66.2010.8.26.0058.

estava fechando seu estabelecimento comercial tipo bar e - armados - anunciaram o assalto. Na posse da res furtiva os apelantes se evadiram”¹⁴⁴. A justificativa para a aplicação do regime fechado é quase idêntica:

Quanto ao regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime e pela fundamentação trazida na r. sentença, demonstra-se mesmo adequado o inicial fechado. Ademais, a angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, urgem seja fechado o regime prisional. A propósito: “PENA - Regime prisional - Condenação por roubo a ser cumprida inicialmente em regime fechado - Hipótese em que é o único regime compatível com a espécie de crime dessa natureza. Autoria de tal delito põe em evidência ‘personalidade’ marcadamente defeituosa - Inteligência do art. 59 do CP (TACrimSP)” (RT 697/313). Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso dos réus, apenas para diminuir as penas para 5(cinco) anos e 4(quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos.¹⁴⁵

Quanto ao regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime e pela fundamentação trazida na r. sentença, demonstra-se mesmo adequado o inicial fechado. Ademais, a angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, urgem seja fechado o regime prisional. A propósito: “PENA - Regime prisional - Condenação por roubo a ser cumprida inicialmente em regime fechado - Hipótese em que é o único regime compatível com a espécie de crime dessa natureza. Autoria de tal delito põe em evidência ‘personalidade’ marcadamente defeituosa - Inteligência do art. 59 do CP (TACrimSP)” (RT 697/313). sentença. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do réu, mantida a r. Sentença.¹⁴⁶

Ambos os casos foram relatados pelo mesmo desembargador e julgados com diferença de duas semanas.

Em outros dois casos, a fundamentação da pena e a do regime foram idênticas, sendo que um diz respeito ao roubo de uma Kombi por duas pessoas que se fingiram armadas e o outro narra invasão em residência, por cinco pessoas armadas e em que foram roubados diversos objetos pessoais, relógios, joias e dinheiro:

No mais, registro que as penas foram fixadas de maneira aceitável, não merecendo, portanto, nenhuma alteração. Finalmente, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada. Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete. Ora, todos sabem que são,

¹⁴⁴ 0006268-40.2010.8.26.0028.

¹⁴⁵ 0002917-66.2010.8.26.0058.

¹⁴⁶ 0006268-40.2010.8.26.0028.

precisamente, as características da personalidade do criminoso e a natureza do delito praticado que devem ditar a espécie de reprimenda a ser aplicada e, no caso de aplicação de reprimenda carcerária, o regime inicial do cumprimento da pena. Em outras palavras, para crimes menos graves, reprimendas mais brandas, como as restritivas de direitos e as pecuniárias, cumulativamente, ou não; para crimes mais graves, reprimendas mais severas, como as carcerárias, cumulativas com as pecuniárias, ou não. E, em ambos os casos, a maior ou menor periculosidade do criminoso tem que ser levada em conta. É isto o que diz a Doutrina, o que estabelece a Lei e o que recomenda o bom senso. Então, se o agente criminoso cometeu grave delito patrimonial, mediante violência, situação que continua a causar alarme e instabilidade social, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais branda. Nos delitos de, digamos, média gravidade, o criminoso, sabidamente, pode iniciar o desconto da pena carcerária no regime semiaberto. É este, teoricamente, o caminho da desejada ressocialização do criminoso, que, modernamente, é tida como finalidade da pena, embora esta não tenha perdido o caráter retributivo, nem o sentido de prevenção - geral e especial - do crime.¹⁴⁷

Também aqui, ambos os casos foram relatados pelo mesmo desembargador e julgados com diferença de duas semanas.

6.2.2 Questões de fato

As questões de fato foram divididas em sete categorias¹⁴⁸, todas de alguma forma relacionadas com circunstâncias relevantes para a aplicação da pena: violência e grave ameaça; confissão; arma; bens subtraídos; reparação de danos; posse dos bens e concurso de pessoas. As questões de fato aqui analisadas foram extraídas do relatório, da parte da decisão destinada à decisão sobre condenação e da parte de aplicação da pena. Não foi considerada relevante a fonte da informação, mas sim se a questão de fato constou expressamente do acórdão.

Com o mapeamento das questões de fato que surgiram no acórdão, importou o uso dessas circunstâncias como argumento para a decisão sobre a pena e, considerando o objetivo de estudar a igualdade na aplicação da pena, foi feita uma comparação entre circunstâncias de fato distintas que deram origem à mesma pena.

¹⁴⁷ 0043637-02.2010.8.26.0050 e 0044920-60.2010.8.26.0050.

¹⁴⁸ A análise será dividida por questão de fato, para facilitar a compreensão das distinções entre os casos. Uma objeção a essa forma de análise poderia ser a de que a divisão por categorias permitiria enxergar diferenças pontuais entre os casos, mas que, consideradas as circunstâncias de forma global, os casos poderiam ter “gravidade” parecida. No entanto, conforme será explicado mais adiante, na maioria dos acórdãos as diferenças de fato não foram sequer consideradas na argumentação da decisão sobre a pena, o que mostra que, mesmo “isoladas”, foram tratadas de forma semelhante.

6.2.2.1 Violência e grave ameaça

Para que se considere preenchido o tipo penal de roubo, é necessário que o autor faça a subtração da coisa móvel mediante “grave ameaça ou violência à pessoa” ou que o faça depois de reduzir a capacidade de resistência da pessoa (art. 157 do Código Penal).

Embora essas três ações sejam distintas entre si — e cada uma comporta ações muito diferentes —, têm como consequência os mesmos parâmetros de pena, por estarem juntas no mesmo tipo penal.

Além da falta de informações sobre o caso concreto (especialmente no caso da grave ameaça), a leitura dos acórdãos revela fatos muito distintos sob a mesma quantidade de pena. Sob a pena de 5 anos e 4 meses há casos considerados de violência física de ameaça de morte com uso de arma, de acusado que colocou a mão embaixo da camisa, fingindo estar armado¹⁴⁹, e, por fim, caso em que a vítima foi ameaçada com “palavras”, mas sem uso de arma ou violência física¹⁵⁰. Em nenhum acórdão estudado essas circunstâncias foram mencionadas na decisão sobre a quantidade de pena.

Nos acórdãos analisados em que foi descrita *violência física* contra a vítima, as ações foram: vítima “agarrada pelas costas”¹⁵¹, imobilização pelo braço¹⁵², vítima “segurada pelo pescoço”¹⁵³. Em outro caso, havia apenas a informação de que a vítima sofrera violência física, sem indicação do como isso ocorreu, tendo apenas sido informado que “apresentou hematomas e ferimentos no rosto”¹⁵⁴. Esses fatos, quando apareceram no acórdão, foram usados apenas na motivação sobre a fixação do regime inicial. E, nesse aspecto, foi possível encontrar casos em que fatos muito diferentes foram usados como argumento para consequências distintas. Em dois casos de violência semelhante (vítima agarrada pelas costas¹⁵⁵ e vítima agarrada pelo pescoço¹⁵⁶), essa circunstância foi utilizada para motivar, em um caso, a fixação de regime inicial fechado e, em outro, de forma implícita, como argumento favorável à fixação do regime semiaberto (já que não houve uso de arma).

¹⁴⁹ 0018023-94.2010.8.26.0405.

¹⁵⁰ 0047005-30.2008.8.26.0554.

¹⁵¹ 0086903-73.2009.8.26.0050.

¹⁵² 0219614-95.2009.8.26.0000.

¹⁵³ 0274521-20.2009.8.26.0000.

¹⁵⁴ 0002917-66.2010.8.26.0058.

¹⁵⁵ 0086903-73.2009.8.26.0050.

¹⁵⁶ 0274521-20.2009.8.26.0000.

Também há situações em que a fundamentação é tão genérica que o uso de “violência” é mencionado na decisão sobre o regime embora apenas haja menção a “grave ameaça” no relatório ou na decisão de condenação.

Em um caso, sem nenhum relato de violência, na decisão sobre regime violência e grave ameaça são citadas de forma genérica:

Por fim, em relação ao regime aplicado, e devidamente justificado, para a expiação das carcerárias, tem-se como correto o inicial fechado, haja vista tratar-se de infração cometida com violência e grave ameaça à pessoa exercida com arma de fogo, e que contou com auxílio de terceiro indivíduo, que se evadiu, tudo a demonstrar a grande periculosidade dos apelantes.¹⁵⁷

Há também dois acórdãos que relatam circunstâncias de fato muito distintas (invasão em residência com arma de fogo¹⁵⁸ e roubo de veículo sem arma¹⁵⁹) e sem indicação de violência, mas nos quais a decisão sobre o regime é idêntica e fala de violência de forma genérica:

Então, se o agente criminoso cometeu grave delito patrimonial, mediante violência, situação que continua a causar alarme e instabilidade social, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais brando.¹⁶⁰

Ambos os casos foram relatados pelo mesmo desembargador e julgados no mesmo mês.

Com relação à grave ameaça, há importantes distinções nos acórdãos estudados. Estas são de dois níveis: além de diferenças entre as condutas imputadas (por exemplo, ameaça com arma de fogo; simulação de arma de fogo; palavras), que serão abordadas adiante, há grande diferença no grau de especificação da descrição das condutas pelo acórdão.

Há casos em que não há, no acórdão, nenhuma informação sobre o que consistiu a “grave ameaça”. Nestes casos, há apenas a seguinte formulação “[nome], mediante grave ameaça, subtraiu...”. Este é um exemplo:

¹⁵⁷ 0015576-31.2009.8.26.0224.

¹⁵⁸ 0043637- 02.2010.8.26.0050.

¹⁵⁹ 0044920- 60.2010.8.26.0050.

¹⁶⁰ 0043637- 02.2010.8.26.0050 e 0044920- 60.2010.8.26.0050.

Segundo consta da exordial acusatória, na data de 20 de junho de 2009, o apelante, agindo em concurso de agentes com dois indivíduos conhecidos apenas por “Henrique” e “Valter”, mediante grave ameaça, subtraíram, em proveito comum, dois fardos de panos para uso de chão, total de 1000 peças, avaliados em R\$ 500,00, pertencentes à vítima Miguel José de Souza. Perante a autoridade policial, o apelante confessou os fatos expostos na denúncia, confirmando ter ameaçado a vítima, juntamente com dois comparsas, subtraindo-lhe os bens em questão (fls. 07).¹⁶¹

Como a utilização de arma de fogo para exercício da ameaça é considerada causa de aumento do crime, trata-se de fato sempre mencionado na decisão quando a circunstância é aplicada¹⁶². Nesses casos, a formulação é parecida com “[nome], mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, subtraiu...”, como neste caso: “o ofendido e seu filho expunham à venda barcos artesanais quando o apelante e um comparsa não identificado os abordaram e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de uma arma de fogo, subtraíram um dos barcos”¹⁶³.

Em alguns casos, não há maior especificação. Em outros, além dessa formulação (grave ameaça exercida mediante arma de fogo), há explicação a respeito do que se considerou como ameaça, como o fato de o acusado apontar a arma para alguém e exigir a entrega do bem¹⁶⁴.

Em relação à “simulação de arma de fogo”, há caso em que se descreve o modo como o acusado simulou estar armado (arma de brinquedo¹⁶⁵ ou “gesto de que portava uma arma, com a mão por baixo da camiseta”¹⁶⁶, por exemplo) e outros em que há somente a informação de que houve “grave ameaça mediante simulação de arma de fogo”, sem mais descrição¹⁶⁷.

A análise dos acórdãos em que houve maior especificação indicou fatos muito diversos como caracterizadores de grave ameaça; apenas como exemplo, há casos em que a ameaça foi exercida “com palavras” e sem arma (“mediante grave ameaça exercida com palavras”¹⁶⁸), com “simulação de arma de fogo” e até com ameaça de morte, com emprego de arma, como no caso a seguir:

¹⁶¹ 0294994-27.2009.8.26.0000.

¹⁶² Como a pesquisa foi feita apenas em casos de roubo, não há casos em que se constata a existência de arma mas não se considera que a arma gerou grave ameaça ou violência. Aqui, em todos os casos em que se constatou a presença de arma de fogo, considerou-se roubo com causa de aumento (grave ameaça exercida mediante arma de fogo).

¹⁶³ 9114140-79.2009.8.26.0000.

¹⁶⁴ 0016563-78.2008.8.26.0361.

¹⁶⁵ 0046060-32.2010.8.26.0050.

¹⁶⁶ 0018023-94.2010.8.26.0405.

¹⁶⁷ 0283533-58.2009.8.26.0000.

¹⁶⁸ 0047005-30.2008.8.26.0554.

O adolescente agarrou-a por trás, encostando a faca em seu pescoço, e ambos passaram a ameaçá-la de morte, bem como a seu marido, que estava acamado. Enquanto o menor subjugava a ofendida, levando-a aos cômodos da moradia, o apelante subtraía as joias, colocando-as em uma sacola.¹⁶⁹

Nesse caso, a circunstância da ameaça não foi utilizada na decisão sobre a quantidade de pena: a pena-base foi mantida no mínimo, e o *quantum* de aumento em razão do uso de arma foi reduzido de 1/2 para 1/3, com fundamento na Súmula 443 do STJ sobre a impossibilidade de aumento maior que 1/3 sem fundamentação concreta. Assim como em outros casos, no entanto, o fato foi mencionado na decisão sobre o regime. De acordo com o acórdão, o fato de o acusado ter ameaçado “pessoas idosas, subjugando-as com armas brancas”¹⁷⁰ demonstraria ousadia e periculosidade, mas, por se tratar de recurso exclusivo da defesa, o regime semiaberto aplicado na sentença não poderia ser alterado para fechado.

Nos casos de simulação de uso de arma de fogo, as decisões sobre o regime foram distintas. Houve decisões em que foi aplicado o regime semiaberto, mas sem menção a essa circunstância no acórdão¹⁷¹. Em um acórdão, no entanto, a circunstância de o roubo ter sido praticado com simulação de arma de fogo foi mencionada na decisão, mas para fixar regime fechado:

Finalmente, a concreta gravidade do crime roubo de veículo automotor contra vítima solitária, praticado por dois agentes, simulando o porte de arma de fogo -, reveladora da periculosidade dos apelantes, impõe o fechado como o único regime inicial cabível à espécie. Confira-se, a propósito do regime, o ensinamento jurisprudencial [...].¹⁷²

No caso em que a grave ameaça é descrita como exercida “com palavras” e sem arma, a circunstância não foi mencionada em nenhuma parte da fundamentação, da pena ou do regime¹⁷³.

¹⁶⁹ 0008713-47.2010.8.26.0637.

¹⁷⁰ 0008713-47.2010.8.26.0637.

¹⁷¹ 0040263-46.2008.8.26.0050; 0009860-79.2009.8.26.0270; 003908477.2008.8.26.0050; 0294994-27.2009.8.26.0000; 0283533-58.2009.8.26.0000.

¹⁷² 0090814-59.2010.8.26.0050.

¹⁷³ 0047005-30.2008.8.26.0554.

6.2.2.2 Confissão

A confissão espontânea da autoria do crime, perante autoridade, é circunstância atenuante da pena (art. 65, III, *d*, do CP). Logo, qualquer confissão realizada perante a autoridade policial, o juiz ou o tribunal pode ser reconhecida como circunstância atenuante. Há discussão jurisprudencial acerca de casos em que o acusado confessa perante a autoridade policial mas se retrata em juízo. Nesses casos, os tribunais superiores têm decidido que a confissão, mesmo que retratada, é suficiente para incidir a atenuante do artigo 65, III, do CP, desde que tenha sido “expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador”¹⁷⁴.

Nos acórdãos estudados, há aqueles em que o acusado (i) confessou o crime perante a polícia e em juízo, (ii) confessou somente perante a polícia ou (iii) negou os fatos até a apelação. Nos casos em que houve algum tipo de confissão, há aqueles em que o acusado confirmou todos os fatos da imputação e outros em que o acusado confessou apenas parte desses fatos. Todos esses receberam a mesma pena.

É possível levantar algumas explicações para essa diversidade de circunstâncias relacionadas à confissão ter como consequência a mesma pena.

A primeira, e mais óbvia, é a de que há casos em que a confissão é compensada com circunstâncias agravantes ou com a fixação de pena-base acima do mínimo. Nesses casos, a confissão (reconhecida judicialmente) tem papel relevante na aplicação da pena, mas a pena é aplicada no mínimo cominado, de forma idêntica aos casos em que não há confissão. Assim, embora os fatos relacionados à confissão sejam distintos dos casos de não confissão, a pena final é a mesma.

Nos demais casos, no entanto (em que a pena já estava no mínimo), a confissão reconhecida como atenuante não altera a pena por conta do entendimento jurisprudencial de impossibilidade de fixação da pena aquém do mínimo em razão de circunstância atenuante, como no seguinte caso:

A atenuante da confissão não têm reflexo na pena, pois já fixada esta no mínimo, sendo inviável redução aquém deste patamar (RT 541/472 e 537/412). A propósito, a Súmula 231, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ STF, HC 91654, rel. ministro Carlos Britto, julgado em 08/04/2008, DJe 06/11/2008 e STJ, HC 204.280/SP, rel. ministra Laurita Vaz, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013.

¹⁷⁵ 0002917-66.2010.8.26.0058.

Em razão desse entendimento, casos em que há confissão e em que não há confissão (embora considerados idênticos nos demais aspectos) são apenados de forma igual. No caso a seguir, duas pessoas participaram do crime, mas apenas uma confessou. A confissão não teve efeito na pena em razão da Súmula 231 do STJ:

Quanto à dosimetria das penas merece reparo. As penas-base dos acusados devem ser reduzidas aos mínimos legais, pois os acusados, tecnicamente, não contam com antecedente criminal. O envolvimento dos acusados em processos criminais em que suas condenações não são definitivas (fls. 130, 134, 142, 143, 177, 1090 e 208), tecnicamente, não enseja a caracterização de antecedente criminal. As penas-base passam a perfazer, portanto, 4 (anos) de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime de roubo, e 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo. As penas-base foram fixadas em seus patamares mínimos legais, razão pela qual a circunstância atenuante da confissão do apelante Alex não importa em efeitos na dosimetria penal. Neste aspecto, aliás, é o enunciado na Súmula 231, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. De qualquer forma, sua confissão não ensejaria a diminuição da pena, pois houve o evidente intuito de favorecer o co-réu. Quanto ao crime de roubo, as penas foram majoradas em 1/3 (um terço), em razão das causas especiais de aumento de emprego de arma e concurso de agentes, o que restou incontroverso. Assim, afastado o reconhecimento da existência de antecedentes, as penas de ambos os acusados, quanto ao crime de roubo, passam a perfazer 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa. O regime prisional fechado, estabelecido como inicial para o cumprimento da sanção corporal, considerada a natureza e as concretas circunstâncias do crime em tela, em particular, o emprego de arma de fogo para o exercício da grave ameaça, o coordenado concurso de agentes, apresenta-se como razoável, compatível com o caso em tela, razão pela qual deve prevalecer.¹⁷⁶

Além disso, nem todas as confissões são reconhecidas como circunstância atenuante nos termos do artigo 65, III, do CP. O motivo do não reconhecimento nem sempre é revelado nas decisões, mas em alguns casos pode ser inferido da argumentação jurídica.

Em alguns casos, o não reconhecimento parece decorrer da retratação em juízo (em entendimento contrário ao de acórdãos do STJ e do STF), como no caso a seguir, em que a confissão não foi mencionada na decisão sobre a pena:

O réu Anderson, em declarações na polícia (fls. 05/06), confessou detalhadamente o crime, delatando o correu Maicon como coautor, disse que estavam a procura de um local para assaltar quando avistaram o comércio da vítima. Admitiu que eles possuíam uma arma de fogo. Disse também que Maicon estava encapuzado, o que, obviamente, impossibilitou o reconhecimento dele pela vítima, afastando assim qualquer insurgência a respeito. Ao ser

¹⁷⁶ 0009115-56.2010.8.26.0564.

interrogado em solo policial (fls. 34), preferiu, desta vez, quedar-se silente; porém em seu inquisitório, a corroborar a anterior confissão, declarou-se arrependido do crime que cometera (fls. 35). Em juízo (fls. 119/120) disse que assinou a confissão por “pressão psicológica”, pois teria sido agredido pelos policiais, e que indicou Maicon como seu comparsa a mando dos milicianos [...] Contudo, a versão exculpatória apresentada em juízo pelo recorrente Anderson não convence, não se sustentando a retratação mesmo porque desacompanhada de qualquer elemento de persuasão. Além disso, a confissão extrajudicial está de acordo com a prova produzida pela Justiça Pública, acrescentando que ele foi reconhecido pela vítima, em duas oportunidades distintas, na fase extrajudicial.¹⁷⁷

E também não foi considerada como circunstância judicial favorável na aplicação da pena-base nos casos em que a pena já estava no mínimo.

Mas também há casos de confissões em juízo que, ao que parece, não foram reconhecidas como atenuante por se tratar de confissão de apenas alguns elementos da imputação, negando-se outros¹⁷⁸:

Em juízo, Wellington Acácio Dias Ferreira reconheceu que ele e seu comparsa subtraíram os pertences da vítima, mas afirmou que não a ameaçaram. Asseverou que ambos passaram correndo e, desta forma, praticaram a subtração. Afirmou que foi preso do outro lado da avenida e que os policiais militares o agrediram. Aduziu que seu comparsa não disse para darem tiros no pé da vítima (fl. 69).¹⁷⁹

Em juízo, outrossim, operou-se o reconhecimento dos apelantes, os quais, em verdade, não negaram a subtração do bem, bem assim a unidade de desígnios, procurando, entretanto, sem sucesso, ocultar a grave ameaça, o anúncio do assalto e a simulação de porte de arma.¹⁸⁰

Em Juízo, o réu relatou que, na ocasião dos fatos, juntamente com outro indivíduo (cujo nome não soube declinar), após entrarem em desavença com as vítimas, acabaram subtraindo algumas roupas que elas usavam. Pouco tempo depois, foi capturado por guardas civis metropolitanos.¹⁸¹

¹⁷⁷ Aplicação da pena nesse caso, sem menção à confissão: “Quanto à dosimetria da pena, comporta pequena adequação. As penas base foram fixadas em seus patamares mínimo, ou seja, em 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa; porém, a majoração pela forma qualificada do crime deve ser de 1/3, a teor da Súmula 443 do STJ; fixando as penas, portanto, em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 diárias. Quanto ao regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime e pela fundamentação trazida na r. sentença, demonstra-se mesmo adequado o inicial fechado. Ademais, a angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, urgem seja fechado o regime prisional [...]”. (0006268-40.2010.8.26.0028).

¹⁷⁸ 0042272-10.2010.8.26.0050; 0018023-94.2010.8.26.0405 e 0009860-79.2009.8.26.0270.

¹⁷⁹ 0042272-10.2010.8.26.0050.

¹⁸⁰ 0018023-94.2010.8.26.0405.

¹⁸¹ 0009860-79.2009.8.26.0270.

As confissões “parciais” e algumas confissões retratadas em juízo não foram consideradas suficientes para caracterizar a circunstância atenuante do artigo 65, III, do CP. Também não foram consideradas como circunstâncias favoráveis nos termos do artigo 59 do Código Penal, provavelmente porque são casos em que a pena já estava no mínimo, o que não impediria seu reconhecimento mas não alteraria o resultado. Todavia, o que é interessante é que tampouco foram mencionadas na decisão sobre o regime inicial fechado. Esses casos são tratados de forma igual àqueles em que o acusado nega os fatos completamente.

Além da barreira da pena mínima, que prejudica o acusado que tem todas as circunstâncias favoráveis, impedindo-o de usufruir de atenuação em sua pena pela confissão, o tratamento de casos diferentes de forma igual também ocorre em casos em que a decisão deixa de considerar circunstâncias de fato em outras oportunidades de juízo mais flexível.

6.2.2.3 Arma

O “emprego de arma” é causa de aumento do crime de roubo e aumenta a pena em 1/3 a 1/2 (art. 157, § 2º, I, do CP). Entende-se que o uso de qualquer instrumento “que se torne vulnerante (desde arma de fogo até uma tesoura)” pode configurar a causa de aumento (PRADO, 2013, p. 549). Até 2001, vigorava a Súmula 174 do STJ, que dispunha que a intimidação feita com arma de brinquedo autorizaria o aumento de pena, mas a súmula foi cancelada e, hoje, o uso de arma de brinquedo autoriza somente a condenação por roubo simples (art. 157, *caput*, do CP).

Constatada a presença de arma, portanto, considera-se presente a causa de aumento. Há, no entanto, diversos tipos de arma e diversas formas de utilizar uma arma para ameaçar alguém.

Em primeiro lugar é importante ressaltar que, no que diz respeito ao “emprego de arma”, assim como em diversas outras circunstâncias de fato do crime de roubo, há casos em que o acórdão especifica pouco as questões de fato envolvidas. Com frequência, há apenas a repetição do texto legal, de que “[determinada pessoa] mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma [de fogo ou não], subtraiu...”¹⁸².

¹⁸² Como nos acórdãos 9000001-46.2010.8.26.0270; 9114140-79.2009.8.26.0000; 0001852-27.2008.8.26.0213; 9188933-86.2009.8.26.0000; 0011350-35.2008.8.26.0606; e 0006268-40.2010.8.26.0028.

em 24 de outubro de 2010 subtraíram para si, agindo em concurso e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a quantia de R\$ 150,00 pertencentes a Nelito Salomão Oliveira. [...] Demonstrou-se nos autos que, os réus se acercaram da vítima no momento em que ela estava fechando seu estabelecimento comercial tipo bar e - armados - anunciaram o assalto. Na posse da res furtiva os apelantes se evadiram.¹⁸³

o ofendido e seu filho expunham à venda barcos artesanais quando o apelante e um comparsa não identificado os abordaram e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de uma arma de fogo, subtraíram um dos barcos.¹⁸⁴

Nesses casos — e em outros estudados¹⁸⁵ — é possível saber que o roubo foi cometido com arma de fogo, mas não dá para saber o uso que foi feito da arma, se foi apontada ou vista pelas vítimas na calça dos acusados (ou de um deles). Também não é possível saber que tipo de arma de fogo foi utilizada¹⁸⁶. Em muitos acórdãos não houve menção à quantidade de armas, e a descrição de como a arma teria sido utilizada foi, em geral, pouco detalhada. Também não foi indicado se a arma era de uso permitido ou proibido.

Em nenhum dos acórdãos há menção a fatos envolvendo o emprego de arma de fogo na decisão sobre a pena. Assim, independentemente das diferenças que possam existir entre os casos concretos, a resposta foi sempre a mesma (aumento de 1/3).

Quando há alguma descrição dos fatos concretos (tanto no relatório quanto nas decisões sobre condenação e pena), é possível ver diferenças relevantes no tipo de arma e na forma de “emprego” que também não foram mencionadas na aplicação da pena.

Há casos de “emprego” de faca¹⁸⁷; “ameaça” com faca¹⁸⁸; utilização da faca, com lesão à vítima¹⁸⁹; caso em que o acusado “encostou faca na barriga” da vítima¹⁹⁰; e em que o acusado apenas “retirou objeto da cintura, aparentando ser uma faca”¹⁹¹. Com relação ao

¹⁸³ 9000001-46.2010.8.26.0270.

¹⁸⁴ 9114140-79.2009.8.26.0000.

¹⁸⁵ 0001852-27.2008.8.26.0213; 9188933-86.2009.8.26.0000; 0011350-35.2008.8.26.0606; 0006268-40.2010.8.26.0028.

¹⁸⁶ Em muitos casos, a arma não é apreendida e, por isso, o tipo de arma é muito pouco mencionado nas decisões.

¹⁸⁷ 0061129-09.2010.8.26.0114; 003276-32.2008.8.26.0140.

¹⁸⁸ 0000491-79.2010.8.26.0673.

¹⁸⁹ 0002917-66.2010.8.26.0058.

¹⁹⁰ 0005136-13.2010.8.26.0071.

¹⁹¹ 0015819-74.2009.8.26.0482. Conforme trecho do acórdão: “Essa confissão foi corroborada pelo ofendido, que descreveu a subtração dos bens descritos na denúncia, sobretudo a grave ameaça, posto que um deles retirou um objeto da cintura, aparentando ser uma faca. Ademais, reconheceu seguramente os apelantes na delegacia e reafirmou esse fato em juízo (fls. 251-252)”.

uso de arma de fogo; há acórdãos em que o acusado estava “portando” arma de fogo¹⁹²; estava com arma “em punho”¹⁹³; exibiu arma de fogo¹⁹⁴; apontou arma de fogo¹⁹⁵; apontou arma de fogo e rendeu vítimas¹⁹⁶; e caso em que o acusado portava “arma de fogo ou de brinquedo”¹⁹⁷. Todos esses casos tiveram o mesmo aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo e em nenhum deles foi mencionada quaisquer dessas circunstâncias na aplicação da pena ou na definição do regime.

Além disso, nos acórdãos estudados, há casos em que, embora haja informação de que apenas um dos acusados estava armado, a decisão sobre o aumento de pena em razão do “emprego” de arma e a decisão sobre o regime são idênticas para todos os acusados, como no exemplo a seguir¹⁹⁸:

[...] o réu e outros três delinquentes - um deles armado - adentraram no bar de propriedade de Luiz Agnaldo e Reginaldo de Assis Neves e anunciaram o assalto. No estabelecimento comercial encontravam-se cerca de quinze pessoas, dentre elas a vítima Fábio da Silva, da qual eles subtraíram o celular, a quantia de R\$ 75,00 e o automóvel que estava estacionado em frente ao local; mais um celular e o restante do dinheiro foram roubados de outra vítima que não foi identificada. Acionada, a polícia logrou deter o recorrente logo após os fatos geradores do presente processo na posse da res furtiva, os demais meliantes lograram fugir.¹⁹⁹

O tipo de arma, a lesividade e a forma como foi utilizada não foram considerados, em nenhum dos casos analisados, na decisão sobre a quantidade de aumento (1/3 até 1/2) a ser aplicada pelo “emprego de arma” (art. 157, § 2º, I, do CP). Essa decisão foi tomada, na maioria dos casos, com base na quantidade de causas de aumento ou em entendimento jurisprudencial, sem menção ao caso concreto. Os fatos sobre emprego de arma foram mencionados apenas em decisões sobre o regime inicial.

O emprego de arma de fogo (em oposição a armas brancas) foi usado, sem maiores especificações sobre tipo de arma de fogo, quantidade e forma de uso, para argumentar pela fixação do regime inicial fechado, como nos casos a seguir:

¹⁹² 0099048-98.2008.8.26.0050.

¹⁹³ 0082211- 50.2010.8.26.0000.

¹⁹⁴ 0051751-95.2008.8.26.0050; 0016563-78.2008.8.26.0361.

¹⁹⁵ 0008582-43.2004.8.26.0068.

¹⁹⁶ 0003040- 29.2000.8.26.0280.

¹⁹⁷ 0001398-50.2010.8.26.0642. Conforme trecho do acórdão: “Relatou que, tendo parado no Ponto Certo, o apelante ingressou no coletivo e lhe apontou uma arma, que ela não soube se era ou não de verdade, obrigando-a à entrega da importância de R\$ 45,00. Meses depois, o agente foi preso, tratando-se do apelante, que, ele, depoente, reconheceu na delegacia”.

¹⁹⁸ Como no acórdão 0032016-08.2010.8.26.0050.

¹⁹⁹ 0032016-08.2010.8.26.0050.

o regime fechado era mesmo de rigor, considerando que se trata de crime bastante grave, cometido mediante emprego de arma de fogo, o que denota periculosidade do agente e recomenda enérgica interferência estatal.²⁰⁰

Regime inicial fechado bem definido por se tratar de roubo praticado com emprego de arma de fogo, crime de inegável gravidade, que merece rigorosa punição.²⁰¹

Para o início do cumprimento da pena corporal foi fixado o regime fechado, que fica, aqui, mantido, por ser o único adequado à gravidade do crime praticado, em que o acusado, utilizando-se de arma de fogo, abordou as vítimas em plena madrugada, exigindo a entrega de dinheiro. O envolvimento do apelante em outros delitos, ademais, demonstra a necessidade de tratamento mais rigoroso.²⁰²

O regime prisional inicial fechado revela-se adequado, em face da gravidade do crime, que tanto intranquiliza a sociedade, e da periculosidade concreta de quem o pratica mediante concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo, circunstâncias que exigem resposta enérgica, com a qual não é compatível solução mais branda.²⁰³

O regime prisional fechado, estabelecido como inicial para o cumprimento da sanção corporal, considerada a natureza e as concretas circunstâncias do crime em tela, em particular, o emprego de arma de fogo para o exercício da grave ameaça, o coordenado concurso de agentes, apresenta-se como razoável, compatível com o caso em tela, razão pela qual deve prevalecer.²⁰⁴

Mas a utilização de faca, também de forma genérica, foi igualmente usada como argumento para fixação do regime fechado²⁰⁵.

Em outros casos, a decisão pela aplicação do regime fechado mencionou de forma mais específica o “emprego de arma”, utilizando como argumento pela aplicação do regime fechado o fato de o acusado ter “apontado arma de fogo contra a vítima”²⁰⁶; o fato de um dos acusados ter atirado com a arma²⁰⁷; a utilização de arma de fogo municada²⁰⁸ e o fato de os acusados terem

²⁰⁰ 0040485-96.2010.8.26.0000.

²⁰¹ 0015624-63.2004.8.26.0127.

²⁰² 0002511-78.2009.8.26.0511.

²⁰³ 0012707-57.2009.8.26.0269.

²⁰⁴ 0009115- 56.2010.8.26.0564.

²⁰⁵ 0005136-13.2010.8.26.0071; em outro caso, foi aplicado regime semiaberto em razão da primariedade do acusado, mas a utilização de faca foi usada como argumento pela maior gravidade dos fatos: “As penas foram impostas nos mínimos legais, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, em seguida aumentadas de 1/3 pela qualificadora, resultando em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Não há qualquer reparo a ser feito. Não obstante a gravidade do delito, roubo praticado contra vítima de 12 anos de idade, e mediante emprego de faca, mantém-se o regime inicial semiaberto imposto na sentença, considerando a primariedade do réu, desacolhido o recurso ministerial” (0008855-40.2009.8.26.0361).

²⁰⁶ 3000257-05.2009.8.26.0116.

²⁰⁷ 0006418-82.2007.8.26.0268; 0005199-95.2010.8.26.0052.

²⁰⁸ 0013202-98.2010.8.26.0000.

“subjugado” as vítimas com faca²⁰⁹. A utilização de faca também foi argumento para fixação do regime fechado²¹⁰. Nesses casos, embora distintos entre si, há maior fundamentação da aplicação de regime fechado.

Assim como nos casos de outras circunstâncias elementares do tipo, agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição, a leitura dos acórdãos, no que diz respeito ao emprego de arma, revelou poucas informações sobre o caso concreto e, nos casos em que há informações, fatos muito distintos sob a mesma quantidade de pena. Esses fatos, quando apareceram na argumentação do acórdão, foram usados na motivação sobre a fixação do regime inicial.

6.2.2.4 Bens subtraídos

A quantidade e a qualidade de bens subtraídos não são consideradas de forma específica pela legislação como circunstância agravante, atenuante ou causa de aumento e diminuição. No entanto, considerando que a subtração de bens é elementar do tipo de roubo, pode-se imaginar que o valor dos bens seja uma circunstância de fato considerada na aplicação da pena, na primeira fase (“consequências do crime”, art. 59 do CP) ou como atenuante genérica (art. 66 do CP).

Além disso, considerando que a Lei 11.719/2008 incluiu como parte da sentença condenatória a fixação de valor mínimo de reparação de danos causados pelo crime (art. 387, IV, do Código de Processo Penal, CPP), esperava-se encontrar mais informações sobre os bens subtraídos.

Em alguns dos acórdãos estudados, não há nenhuma informação sobre os bens subtraídos²¹¹ e em outros a informação é genérica — por exemplo, somente a menção ao tipo de bem, “dinheiro”²¹², “objetos pessoais”²¹³ ou “automóvel”²¹⁴.

Nos casos em que há especificação dos bens que foram subtraídos, a variação de valores sob a mesma pena (5 anos e 4 meses de reclusão) é de R\$ 18,00²¹⁵ a mais de R\$ 80.000,00²¹⁶.

²⁰⁹ 0008713-47.2010.8.26.0637.

²¹⁰ 0005136-13.2010.8.26.0071; 0008855-40.2009.8.26.0361.

²¹¹ 0006418-82.2007.8.26.0268; 3000980-33.2010.8.26.0037; 0015819-74.2009.8.26.0482; 0015576-31.2009.8.26.0224; 0040263-46.2008.8.26.0050; 0005136-13.2010.8.26.0071.

²¹² 0003040-29.2000.8.26.0280; 0047005-30.2008.8.26.0554.

²¹³ 0219614-95.2009.8.26.0000.

²¹⁴ 9188933-86.2009.8.26.0000.

²¹⁵ 0011598-78.2001.8.26.0270.

²¹⁶ 0008713-47.2010.8.26.0637.

Em relação aos bens de valor mais alto, é possível citar casos em que foram subtraídos: um automóvel Fiat Strada, um *notebook*, duas máquinas filmadoras, quatro celulares, R\$ 1.500,00 e várias roupas²¹⁷; um automóvel Volkswagen Golf, R\$ 174,00 e dois celulares; uma automóvel Fiat Siena, uma carteira com documentos pessoais e R\$ 250,00²¹⁸; e um *notebook*, relógios, joias, aparelhos de telefonia celular e R\$ 2.229,00, em dinheiro²¹⁹.

Em todos esses casos foi aplicado regime inicial fechado, mas em apenas um deles o valor dos bens foi mencionado na decisão. A decisão sobre o regime indicou, nesses casos, fórmulas genéricas como “gravidade do crime”.

Há um caso de bens de alto valor (joias avaliadas em R\$ 85.135,00), no entanto, em que isso foi indicado expressamente como argumento para fixação do regime fechado, mas, como se tratava de recurso exclusivo da defesa, o regime semiaberto foi mantido:

Anoto que o recorrente foi beneficiado pela fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena corporal, pois o crime praticado, por sua gravidade, merecia tratamento mais rigoroso, com o estabelecimento do regime fechado. Com efeito, o apelante, acompanhado de menor, ameaçou pessoas idosas, subjugando-as com armas brancas, e subtraiu bens de elevado valor, o que demonstra grande ousadia e periculosidade. Nada, porém, pode ser feito, por se tratar de recurso exclusivo da defesa.²²⁰

Com a mesma pena dos casos anteriores, há casos em que os bens subtraídos são de valor significativamente menor, como R\$ 18,00²²¹; um celular²²²; R\$ 150,00²²³; um celular e uma caixa de chocolate Bis²²⁴; e R\$ 45,00²²⁵.

No primeiro caso (R\$ 18,00), o regime inicial aplicado foi fechado e não houve menção ao valor do bem na decisão sobre a pena: “Finalmente, com base no mesmo critério e tendo em vista que o crime foi praticado mediante grave ameaça, o que denota periculosidade excessiva e recomenda enérgica interferência estatal, o regime fechado era mesmo de rigor”²²⁶.

²¹⁷ 9000001-46.2010.8.26.0270.

²¹⁸ 0040485-96.2010.8.26.0000.

²¹⁹ 0043637-02.2010.8.26.0050.

²²⁰ 0008713-47.2010.8.26.0637.

²²¹ 0011598-78.2001.8.26.0270.

²²² 0002917-66.2010.8.26.0058.

²²³ 0006268-40.2010.8.26.0028.

²²⁴ 0283533-58.2009.8.26.0000.

²²⁵ 0001398-50.2010.8.26.0642.

²²⁶ 0011598-78.2001.8.26.0270,

Nos outros dois casos (um celular; R\$ 150,00) a fundamentação do regime fechado foi idêntica (ambos os casos foram relatados pelo desembargador Aben-Athar) e também não foi mencionado o valor dos bens:

Quanto ao regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime e pela fundamentação trazida na r. sentença, demonstra-se mesmo adequado o inicial fechado. Ademais, a angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, urgem seja fechado o regime prisional.²²⁷

Em outros dois casos de menor valor (celular e caixa de Bis; R\$ 45,00), foi aplicado o regime semiaberto, sem menção aos bens (ou às consequências do crime) nas decisões²²⁸.

Em nenhum desses casos de bens de menor valor²²⁹ reconheceu-se a atenuante genérica prevista no artigo 66 do CP.

É grande, portanto, a diversidade dos bens subtraídos nos casos concretos estudados, todos com a mesma quantidade de pena. Provavelmente em razão de essa circunstância não estar prevista de forma expressa como circunstância agravante, atenuante ou causa de aumento e diminuição, não é mencionada na decisão sobre a pena em muitos casos.

6.2.2.5 Reparação do dano

Embora o direito penal tenha se construído com base na ideia de que a única resposta possível nesse sistema é a pena como inflicção de uma mal, a introdução de elementos de reparação de danos no sistema criminal, especialmente em razão de tendência de valorização da vítima nesse sistema, coloca em xeque essa rígida definição.

Flavia Püschel e Marta Machado (2008, p. 22-24) descrevem exemplos de introdução da reparação do dano no direito penal brasileiro, já atentando para o fato de que se trata de tendência menos marcante aqui do que em uma série de outros países: a reparação do dano como circunstância indicativa de arrependimento posterior, capaz de

²²⁷ 0002917-66.2010.8.26.0058; 0006268-40.2010.8.26.0028.

²²⁸ 0283533-58.2009.8.26.0000; 0001398-50.2010.8.26.0642.

²²⁹ R\$ 18,00 (0011598-78.2001.8.26.0270); um celular (0002917-66.2010.8.26.0058); R\$ 150,00 (0006268-40.2010.8.26.0028); um celular e uma caixa de Bis (0283533-58.2009.8.26.0000); e R\$ 45,00 (0001398-50.2010.8.26.0642).

reduzir a pena em 1/3 a 2/3 (art. 16 do CP) e como circunstância atenuante (art. 65, III, *b*, do CP)²³⁰; a conciliação civil instituída pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (arts. 72 a 74 da Lei 9.099/1995), que põe fim à persecução penal; a reparação como contrapartida da suspensão condicional do processo e sua extinção após o período de prova (art. 89, § 1º, I, da Lei 9.099/1995); a previsão da Lei 8.137/1990 (e depois das Leis 9.294/1995, 10.684/2003 e 12.382, de 25 de fevereiro de 2011) de que o parcelamento ou o pagamento do tributo extinguem a punibilidade do crime tributário; a indenização do dano como efeito da condenação (art. 91, I, do CP)²³¹. Esses exemplos (embora introduzidos no direito criminal) são de natureza civil, mas há também exemplos ainda mais incisivos de introdução da reparação do dano como modalidade de sanção penal, como no caso da pena de prestação pecuniária à vítima e a seus dependentes introduzida do Código Penal pela Lei 9.174/1998; o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê multa reparatória em favor da vítima (art. 297 da Lei 9.503/1997); e a Lei de Crimes Ambientais, que prevê como pena restritiva de direito a prestação pecuniária à vítima ou à entidade com fim social (art. 8, IV, e 12 da Lei 9.605/1998).

Em nenhum dos casos estudados foi reconhecida a circunstância atenuante de ter o agente “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano” (art. 65, III, *b*)²³², mas há diversos casos em que há informação de que os bens foram recuperados pelas vítimas (em geral como consequência de prisão em flagrante) e, ainda assim, em nenhum desses casos a recuperação do bem foi mencionada expressamente em outros momentos da aplicação da pena. Embora a legislação dê pouca margem para a recuperação dos bens por circunstâncias alheias à vontade do acusado, esperava-se que pudesse ser considerada como circunstância judicial favorável ou como atenuante genérica.

Há casos em que, embora o bem tenha sido recuperado, seu alto valor foi indicado expressamente como argumento para fixação do regime fechado, sem nenhuma menção ao fato de ter sido recuperado²³³.

Em um dos casos (subtração de roupas, recuperadas em seguida com a prisão em flagrante), a defesa pediu expressamente o reconhecimento de arrependimento posterior

²³⁰ Essa disposição existe no Código Penal desde 1940, mas em outro artigo (art. 48, IV, *b*).

²³¹ Essa disposição existe no Código Penal desde 1940, mas em outro artigo (art. 74, I).

²³² Essa seria a única hipótese expressa de cabimento de redução de pena em razão da reparação do dano no crime de roubo, já que a possibilidade de aplicação da redução pelo arrependimento posterior aplica-se somente “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa” (art. 16 do CP).

²³³ Cf., por exemplo, 0017834-80.2011.8.26.0050.

(art. 16 do CP), mas o tribunal entendeu que não se aplicaria no caso porque a restituição não foi voluntária e por se tratar de crime cometido com violência e grave ameaça à pessoa. Essa circunstância não foi, tampouco, mencionada nas outras fases de aplicação da pena, e o tribunal entendeu que se tratou de crime cuja gravidade exigiria regime inicial fechado²³⁴.

Assim, a recuperação do bem (ainda que não voluntária) não foi usada como argumento para decidir as penas nos casos estudados. Casos em que a vítima ficou sem o bem subtraído e casos em que a vítima teve seu bem devolvido no mesmo dia foram tratados da mesma forma. Aqui, a separação civil-penal parece muito clara, já que o que parece é que essa circunstância só terá algum efeito depois da condenação, para decidir se a vítima ainda precisa ser indenizada ou não. Para o sistema criminal, apenas a atitude do réu (de ter subtraído) parece importar para aplicação da pena.

6.2.2.6 *Iter criminis*, consumação e posse dos bens

Costuma-se chamar de *iter criminis* o conjunto de etapas que se sucedem no tempo ao desenvolver-se o delito, começando (no caso de crimes dolosos) com a cogitação, passando pela preparação e, finalmente, a execução do delito. O Código Penal brasileiro preocupa-se com o crime consumado (“quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”²³⁵) e tentado (“quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”²³⁶). A tentativa é causa obrigatória de redução de pena (de 1/3 a 2/3 da pena correspondente ao crime consumado)²³⁷.

Usualmente, consideram-se três os elementos da tentativa: início da execução; não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente; e dolo em relação ao crime total: o agente deve querer o resultado do crime consumado, ou seja, um resultado mais grave do que aquele que efetivamente conseguiu (BITENCOURT, 2009, p. 38).

No roubo, há discussão acerca do momento da consumação. Há quem defenda que, para que ocorra a consumação, é necessário que o bem passe a integrar o patrimônio

²³⁴ 0009860-79.2009.8.26.0270.

²³⁵ Artigo 14, I, do Código Penal.

²³⁶ Artigo 14, II, do Código Penal.

²³⁷ Artigo 14, II, parágrafo único, do Código Penal.

do agente²³⁸. A jurisprudência do STF hoje entende que, “para a consumação do crime de roubo, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata”²³⁹, sendo irrelevante a ocorrência de posse tranquila²⁴⁰. No entanto, apesar de consolidada a jurisprudência do STF no sentido de ser desnecessária a posse mansa e pacífica, nos casos concretos ainda é difícil definir o momento em que é cessada a violência, especialmente em casos em que a perseguição policial é imediata²⁴¹. Nesses casos, vem entendendo o STF que, “ainda que o agente tenha se apossado da res, é de se reconhecer o crime tentado, e não o consumado, considerada a particularidade de ter sido ele a todo tempo monitorado por policiais que se encontravam no cenário do crime”²⁴².

Nos casos estudados, não há acórdãos em que foi reconhecida a tentativa — já que esses casos em geral teriam penas menores ou distintas de 5 anos e 4 meses —, mas há grande variação na quantidade de tempo durante o qual o acusado teve posse do bem subtraído.

Há casos em que os acusados foram abordados imediatamente em seguida da subtração²⁴³, mas em outros não houve prisão em flagrante e os acusados foram identificados pelo menos dias depois²⁴⁴.

A testemunha Helder de Oliveira Righeti, policial militar, a seu turno, afirmou que ele e outro policial avistaram dois rapazes pegando a sacola e a bolsa da vítima. Asseverou que a sacola já estava nas mãos dos meliantes. Ao perceberem a presença dos policiais, os meliantes empreenderam fuga, arremessando as

²³⁸ Esse entendimento baseava-se em doutrina clássica: “se após o emprêgo da violência pessoal não puder o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, executar a subtração, mesmo o ato inicial da *apprehensio rei*, o que se tem a reconhecer é a simples tentativa” (HUNGRIA, 1955, p. 58). Portanto a consumação se dava com o deslocamento da coisa, “mas de modo que esta se transfira para a posse exclusiva do ladrão” (HUNGRIA, 1955, p. 23). Esse entendimento era seguido pela jurisprudência até o julgamento, pelo STF, do RE 102490, relatado pelo ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1987.

²³⁹ STF HC 98162, relatora ministra Carmen Lucia, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012.

²⁴⁰ No mesmo sentido: “Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de ‘subtrair’, podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da *apprehensio* ou *amotio*, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranqüila. Dessa forma, a posse tranqüila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior”. STJ, AgRg no REsp 859952, relatora ministra Jane Silva, 6º Turma, julgado em 27/05/2008.

²⁴¹ De acordo com o Ministro Ayres Britto, “apesar de pacificado na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal — jurisprudência que entende desnecessária a posse mansa e pacífica da coisa subtraída pelo agente — acende importantes debates em determinados casos concretos” (STF HC 110642, relator ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 29/11/2011).

²⁴² STF, HC 88.259/SP, relator ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 2/5/2006.

²⁴³ 0042272- 10.2010.8.26.0050; 0099048- 98.2008.8.26.0050; 0008713- 47.2010.8.26.0637.

²⁴⁴ 0001398-50.2010.8.26.0642; 0008855-40.2009.8.26.0361; 0047005-30.2008.8.26.0554.

coisas ao chão. O apenado foi detido e seu comparsa conseguiu fugir.²⁴⁵

Segundo consta da exordial acusatória, no dia 20 de dezembro de 2008, no interior do estabelecimento comercial denominado Araujo's Bar, o apelante, juntamente com um indivíduo não identificado, subtraiu, em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma garrafa de bebida, do tipo Whisky, a quantia de R\$ 200,00, em dinheiro, pertencentes à vítima Valmiro Sa Teles de Araújo, bem como uma corrente de cor dourada, de propriedade de vítima não identificada. [...] Conforme narrativa acusatória, após a abordagem criminosa, populares avistaram a ação e acionaram a Polícia Militar, logrando êxito em deter o apelante quando saía do estabelecimento, portando a arma de fogo.²⁴⁶

A testemunha Thiago Castelli Castiliani, no entanto, seguiu os assaltantes e acionou policiais militares, que lograram deter o recorrente e o menor em um banheiro público, quando o primeiro procurava se desfazer dos bens, jogando-os em um vaso sanitário.²⁴⁷

Em outros, não houve prisão em flagrante e os acusados foram identificados pelo menos dias depois:

Meses depois, o agente foi preso, tratando-se do apelante, que, ele, depoente, reconheceu na delegacia.²⁴⁸

Dias após Tiago foi detido por outro roubo, praticado com semelhante “modus operandi” e, levado à delegacia, foi reconhecido, por fotografia, pela vítima do crime objeto destes autos.²⁴⁹

Os policiais civis Mário Minguini e Roberto Carlos Rodrigues Pereira narraram que os apelantes foram presos em flagrante por outro delito e que localizaram a vítima Tatiane ao pesquisar a placa da motocicleta no sistema da polícia civil. Confirmaram ainda o reconhecimento fotográfico dos apelantes realizado pela vítima na delegacia.²⁵⁰

A consideração sobre o tempo de posse dos bens não foi utilizada na aplicação da pena em nenhum dos casos. Embora a jurisprudência seja uniforme no sentido da prescindibilidade da posse “mansa e pacífica” para consumação do roubo, era possível supor que a detenção dos acusados logo em seguida do roubo poderia ser, de alguma forma, considerada como atenuante na aplicação da pena.

²⁴⁵ 0042272- 10.2010.8.26.0050.

²⁴⁶ 0099048- 98.2008.8.26.0050.

²⁴⁷ 0008713- 47.2010.8.26.0637.

²⁴⁸ 0001398-50.2010.8.26.0642.

²⁴⁹ 0008855-40.2009.8.26.0361.

²⁵⁰ 0047005-30.2008.8.26.0554.

6.2.2.7 Concurso de pessoas

O fato punível pode ser praticado por uma ou mais pessoas. O Código Penal (art. 29) brasileiro dispõe que “quem, de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. A maior parte da doutrina entende que o código adotou a teoria monista do concurso de pessoas, sem distinção entre autor, coautor e partícipe: todos os que concorrem para o crime são autores dele. A participação não é tida como acessória: o partícipe é sempre coautor e responde inteiramente pelo evento. Trata-se de conceito formal de autor, fundamentado na teoria da equivalência causal de todas as condições na produção do resultado (BITENCOURT, 2009, p. 97-98), embora a causalidade seja reconhecidamente limitada e insuficiente para resolver todos os problemas do concurso de agentes (BATISTA, 2008, p. 40; REALE JÚNIOR, 2002, p. 314). A expressão “na medida de sua culpabilidade” tira da causalidade o “monopólio da definição do concurso de pessoas” (REALE JÚNIOR, 2002, p. 319) e reforça o reconhecimento de que, embora todos sejam autores, a pena concreta deve ser aplicada a cada um de acordo com a reprovabilidade de sua conduta, para mitigar as “distorções do sistema unitário” (FRANCO; STOCO, 2007, p. 229).

O §1º do artigo 29 estabelece causa especial de diminuição da pena — capaz de levar a pena para abaixo do mínimo — nos casos em que a participação “for de menor importância”, para “evitar equiparação” de casos distintos (FRANCO; STOCO, 2007, p. 229-230). O Código Penal elenca, ainda, circunstâncias especiais no concurso de pessoas que, se presentes agravam a pena (art. 62)²⁵¹, sem estabelecer a quantidade de aumento.

Nos acórdãos objeto deste estudo, não há casos de reconhecimento da causa de diminuição em razão de participação de menor importância. Em muitos casos em que foi reconhecido o concurso, as ações dos acusados não foram diferenciadas na descrição dos fatos. Diz-se apenas que os acusados “subtraíram mediante grave ameaça exercida com arma de fogo [...]”²⁵². Mesmo em casos em que há descrição mais pormenorizada dos

²⁵¹ “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

²⁵² 0043637-02.2010.8.26.0050; 0039084-77.2008.8.26.0050; 0031767-38.2008.8.26.0564.

fatos, há acórdãos que não estabelecem nenhuma distinção entre os acusados, como no caso descrito a seguir²⁵³.

A prova dos autos, todavia, revela que os réus surpreenderam o motorista Antônio Carlos, que estava parado no semáforo, e, então, fingindo-se armados, abriram a porta do veículo “com força” e apenas determinaram que ele descesse de seu utilitário (uma perua Kombi), no que foram prontamente atendidos. Após, a dupla de infratores fugiu, levando o utilitário do ofendido.²⁵⁴

Em outros casos, há descrição um pouco mais detalhada da conduta de cada acusado, com distinções, mas apenas na descrição dos fatos e decisão de imputação, mas não houve menção à participação diferenciada na aplicação da pena:

Segundo descreve a denúncia, no dia 26 de maio de 2008, a vítima Elias Ferreira de Carvalho estava na sua residência, ocasião em que foi abordada por Paulo e outro indivíduo não identificado, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo. O assalto foi anunciado, sendo subtraído o veículo Toyota Hilux SW4. Os réus exigiram que a vítima dirigisse a caminhonete até o município de Pontal, onde Marcelo ingressou no veículo. Após, a vítima foi amarrada, amordaçada, encapuzada e abandonada num canavial situado nas proximidades da Usina Bazan. Os réus fugiram com a caminhonete para Ribeirão Preto e lá foram presos na posse do veículo da vítima.²⁵⁵

Anderson, a sua vez, declarou, por ocasião do flagrante, que ele e Alessandro haviam combinado o roubo no Auto Posto Cardoso uma semana antes do fato. Sabiam que à noite somente um funcionário permanecia no local. Lá chegando, ele, Anderson, munido de uma faca, anunciou o assalto, tendo, Alessandro, permanecido próximo, observando a movimentação de pessoas. Foram subtraídos R\$ 130,00. Alessandro ficou com R\$ 80,00. Logo após, na residência de Alessandro, acabaram presos pela polícia. A vítima, Paulo Aléssio, por seu turno, descreveu minuciosamente a empreitada delitiva. Relatou que o delito foi praticado por dois indivíduos, sendo que um deles o ameaçava com uma faca, ao passo que o outro permaneceu atrás da bomba. Sob grave ameaça, ele entregou a importância de R\$ 146,00, oportunidade em que um dos agentes andava em volta das bombas. Obtida a posse do numerário, ambos empreenderam fuga.²⁵⁶

Nos casos em que houve aplicação de penas distintas para dois ou mais acusados, a diferença na pena deveu-se exclusivamente ao reconhecimento da agravante da reincidência para algum dos acusados²⁵⁷.

²⁵³ Como no acórdão 0044920-60.2010.8.26.0050.

²⁵⁴ 0044920-60.2010.8.26.0050.

²⁵⁵ 0001852-27.2008.8.26.0213. Nesse caso, a pena final de Paulo é distinta da de Marcelo, mas em razão da reincidência do primeiro, e não de participação diferente.

²⁵⁶ 0000491-79.2010.8.26.0673.

²⁵⁷ 0011350-35.2008.8.26.0606; 0294994-27.2009.8.26.0000; 0283533-58.2009.8.26.0000; 0000491-79.2010.8.26.0673; 0018023-94.2010.8.26.0405.

A falta de diferenciação entre participação de maior ou menor importância é indicador relevante da ausência de individualização das condutas e do automatismo decisório.

6.2.3 Fundamentação

Neste tópico, serão analisados alguns “padrões de fundamentação” da aplicação da pena utilizados pelo tribunal que são relevantes para a discussão proposta neste trabalho. Aqui, importam menos as circunstâncias de fato e mais a forma como o tribunal articula determinados conceitos e argumentos no momento da decisão sobre a pena.

6.2.3.1 Casos sem fundamentação

Alguns casos estudados não tiveram nenhuma fundamentação para decisão da pena e do regime inicial, como no acórdão a seguir (caso de subtração, por simulação de arma de fogo, de um celular no valor de R\$ 200,00, depois recuperado), em que apenas foi mantida a sentença de primeiro grau, “por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito”:

É caso, pois, da manutenção da r. sentença ora combatida, nos moldes em que lançada pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos. Via de consequência, DOU PELO NÃO PROVIMENTO do recurso ora interposto, para que subsista a r. decisão de fls. 179/183, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito.²⁵⁸

Também foram analisados casos em que apenas se reproduziu o que foi aplicado pela sentença de primeiro grau, sem avaliação expressa do tribunal sobre a adequação das escolhas em relação à quantidade de pena:

Em relação a Bruno, a pena-base foi fixada no mínimo legal, na segunda fase foi reconhecida a menoridade, contudo sem efeito prático, nos termos da súmula 231 do STJ; por fim, na terceira fase exasperou-se a reprimenda em 1/3, resultando em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. O regime intermediário se mostrou adequado.²⁵⁹

Acertada a dosagem: a pena-base foi fixada no mínimo legal e, por fim, em razão das causas de aumento, a pena foi majorada na fração de 1/3, resultando em 5

²⁵⁸ 0039084-77.2008.8.26.0050.

²⁵⁹ 0283533-58.2009.8.26.0000.

anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa. O regime prisional semiaberto mostrou-se em harmonia com a dosagem da pena.²⁶⁰

O primeiro caso é de subtração de uma caixa de Bis e um celular mediante simulação de arma de fogo, e o segundo, de subtração de R\$ 19.000,00 de um posto de gasolina, com arma de fogo.

Uma explicação para a falta de fundamentação é o fato de o tribunal, ao revisar o que foi decidido em primeiro grau, sentir-se menos obrigado a fundamentar sua decisão nos casos em que concorda com a sentença. Embora o sistema recursal determine a análise de toda matéria em apelação, parece ser razoável supor que a segunda decisão, se concordar com os fundamentos da primeira, seja mais sucinta.

Mas essa não parece ser a única explicação, já que nos casos em que a pena não foi fundamentada — como nos acórdãos anteriores — a decisão sobre a condenação, embora de acordo com a sentença de primeiro grau, foi mais bem fundamentada.

Além disso, há caso em que o tribunal reformou absolvição pelo juiz de primeiro grau — portanto, aplicou a pena pela primeira vez — e a decisão sobre a quantidade de pena não foi fundamentada, como no acórdão a seguir:

Pena base fixada no mínimo legal (art. 59, do Cód. Penal). Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Após, aumento mínimo, de 1/3, pelas qualificadoras do uso de arma e comparsaria, atingindo-se penas finais de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa. Quanto ao regime [...] ²⁶¹

A falta de fundamentação deve-se também — e principalmente — ao fato de se tratar de acórdãos em que foi aplicada a pena mínima e regime semiaberto, casos em que não é exigida qualquer motivação, já que o acusado estaria no que é considerada “a melhor situação possível”.

Como explicado anteriormente, a aplicação da pena mínima, de acordo com a jurisprudência majoritária, prescindiria de fundamentação já que não existiria “prejuízo para o réu” (DOTTI, 2010, p. 635). Nesse sentido, há um nivelamento dos casos na pena mínima, o que não necessariamente pode ser considerado benéfico ao acusado, pois, se os juízes fossem obrigados a fundamentar toda e qualquer pena, poderiam perceber que em determinado caso a pena mínima prescrita em lei é excessiva, desproporcional, injusta.

²⁶⁰ 0082211-50.2010.8.26.0000.

²⁶¹ 0034055-17.2006.8.26.0050.

6.2.3.2 “Gravidade abstrata do crime”

Além de fundamentações padronizadas, é recorrente — como se sabe — a escolha do regime de pena com base exclusivamente na gravidade do crime. Em um dos casos estudados, o regime fechado é aplicado porque sempre seria o mais adequado no caso de roubo:

Finalmente, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada. Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete. Ora, todos sabem que são, precisamente, as características da personalidade do criminoso e a natureza do delito praticado que devem ditar a espécie de reprimenda a ser aplicada e, no caso de aplicação de reprimenda carcerária, o regime inicial do cumprimento da pena. Em outras palavras, para crimes menos graves, reprimendas mais brandas, como as restritivas de direitos e as pecuniárias, cumulativamente, ou não; para crimes mais graves, reprimendas mais severas, como as carcerárias, cumulativas com as pecuniárias, ou não. E, em ambos os casos, a maior ou menor periculosidade do criminoso tem que ser levada em conta.²⁶²

Em razão da grande quantidade de recursos em que se questionava a fixação de regime fechado com base apenas na gravidade do crime de roubo, em 2010 o STJ editou a Súmula 440, estabelecendo que, nos casos em que se decidiu pela fixação da pena no mínimo legal, “é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. Se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal tiverem sido consideradas favoráveis ao acusado, tendo a pena sido aplicada no mínimo legal, apenas circunstâncias do caso concreto poderiam justificar a imposição de regime fechado.

Diante desse entendimento, é raro encontrar sentenças e acórdãos baseando-se na “gravidade abstrata” do crime de roubo. Dentre os acórdãos analisados, foi comum encontrar casos em que, embora se tenha aplicado a pena mínima, o regime fechado menciona a gravidade “concreta” ou “diferenciada” do crime.

Em três acórdãos estudados, a fixação do regime fechado baseou-se nos “contornos de gravidade diferenciada”, mas a fundamentação do regime foi idêntica para os três casos, sem qualquer especificação sobre o que tornaria cada caso “diferenciado” dos demais:

²⁶² 0043637-02.2010.8.26.0050.

Quanto ao regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime e pela fundamentação trazida na r. sentença, demonstra-se mesmo adequado o inicial fechado. Ademais, a angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, urgem seja fechado o regime prisional.²⁶³

Os fatos de cada caso são muito diferentes entre si: um teve violência física, o outro uso de faca e o outro, arma de fogo. Os bens subtraídos são distintos. Em um dos casos, o acusado confessou o crime desde o começo, alegando que estava drogado. Mas em todos os casos o regime aplicado foi o fechado, em razão dos “contornos de gravidade diferenciada do crime e pela fundamentação trazida na r. sentença”.

Em outros casos, a gravidade do crime foi extraída de elementos que compõem o tipo penal ou a causa de aumento, como nos casos a seguir, em que o regime fechado é justificado pelo uso da arma de fogo:

Finalmente, o regime fechado era mesmo de rigor, considerando que se trata de crime bastante grave, cometido mediante emprego de arma de fogo, o que denota periculosidade do agente e recomenda enérgica interferência estatal.²⁶⁴

Impostas as penas nos mínimos legais previstos para a espécie, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, possível a compensação dos maus antecedentes com a atenuante da menoridade. Mas mantém-se o acréscimo de 1/3 pela qualificadora, do que resultam 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Regime inicial fechado bem definido por se tratar de roubo praticado com emprego de arma de fogo, crime de inegável gravidade, que merece rigorosa punição.²⁶⁵

Em casos nos quais o regime fechado é justificado exclusivamente com base em elementos que constituem o próprio tipo penal, o regime nada mais é que consequência da imputação, sem que haja qualquer consideração sobre sua adequação ao caso concreto.

Casos em que é possível perceber que o tribunal aplicou o regime fechado exclusivamente por se tratar de crime de roubo com causa de aumento mostram uma prática judicial de uniformização e padronização da aplicação da pena. Aqui, é o sistema jurídico que limita sua própria atuação de individualização da pena, já que pela quantidade de pena aplicada seria possível aplicar o regime semiaberto

²⁶³ 0061129-09.2010.8.26.0114; 0002917-66.2010.8.26.0058; 000626840.2010.8.26.0028.

²⁶⁴ 0040485-96.2010.8.26.0000.

²⁶⁵ 0015624-63.2004.8.26.0127.

Mas há também casos em que os julgadores se mostraram críticos a essa prática de justificação do regime fechado com base em elementos próprios do tipo penal, como no caso a seguir:

Ou seja, a imposição de regime prisional mais gravoso exige ato decisório motivado, com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, sendo insuficiente, a tanto, a gravidade inerente ao delito (cf. Súmula 718 do C.STF). Editada, aliás, recentemente, pelo C.STJ, a Súmula 440, do seguinte teor: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. “Certo, outrossim, que os réus são primários, confessos e relativamente menores. Em tal contexto, de rigor o abrandamento do regime prisional”.²⁶⁶

Esses acórdãos mostram algumas tentativas retóricas de conferir aparência de concretude a decisões que são, na realidade, genéricas e padronizadas.

6.2.3.3 Padronização “para baixo” e o argumento da pena mínima como garantia do réu

Embora não seja possível extrair conclusões probabilísticas, o estudo realizado mostra que o tribunal cumpre função de padronização das penas aplicadas em primeiro grau, muitas vezes para melhorar a situação do acusado. Nesse aspecto, a pena mínima é usada como esse “padrão” de uniformização, sendo aplicada nos casos em que o tribunal considera que a sentença fundamentou mal a aplicação acima do mínimo.

Um exemplo são os casos em que o TJSP reduziu o patamar de aumento de 3/8 para 1/3. Nesses casos, a sentença de primeiro grau havia aplicado aumento de 3/8 em razão da existência de duas causas de aumento, como consequência de raciocínio matemático exposto no capítulo 2. Como o artigo 157, § 2º, do Código Penal elenca cinco causas de aumento, a presença de uma causa de aumento justificaria o aumento em 1/3 (aumento mínimo) e a presença de cinco, o aumento máximo. No caso de duas, três ou quatro circunstâncias, o aumento seria, respectivamente, de 3/8, 5/12 e 11/24.

A grande quantidade de casos julgados pelo STJ em que os Tribunais de Justiça aplicaram aumento de 3/8 com base apenas no número de causas de aumento deu origem à Súmula 443 referida no item 6.1.2 deste capítulo: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

²⁶⁶ 3000980-33.2010.8.26.0037.

Em muitos dos casos estudados, a justificativa exclusiva para a aplicação de aumento de 1/3 foi a Súmula 443, conforme mostram os trechos a seguir:

As penas base foram corretamente fixadas em seus patamares mínimos; porém, a majoração pela forma qualificada do crime deve ser de 1/3, a teor da Súmula 443 do STJ; fixando as penas, portanto, em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 diárias.²⁶⁷

As penas foram fixadas no piso legal, não podendo ser reduzidas abaixo disso, consoante o disposto na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça; mas, em seguida, foram aumentadas não de 1/3, mas sim de 3/8 diante tão só do reconhecimento de duas qualificadoras, a gerar o regime inicial fechado, o que não pode persistir, data vénia, face à incidência de duas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça: as de nº 440 e 443.²⁶⁸

As penas do réu César foram fixadas com critério e moderação, situando-se no piso mínimo para a espécie. Todavia, o aumento de dois quintos pela duplicidade de qualificadoras não pode prevalecer. Esta câmara tem entendimento firmado no sentido de que só é admissível o acréscimo maior que o mínimo previsto quando as circunstâncias qualificativas se revistam de caráter especial a justificar maior rigor na punição, como no caso do emprego de armas de grosso calibre ou alto poder vulnerante e/ou número excessivo de agentes, pois não é o critério meramente quantitativo, mas as circunstâncias concretas que implicam no maior grau de reprovabilidade da conduta, tanto que a depender da situação específica, - imposição de grave sofrimento moral à vítima que tem restringida a sua liberdade, por exemplo -, a incidência de apenas uma qualificadora pode ensejar acréscimo maior que o mínimo em razão da maior censurabilidade da conduta. Nessa trilha tem decidido o colendo Supremo Tribunal Federal, assinalando que “A jurisprudência deste Tribunal não acolhe critérios como o adotado, de se estabelecer uma tabela, optando por dar ênfase à efetiva fundamentação, da causa especial de aumento de pena, dentro dos limites previstos, com base em dados concretos. Precedentes” (RTJ 179/659; no mesmo sentido decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça em RT 696/434). A propósito do tema, a matéria se encontra atualmente sedimentada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça na recente súmula nº 443 que dispõe: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”. Diante disso e à vista das circunstâncias do caso vertente, nada justifica um aumento maior do que o mínimo previsto de um terço, daí por que as penas desse réu devem retroagir a cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa, no menor valor unitário.²⁶⁹

²⁶⁷ 0061129-09.2010.8.26.0114; 0032016-08.2010.8.26.0050.

²⁶⁸ 9114140-79.2009.8.26.0000.

²⁶⁹ 0006048-41.2009.8.26.0072. No mesmo sentido: 0000491-79.2010.8.26.0673; 0008713-47.2010.8.26.0637.

O que parece mais interessante nos casos em que o TJSP diminui a pena com fundamento na Súmula 443 é que o entendimento, por enquanto, parece não ter favorecido a fundamentação, mas somente a diminuição da pena para o mínimo, sem consideração das circunstâncias concretas.

Em casos como esses — e em outros em que o tribunal reduz a pena para o mínimo por falta de fundamentação — seria possível pensar na pena mínima como benéfica para o acusado. Alguns argumentam, com base nisso, que se não houvesse penas mínimas os juízes aplicariam penas ainda mais altas. Ou então que os juízes tenderiam a condenar em casos que hoje absolvem por entender que a pena mínima é injustamente grave para o fato. Este trabalho não tem como verificar empiricamente essas hipóteses, mas não há nada de concreto que indique que o aumento da discricionariedade do juiz, com a retirada do limite mínimo faria com que juízes passassem a aplicar penas mais severas.

O fato de juízes aplicarem a pena no mínimo para se eximirem de justificação ou porque simplesmente consideram que a decisão não é deles — e sim do legislador — não indica que as penas seriam maiores, apenas mostra que existe um incentivo para juízes e tribunais aplicarem a pena em patamar em que não se exige motivação. Se toda pena ou aumento exigisse fundamentação, é possível inferir que os juízes tenderiam a não aplicar pena nenhuma se não quisessem ou não pudessem fundamentá-la concretamente.

6.2.3.4 Pena diferente apenas em razão da reincidência

A única circunstância que ensejou penas distintas para dois acusados em um mesmo processo, nos casos estudados, foi a reincidência²⁷⁰.

As circunstâncias de menoridade e confissão, embora tenham sido diferentes para cada acusado em muitos dos casos estudados, não ensejaram redução da pena em razão da Súmula 231, do STJ, discutida no capítulo 2. A atuação distinta dos acusados nos fatos também não foi utilizada pelo tribunal para fundamentação da pena, como discutido no item 6.2.2 deste capítulo (“questões de fato”).

Assim, o único critério de distinção entre dois acusados num mesmo processo e que realmente impactou na decisão sobre a pena ou sobre o regime foi a reincidência.

²⁷⁰ 0011350-35.2008.8.26.0606; 0294994-27.2009.8.26.0000; 0283533-58.2009.8.26.0000; 0000491-79.2010.8.26.0673; 0018023-94.2010.8.26.0405.

A constatação reforça o diagnóstico de muitos autores sobre o tratamento exagerado, senão inconstitucional, que a reincidência recebe em nosso sistema: dentre as dezenas de consequências previstas em lei para a reincidência, é possível a aplicação sucessiva em um caso concreto de oito consequências cumuladas: prisão preventiva sem possibilidade de liberdade provisória, aumento da pena, impossibilidade de concessão de *sursis*, condenação, quando a reincidência for em crime doloso, à pena privativa de liberdade e necessariamente em regime fechado e aumento do prazo para o livramento condicional. Em alguns crimes, ainda, há mais consequências gravosas derivadas da reincidência: em furto ou estelionato, por exemplo, impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena e, se a reincidência for especificamente em crime hediondo, impede o livramento condicional. Ainda, de maneira implícita, o conceito de reincidência surge para impedir o acesso a benefícios — por exemplo, a transação penal (ver art. 76, § 4º, da Lei 9.099/1995).

6.2.3.5 Relação entre as justificativas para fixação da pena-base em relação à escolha do regime inicial de cumprimento de pena

Como as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP são critério tanto para a decisão sobre a pena-base quanto para a escolha do regime inicial de cumprimento da pena, muitos autores entendem que, se a pena foi aplicada no mínimo em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, não se justifica a aplicação do regime fechado (cf. GOMES; MOLINA, 2009, p. 540). Há também precedentes do STJ nesse sentido: “sendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP favoráveis ao réu, tanto que determinantes da fixação do quantum da pena no mínimo legal, devem ser consideradas positivamente também no momento de escolha do regime prisional inicial”²⁷¹.

Mas, na prática, o regime fechado é imposto na maioria das condenações em que é aplicada a pena mínima. De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em 2000, o regime fechado foi imposto em 72,19% das condenações por roubo com causa de aumento em segundo grau em que foi aplicada a pena mínima (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO

²⁷¹ Cf. STJ, Recurso Especial 661.734, Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 07.04.2005; Recurso Especial 198.299. Rel. Gilson Dipp, j. 05.10.1999.

DE DEFESA, 2005, p. 30). Para os organizadores da pesquisa, essa solução não teria embasamento legal, já que não se poderia impor regime fechado sem que houvesse condições para elevar a pena-base acima do mínimo previsto em lei (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2005, p. 59).

A análise dos acórdãos mostrou que, nesses casos, a decisão sobre o regime considera os fatos sobre o caso concreto, enquanto a decisão sobre a pena-base, aplicada no mínimo, não é justificada:

As penas foram dosadas com critério, bem dosada, também, a fração referente à causa de aumento de pena, não merecendo qualquer reparo. Por fim, o regime prisional eleito é o adequado. Em casos de roubo qualificado, deve ser fixado regime inicial mais severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente. No caso, não se perca de vista, o apelante agiu, fazendo uso de arma branca, não se preocupando com as consequências do ato. Praticou delito grave, que traz desassossego à sociedade, o que autoriza o encarceramento mais severo na fase inicial do cumprimento da pena corporal.²⁷²

As penas não comportam qualquer alteração, anotando-se que a fração utilizada para acréscimo pela dupla qualificadora ficou estabelecida no mínimo. Releva acrescentar que a primariedade e menoridade não podem reduzir as penas aquém do mínimo legal, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial dominantes. Para o início do cumprimento da pena corporal foi fixado o regime fechado, único cabível à gravidade do crime de roubo, e também pelas circunstâncias do caso em análise, onde a dupla tentou fugir em veículo automotor imprimindo alta velocidade em vias públicas, além da troca de tiros durante a abordagem policial, a denotar a personalidade violenta e incompatível com regime mais brando.²⁷³

A pena não comporta reparo. A base foi fixada no mínimo e majorada em 1/3 (mínimo) pela qualificadora. O regime fechado é adequado. Esta C. Câmara tem imposto, em casos de roubo qualificado, mesmo tentado, regime inicial mais severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente. No caso, não se perca de vista que o agente se associou a um menor para roubar um cidadão de bem com emprego de grave ameaça com arma de fogo, ainda que de brinquedo (que não se sabia de brinquedo), levando terror à vítima. Praticou, pois, delito grave, que traz desassossego à sociedade, o que autoriza o encarceramento mais severo na fase inicial do cumprimento da pena corporal, pouco importando sua primariedade, circunstância que não o torna menos perigoso.²⁷⁴

Isso não significa, no entanto, que as justificativas para o regime fechado sejam “individualizadas”. Em muitos casos, baseiam-se em circunstâncias já consideradas na imputação (uso de arma, grave ameaça), ou seja, que estão presentes em todos os casos de

²⁷² 0005136-13.2010.8.26.0071.

²⁷³ 0005199-95.2010.8.26.0052.

²⁷⁴ 0046060-32.2010.8.26.0050.

condenação por roubo com causa de aumento. A leitura dos acórdãos mostra que, mesmo nos casos em que circunstâncias do caso concreto são mencionadas (troca de tiros, velocidade alta), pouco é explicado sobre o porquê da adequação do regime ao caso concreto. Ou seja, a mera menção às circunstâncias é diferente de efetivamente relacioná-las ao regime, indicando por que determinado regime seria mais adequado. Nesses casos, a “personalidade voltada para o crime” ou a “periculosidade” parecem ser o elo entre os fatos concretos e a necessidade de regime fechado:

Para o início do cumprimento da pena corporal foi fixado o regime fechado, único cabível à gravidade do crime de roubo, e também pelas circunstâncias do caso em análise, onde a dupla tentou fugir em veículo automotor imprimindo alta velocidade em vias públicas, além da troca de tiros durante a abordagem policial, a denotar a personalidade violenta e incompatível com regime mais brando.²⁷⁵

Em casos como esses, determinados fatos (como alta velocidade e troca de tiros) indicariam “personalidade” que teria como regime mais adequado o fechado.

Em outros casos, mencionam-se os fatos concretos e, sem maiores explicações, a adequação do regime fechado a esses fatos:

Pois bem, in casu, o regime fechado é o mais apropriado, tendo em vista as circunstâncias do caso: um policial à paisana estava no local dos fatos e, ao ter dado ordem de prisão, dois indivíduos armados atiraram contra ele, que revidou, atingindo a perna do réu. Ademais, mesmo não sendo o apelante o autor do disparo contra o policial, tal conclusão se pauta pela reprovabilidade de sua conduta e pela imposição de risco à vida das vítimas.²⁷⁶

Em um caso analisado, o regime fechado foi escolhido porque os acusados praticaram roubo com arma muniada (circunstâncias consideradas na imputação) e porque “não deram mostra de sincero arrependimento”. Esses fatores demonstrariam periculosidade e personalidade que exigiriam regime inicial fechado²⁷⁷. Ao aplicar a pena, os julgadores explicitaram que a jurisprudência entende que “a concessão da pena mínima não obsta a fixação do regime fechado, assim como a sanção estabelecida acima do piso não necessariamente impede a opção pelo regime mais brando” e que o artigo 33 do

²⁷⁵ 0005199-95.2010.8.26.0052.

²⁷⁶ 0006418-82.2007.8.26.0268.

²⁷⁷ “No caso sub examine, inexistente prova de que o sentenciante se afastasse de critérios razoáveis e desconsiderasse, para estabelecer o regime inicial fechado, a gravidade concreta do ilícito, consoante o autorizam julgados do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (JTACRIM 27/189 e 34/322). Ao contrário, considerou a periculosidade dos réus (que praticaram roubo em local público e valeram-se de arma de fogo muniada) e a personalidade dos acusados (que não deram mostra de sincero arrependimento, que pressupõe o reconhecimento do erro)”.

Código Penal, alíneas *b* e *c*, não usa o verbo “dever” e que a “opção pelo verbo poder tem o significado de caber ao magistrado a análise de cada caso específico para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena”²⁷⁸.

Nos casos estudados, no entanto, há um grupo de acórdãos (todos relatados pelo desembargador Guilherme Souza Nucci) em que é possível perceber uma preocupação com a “harmonia” entre a pena aplicada (no mínimo) e o regime. Nesses casos, entendeu-se que, se a pena foi aplicada no mínimo em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, não se justifica a aplicação do regime fechado, que também deve se fundamentar nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal:

[...] atingindo o montante de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Consequência lógica, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis e não sendo o réu reincidente, fixa-se o regime semiaberto para cumprimento de pena, em perfeita harmonia com o restante da dosagem da pena.²⁷⁹

Assim, a pena-base foi fixada no mínimo legal e, ausentes agravantes e atenuante, exaspero as reprimendas em um terço, tornando-as definitivas em 5 anos e 4 meses e 13 dias-multa, no piso legal. Urge a reforma do regime prisional, impondo-se o semiaberto, tendo em vista serem as circunstâncias judiciais favoráveis e pesar em desfavor do apelante reprimenda superior a 4 anos.²⁸⁰

[...] mantenho a decisão do juízo a quo na fração de 1/3, totalizando em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Consequência lógica, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis e não sendo os réus reincidentes, fixa-se o regime semiaberto para inicial cumprimento de pena, em perfeita harmonia com o restante da dosimetria da pena.²⁸¹

Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira fase, mantenho o aumento de um terço, tornando as reprimendas definitivas em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no piso legal. Tratando-se de condenado primário e, considerando o quantum da pena aplicada e as circunstâncias judiciais, forçosa a imposição de regime intermediário para início de cumprimento da pena.²⁸²

²⁷⁸ 0013202-98.2010.8.26.0000.

²⁷⁹ 9188933-86.2009.8.26.0000.

²⁸⁰ 0011350-35.2008.8.26.0606.

²⁸¹ 0031767-38.2008.8.26.0564.

²⁸² 0294994-27.2009.8.26.0000. Em um dos casos relatados pelo desembargador Guilherme Nucci em que seu voto foi pela aplicação do regime inicial semiaberto para “assegurar um sistema coeso, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis, na primeira fase da dosimetria”, o voto dissidente foi pela manutenção do regime fechado porque “o meliante ameaçou a vítima com uma arma de fogo, demonstrando, assim, certo grau de periculosidade em sua conduta”. Em seu voto, argumentou que “o legislador, ao criar o parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal, deixou ao Juiz espaço, para dentro da realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria” (0051751-95.2008.8.26.0050).

Além de mostrar a influência de determinada interpretação jurisprudencial no caso concreto, esse grupo de acórdãos é interessante porque, nesses casos, a exigência de coerência não levou a um aumento da quantidade de pena aplicada, e sim ao abrandamento do regime. Optou-se pela consequência de menor exigência de fundamentação (pena mínima + regime semiaberto). Esses casos mostram que o argumento de que a retirada da pena mínima iria aumentar as penas aplicadas nem sempre é verdadeiro, já que, ao extinguir as penas mínimas e exigir fundamentação para qualquer pena de prisão, a consequência pode ser o abrandamento das penas ou aplicação de sanções alternativas.

6.2.3.6 Periculosidade

Em alguns casos, a periculosidade apareceu como justificativa genérica para imposição de regime fechado em todas as condenações por roubo com causa de aumento. Nesses casos, o argumento usado pelo tribunal foi o de que a prática de roubo com causa de aumento demonstraria “periculosidade”, que demandaria a aplicação de regime fechado:

Em casos de roubo qualificado, deve ser fixado regime inicial mais severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente.²⁸³

Esta C. Câmara tem imposto, em casos de roubo qualificado, mesmo tentado, regime inicial mais severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente.²⁸⁴

O regime prisional inicial fechado revela-se pertinente, em face da gravidade do crime, que tanto intranquiliza a sociedade e da periculosidade concreta de quem o pratica, exigindo resposta enérgica, com a qual não é compatível solução mais branda.²⁸⁵

Em outros casos, o tribunal elenca fatos do caso concreto já considerados para condenação por roubo ou aplicação das causas de aumento, para então argumentar que os fatos demonstrariam maior periculosidade dos acusados, demandando aplicação de regime fechado:

O regime inicial de cumprimento da pena, entretanto, deveria ter sido o fechado, o que justifica o acolhimento da pretensão ministerial. Com efeito, a despeito da primariedade dos acusados, o regime fechado era de rigor, já que se trata de

²⁸³ 0005136-13.2010.8.26.0071.

²⁸⁴ 0046060-32.2010.8.26.0050.

²⁸⁵ 0016563-78.2008.8.26.0361.

crime bastante grave, cometido mediante emprego de arma, em concurso de agentes e onde houve privação da liberdade do ofendido, o que denota periculosidade e recomenda enérgica interferência estatal.²⁸⁶

Finalmente, o regime fechado era mesmo de rigor, considerando que se trata de crime bastante grave, cometido mediante emprego de arma de fogo, o que denota periculosidade do agente e recomenda enérgica interferência estatal.²⁸⁷

Por fim, em relação ao regime aplicado, e devidamente justificado, para a expiação das carcerárias, tem-se como correto o inicial fechado, haja vista tratar-se de infração cometida com violência e grave ameaça à pessoa exercida com arma de fogo, e que contou com auxílio de terceiro indivíduo, que se evadiu, tudo a demonstrar a grande periculosidade dos apelantes.²⁸⁸

Nesses casos, não é possível saber se o argumento é que roubo com causa de aumento, por si só, demonstraria periculosidade (e o tribunal apenas elencou os fatos que ensejaram a aplicação das causas de aumento) ou que determinadas causas de aumento — ou a combinação de causas de aumento (em um dos casos, emprego de arma, em concurso de agentes, e privação da liberdade do ofendido) — exigiriam a aplicação de regime fechado, em razão da periculosidade do agente.

De qualquer forma, diferentemente da forma como concebida no decorrer do século XIX — como justificação para o tratamento e o ajustamento moral de indivíduos, num momento em que o indivíduo era considerado “ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos” (FOUCAULT, 2000, p. 85) —, a periculosidade aqui é apropriada pela prática jurídica para justificar o isolamento de um grupo indiscriminado de indivíduos: todos aqueles que cometem o crime de roubo. Não se diz, mais, que o regime fechado se justificaria para “curar” o acusado que demonstrar a necessidade de tratamento; a periculosidade aqui parece assumir função estratégica de segregação e incapacitação, para justificar o regime fechado em todos os casos de roubo.

Não se trata, portanto, de periculosidade individualmente constatada, e sim de uma espécie de “periculosidade presumida” daqueles que praticam o crime de roubo, usada de forma instrumental para relacionar o caso concreto à necessidade de prisão.

Mas isso não é feito à margem da lei. Apesar do mérito da reforma penal de 1984, que retirou da parte geral a referência à periculosidade, Miguel Reale Júnior (2004b, p. 2-3) menciona pelo menos três ocasiões em que o conceito foi reintroduzido no sistema criminal “pela porta de trás”: artigo 83, parágrafo único, do Código Penal (livramento

²⁸⁶ 003276-32.2008.8.26.0140.

²⁸⁷ 0040485-96.2010.8.26.0000.

²⁸⁸ 0015576-31.2009.8.26.0224.

condicional subordinado à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir); artigo 44, § 3º, introduzido pela Lei 9.714/1998 (substituição da pena no caso de reincidentes quando for “socialmente recomendável”); e Lei 10.792/2003 (que criou o regime disciplinar diferenciado e determinou a manutenção de estabelecimentos prisionais de segurança máxima para condenados de “alta periculosidade”). Além disso, como mostram Marta Machado e José Rodrigo Rodriguez (2005, p. 82-84), embora um dos maiores méritos da reforma de 1984 tenha sido “sua disposição em fundar a atuação do sistema penal brasileiro no critério da culpabilidade”, a proliferação dos tipos de perigo abstrato e o consequente afastamento dos critérios concretos de lesão ou ameaça ao bem jurídico fizeram com que a tutela penal “regredisse da verificação do resultado à simples prática da ação descrita no tipo”, não sendo irrazoável afirmar que estamos a poucos passos de um direito penal voltado contra certo grupo de pessoas, consideradas “perigosas”. Assim, tanto no âmbito da dogmática quanto no da política criminal, as discussões parecem caminhar “no sentido da prevenção e da subalternização do fato e do resultado dentre os pressupostos de atuação do sistema penal, tateando a todo momento os limites em relação ao Direito Penal do autor”²⁸⁹.

Isso não significa que o uso da periculosidade seja isento de crítica e não deva ser questionado. A questão é explicitar a forma como é manejado pelos juízes para justificar a necessidade de aplicação de regime inicial fechado.

6.2.3.7 Teorias da pena

Grande parte dos acórdãos analisados não justificou a aplicação da pena ou a imposição de regime com base nas teorias da pena. Nos casos em que foram mencionadas as finalidades de retribuição e prevenção (previstas no art. 59), apenas foi indicado que o regime fechado seria “necessário”, “suficiente” para atingir essas finalidades, como no caso a seguir:

Para o início do cumprimento das penas corporais foi fixado o regime fechado, que fica mantido por ser o único adequado à gravidade do crime praticado, em que houve o emprego de violência real contra a vítima, como, aliás, bem anotado na r. sentença recorrida. Ressalto que, diante dos artigos 33, § 3º, e 59, caput e

²⁸⁹ Consoante entendimento mais atual, bem resumido por Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 107), o direito penal é “do fato”, não “do autor”, e “jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana”. A penalização do homem pelo que é necessariamente viola “sua esfera de autodeterminação”.

inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime praticado.²⁹⁰

Não há, no entanto, nenhuma indicação da razão pela qual determinada pena ou o regime fechado seriam necessários para prevenção ou retribuição. Ao que parece, o tribunal entende roubo como grave e, portanto, “merecedor” de regime fechado por retribuição e supõe que o fato de pessoas ficarem presas em regime fechado por roubo teria efeito dissuasório sobre os demais.

Mas, embora não haja referência expressa às funções da pena, a leitura dos acórdãos revela referências às ideias de retribuição, prevenção geral e especial (incapacitação):

angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, urgem seja fechado o regime prisional.²⁹¹

Praticou delito grave, que traz desassossego à sociedade, o que autoriza o encarceramento mais severo na fase inicial do cumprimento da pena corporal.²⁹²

Regime inicial fechado bem definido por se tratar de roubo praticado com emprego de arma de fogo, crime de inegável gravidade, que merece rigorosa punição.²⁹³

Finalmente, a concreta gravidade do crime roubo de veículo automotor contra vítima solitária, praticado por dois agentes, simulando o porte de arma de fogo -, reveladora da periculosidade dos apelantes, impõe o fechado como o único regime inicial cabível à espécie. Confirma-se, a propósito do regime, o ensinamento jurisprudencial: “REGIME PRISIONAL - Periculosidade do agente - Concessão de regime aberto ou semiaberto - Inadmissibilidade. - A concessão do regime aberto ou semiaberto, nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equivale a uma autêntica impunidade e num incentivo injustificável para a prática de outras infrações”.²⁹⁴

Quem expõe as vítimas a tão tremenda humilhação, deixando aqueles seres humanos, gente de bem vítimas também desta sanha criminoso de violência que assola nossa terra e assusta a todos nós - elevadas à condição de um nada, sofrendo, com isto, toda sorte de humilhação possível, decerto em pânico e terror intenso e gigantesco, durante a abordagem criminoso, sem saber a que estaria destinada sua vida e sua sorte, como conseqüência do evento, subjugada que estava totalmente aos impiedosos e inconseqüentes algozes, não tem, como se disse, o mínimo respeito pelo próximo. Merece tratamento severo, eficaz,

²⁹⁰ 0086903-73.2009.8.26.0050. Da mesma forma, 0028319-02.2005.8.26.0196.

²⁹¹ 0002917-66.2010.8.26.0058.

²⁹² 0005136-13.2010.8.26.0071.

²⁹³ 0015624-63.2004.8.26.0127.

²⁹⁴ 0034055-17.2006.8.26.0050.

responsável e compatível a seu ato indigno e de violência, compatível, mais, como resposta, ao que a sociedade assustada reclama e conclama a quatro ventos pelo país afora, especialmente do Poder Judiciário, jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que assola nossa terra e assusta todos nós, sabido que o semiaberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui. Daí porque o regime fechado inicial é mais do que aqui indicado.²⁹⁵

A ideia de prevenção como ressocialização, que inspirou a reforma de 1984 na execução penal (Lei 7.210/1984)²⁹⁶ não foi utilizada como fundamento da pena em nenhum caso, o que parece corroborar o diagnóstico de descrença na possibilidade de reinserção social por meio da prisão, embora a amostra não permita confirmação nesse ponto. Embora os julgadores tenham falado expressamente em “ressocialização” em um acórdão, o sentido parece se aproximar mais das ideias de incapacitação e neutralização:

Então, se o agente criminoso cometeu grave delito patrimonial, mediante violência, situação que continua a causar alarme e instabilidade social, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais brando. Nos delitos de, digamos, média gravidade, o criminoso, sabidamente, pode iniciar o desconto da pena carcerária no regime semiaberto. É este, teoricamente, o caminho da desejada ressocialização do criminoso, que, modernamente, é tida como finalidade da pena, embora esta não tenha perdido o caráter retributivo, nem o sentido de prevenção - geral e especial - do crime.²⁹⁷

6.2.3.8 Condenação mais fundamentada que pena

Na motivação das decisões — e provavelmente durante o debate contraditório, já que ambos são reflexos — a análise e a argumentação sobre a atribuição de culpa são muito mais profundas do que a análise sobre a aplicação da pena. Por vezes, decide-se a quantidade e a espécie de pena em um só parágrafo, depois de longas páginas sobre a imputação. Apenas como exemplo, os acórdãos estudados tiveram em média quatro parágrafos de decisão sobre a pena, em uma média de sete páginas por acórdão.

Essa desproporção não é meramente quantitativa: a decisão sobre a pena parece uma questão periférica, quase incidental ou protocolar, porque já definida pelo legislador.

²⁹⁵ 0034055-17.2006.8.26.0050.

²⁹⁶ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

²⁹⁷ 0043637-02.2010.8.26.0050.

Uma vez decidida a condenação, a pena é somente uma decorrência burocrática daquela primeira decisão.

No caso a seguir, justifica-se a consumação do crime (“pois os roubadores tiveram, ainda que por pouco tempo, a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos, sendo localizados e detidos somente após diligências bem sucedidas”) e o concurso de agentes (“esta causa especial de aumento de pena restou muito bem caracterizada pela prova produzida, que evidenciou a unidade de desígnios e a divisão de tarefas entre os acusados, salientando-se que ambos estavam juntos quando da abordagem e, juntos, puseram-se em fuga”), mas a decisão sobre quantidade de pena não teve nenhuma motivação (“as penas-base foram fixadas nos patamares mínimos e corretamente acrescidas de 1/3 pelo concurso de agentes”):

As penas-base foram fixadas nos patamares mínimos e corretamente acrescidas de 1/3 pelo concurso de agentes. Observo que, no presente caso, esta causa especial de aumento de pena restou muito bem caracterizada pela prova produzida, que evidenciou a unidade de desígnios e a divisão de tarefas entre os acusados, salientando-se que ambos estavam juntos quando da abordagem e, juntos, puseram-se em fuga. Impossível, destarte, o pretendido afastamento da qualificadora. Correto, igualmente, o reconhecimento da consumação do delito, pois os roubadores tiveram, ainda que por pouco tempo, a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos, sendo localizados e detidos somente após diligências bem sucedidas. Para o início do cumprimento das penas corporais foi fixado o regime fechado, que fica mantido por ser o único adequado à gravidade do crime praticado, em que houve o emprego de violência real contra a vítima, como, aliás, bem anotado na r. sentença recorrida. Ressalto que, diante dos artigos 33, § 3º, e 59, caput e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime praticado.²⁹⁸

Além do entendimento jurisprudencial de que a pena aplicada em seus patamares mínimos não precisa ser motivada, a falta de um processo que permita a discussão sobre os elementos que serão considerados para a decisão sobre a pena parece explicar a maior complexidade da análise e da argumentação sobre a atribuição de culpa em relação à aplicação da pena.

6.2.3.9 Fundamentação com base apenas em categorias expressamente elencadas no Código Penal

²⁹⁸ 0086903-73.2009.8.26.0050.

Nos casos estudados, circunstâncias não expressamente elencadas no Código Penal não foram utilizadas para a decisão sobre a pena. Em um dos casos, o fato de os acusados terem praticado roubo de duas pizzas e R\$ 140,00 porque precisavam de dinheiro para comprar drogas não foi mencionado na decisão da pena, tendo sido mantido o regime inicial fechado:

Cabe pequeno reparo à pena. O magistrado singular compensou a reincidência com a confissão no caso de José Carlos, o que também deve ser feito na dosimetria de Rilson, também réu confesso, restando como definitiva para esse acusado a mesma pena imputada a José Carlos: 5 anos, 4 meses e 15 dias-multa. O regime de cumprimento inicial [fechado] é o adequado à reafirmação do direito violado. Portanto, somente para a redução da pena do acusado Rilson, acolhe-se o apelo.²⁹⁹

Não tendo sido os acusados considerados inimputáveis, o fato de serem dependentes não foi considerado pelos julgadores nem para imposição de outro regime, expressamente permitido pelo Código Penal. Não há ponderação sobre a adequação da prisão para dependentes.

Outras informações sobre as circunstâncias de fato que motivaram os crimes ou sobre as condições que poderiam auxiliar o juiz na aplicação da pena não apareceram nos acórdãos. Nos casos em que foi mencionada alguma testemunha de defesa, os julgadores limitaram-se a afirmar, na parte sobre a formação de culpa, que “a testemunha arrolada pela defesa nada esclareceu sobre os fatos”³⁰⁰. Mas na decisão sobre a pena esses depoimentos não foram retomados e as informações sobre o acusado, as circunstâncias do crime e outros fatos que poderiam auxiliar a aplicação da pena tiveram pouca força argumentativa.

6.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

A leitura dos acórdãos revelou casos muito distintos sob a mesma quantidade de pena e sob o mesmo regime inicial. Dois acusados que pediram duas pizzas por telefone e, quando o entregador chegou, subtraíram as pizzas e R\$ 140,00 com ameaça de faca e confessaram o crime, afirmando que eram dependentes químicos e precisavam de dinheiro para comprar mais droga, receberam a pena de 5 anos e 4 meses, em regime inicial fechado. Pena idêntica à de acusados que, com armas de fogo, invadiram residência e

²⁹⁹ 0015819-74.2009.8.26.0482.

³⁰⁰ Por exemplo, 0006048-41.2009.8.26.0072.

exigiram que a vítima entrasse em seu veículo e dirigisse, com eles, até outro município. Ao final, a vítima foi amarrada, amordaçada, encapuzada e abandonada num canavial.

Foram também estudados casos distintos que, além de terem como consequência a mesma pena e o mesmo regime, tiveram fundamentação idêntica. Um dos casos diz respeito a indivíduo que, sozinho e com uma faca, subtraiu um aparelho de celular de uma vítima na rua. Confessou o crime na polícia e em juízo, sempre alegando que era dependente químico e estava “drogado” quando cometeu o crime. No outro caso, que teve fundamentação idêntica, dois indivíduos armados abordaram a vítima no momento em que ela estava fechando seu bar e anunciaram o assalto. As apelações foram julgadas no mesmo dia e tiveram o mesmo desembargador como relator do caso.

A análise isolada de algumas questões de fato que em geral são relevantes para aplicação da pena (confissão, uso de arma, etc.) também revelou fatos muito distintos sob a pena de 5 anos e 4 meses de prisão. Há casos de violência física, de ameaça de morte com uso de arma, caso em que a vítima foi ameaçada com “palavras”, mas sem uso de arma ou violência física. Casos em que o acusado confessou todos os aspectos do crime, na polícia e em juízo, e a confissão foi a principal prova para a condenação. Casos em que os acusados usaram várias armas de fogo, caso em que o acusado encostou faca no corpo de vítima e outro em que apenas “retirou objeto da cintura, aparentando ser uma faca”. Há caso em que foram subtraídos R\$ 18,00 e caso em que foram levados um carro, um *notebook*, duas filmadoras, quatro celulares e roupas, de uma vez. Casos em que os bens foram recuperados imediatamente após o roubo. Casos em que os acusados foram identificados meses após o roubo e outros em que foram perseguidos e logo depois capturados.

Mesmo em casos em que foi possível “isolar” alguns fatores que poderiam servir como distinção (sendo que as demais circunstâncias foram descritas como iguais), essas diferenças não ensejaram penas distintas. Há caso em que um dos acusados não estava presente no momento de abordagem da vítima com grave ameaça, mas mesmo assim teve pena idêntica à dos demais acusados. Além disso, há caso em que duas pessoas participaram do mesmo crime, sem nenhuma distinção no acórdão, com exceção do fato de uma ter confessado e outra não. A confissão não teve efeito na pena em razão da Súmula 231 do STJ. A falta de diferenciação entre participação de maior ou menor importância parece refletir-se na ausência de individualização das condutas.

Usando como critério de distinção circunstâncias que o próprio Código Penal considera relevantes para definição do tipo penal e decisão sobre a pena (arma, confissão, concurso de pessoas, reparação do dano...), há inúmeras situações em que casos distintos tiveram como consequência a mesma quantidade de pena.

Os acórdãos também mostraram a falta de informações sobre o caso concreto, tanto sobre elementos necessários para a configuração do crime (grave ameaça, por exemplo), causas de aumento (arma, concurso de pessoas), agravantes e atenuantes (confissão) quanto de elementos que poderiam ser considerados como relevantes para aferição da culpabilidade e decisão sobre o regime inicial de cumprimento. Algumas circunstâncias, como impacto do crime na vítima ou eventual dificuldade financeira ou dependência química do acusado, não apareceram nos casos estudados. Em alguns casos, para eximir-se de fundamentação, a turma julgadora utilizou-se do artigo 225 do regimento do TJSP, que dispõe que, nos casos de manutenção da sentença de primeiro grau, “o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida [...] se suficientemente motivada”³⁰¹.

A decisão sobre o regime inicial de cumprimento de pena mencionou e considerou mais as questões de fato do que a decisão sobre a quantidade de pena. Mas também em relação à decisão sobre o regime, apareceram casos em que fatos semelhantes foram usados como argumento para consequências distintas.

Assim como a falta de informações sobre o fato, a análise da fundamentação das decisões sobre a pena auxilia a explicar como casos tão distintos podem ter como consequência a mesma pena: os fundamentos para aplicação da pena são praticamente todos genéricos e aplicam-se a diferentes situações. A análise dos acórdãos revelou casos sem nenhuma fundamentação — por exemplo, a manutenção de uma sentença “por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito” — e casos em que foi aplicado regime fechado exclusivamente em razão da “gravidade abstrata do crime” ou então em razão de elementos que integram o próprio tipo penal. O argumento da “periculosidade” apareceu em muitos casos como justificativa genérica para imposição de regime fechado em todas as condenações por roubo com causa de aumento. Nos poucos casos em que as finalidades da pena foram expressamente mencionadas, apenas foi indicado que o regime fechado seria “necessário”, “suficiente” para atingir essas finalidades, sem maiores explicações. Além disso, informações sobre as circunstâncias de fato que motivaram os

³⁰¹ 0219614-95.2009.8.26.0000; 0005136-13.2010.8.26.0071.

crimes ou sobre as condições que poderiam auxiliar o juiz na aplicação da pena sequer apareceram nos acórdãos: não tendo sido os acusados considerados inimputáveis, o fato de estes serem, por exemplo, dependentes não foi considerado pelos julgadores nem para imposição de outro regime, expressamente permitido pelo Código Penal.

Mesmo em casos em que se fala em “gravidade diferenciada”, a expressão parece não passar de recurso retórico: foi apenas mencionada, sem dar lugar à individualização. Em três acórdãos estudados, a fixação do regime fechado baseou-se nos “contornos de gravidade diferenciada”, mas a fundamentação do regime foi idêntica para os três casos, sem nenhuma especificação sobre o que tornaria cada caso “diferenciado” dos demais, sendo que os fatos de cada caso são distintos entre si, embora classificados como roubo: um teve violência física, o outro, uso de faca e o outro, de arma de fogo. Os bens subtraídos eram distintos. Em um dos casos, o acusado confessou o crime desde o começo, alegando que estava drogado.

A igualdade presente nos casos e refletida na pena é o fato de todos os casos tratarem de roubo com causa de aumento (art. 157, § 2º, do Código Penal). Considerando exclusivamente esse critério (tipo penal imputado), casos iguais foram tratados de forma igual. Os fatos considerados para a decisão de condenação (houve ou não grave ameaça? Foi constatado o uso de arma?) foram considerados na decisão sobre a pena de forma muito superficial e apenas em alguns casos estudados.

O que parece é que o caso concreto tem relevância até o momento em que é definida a condenação e a presença de causas de aumento ou diminuição. A partir disso, a pena é consequência dessa definição. Considera-se — ainda que implicitamente — respeitado o princípio da individualização da pena mesmo que dois casos muito distintos, mas que tenham se encaixado na mesma categoria de imputação, recebam penas iguais.

Há acórdão do STF que ilustra essa situação. Trata-se de caso em que a defesa alegou que o entendimento de que os crimes de roubo e furto se consumam com a simples posse do bem viola o princípio de individualização da pena se aplicado de forma absoluta, já que serão tratados da mesma forma que casos em que o acusado é identificado meses após o crime. No caso concreto, o acusado havia sido imediatamente perseguido pela polícia e a defesa argumentou que seria inconstitucional tratá-lo de forma igual aos demais roubos, com posse pacífica do bem. No acórdão, o STF entendeu que “o princípio da individualização da pena não tem qualquer relação com a definição do momento

consumativo do delito”. Classificado o caso como crime consumado, não violaria a individualização da pena tratar esse caso de forma igual aos demais crimes consumados³⁰².

Mas a existência de penas mínimas obrigatórias, nesse exemplo, impede que a questão seja resolvida pela pena. Se não houver circunstâncias consideradas desfavoráveis, o fato classificado como “roubo” receberá a pena de outros casos classificados como roubo, independentemente de relevante diferença na posse do bem.

De que há casos muito distintos sob a mesma pena mínima, portanto, não há dúvida. O que há é uniformidade das penas para os crimes de roubo com causa de aumento, mas não necessariamente “penas iguais para crimes iguais”. A extinção das penas mínimas poderia favorecer a igualdade ao permitir que casos de menor gravidade tivessem penas menores ou sanções distintas da prisão.

³⁰² “Acrescento que o princípio constitucional da individualização da pena deve ser observado em três etapas: legislativa, judiciária e administrativa. Na etapa legislativa, o legislador deve cominar a pena em abstrato para a conduta descrita no preceito primário da norma penal, observando, para isso, o princípio da proporcionalidade. Na etapa judiciária, cabe ao magistrado, pautado pelo que disposto no ordenamento positivo, aplicar a pena mais adequada para o caso concreto – privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa –, dentro da intensidade necessária, podendo, em certos casos, suspender sua aplicação – sursis penal. Na etapa administrativa, o princípio da individualização da pena deve ser observado durante sua execução, quando ‘os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal’ (art. 5º da Lei 7.210/84 – Lei de Execuções Penais). Em qualquer das etapas, o princípio da individualização da pena não tem qualquer relação com a definição do momento consumativo do delito. Assim, no caso em análise, não há falar em violação do referido princípio constitucional, por ter se reputado o crime como consumado. Ante o exposto, denego o pedido de habeas corpus.” (STF, HC 108678, rel. ministra Rosa Weber, julgado em 17/04/2012).

CAPÍTULO 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos que se formaram a partir das ideias de “declínio do ideal de reabilitação” e do ideal de individualização da pena a partir de 1970 (ALLEN, 1981; WACQUANT, 1999; GARLAND, 2001), apesar de bens intencionados, pois voltados para acabar com as penas indeterminadas e longas penas de prisão (justificadas pela ideia de “exclusão para inclusão”), teve efeitos perversos no sistema criminal e prisional.

De acordo com Loic Wacquant (1999), o “declínio do ideal de reabilitação” é uma das “três séries causais” que tiveram como consequência o “aumento exponencial” da população carcerária norte-americana a partir de 1970³⁰³. Sobre o tema, Wacquant (1999, p. 45) descreve que embora os “conservadores” sempre sustentassem que a prisão tinha como objetivo punir e não reabilitar “a novidade, que surgiu na década de sessenta, foi que essa visão de prisão encontrou um reforço poderoso na crítica progressista” que passou a defender que as medidas de educação e reinserção não funcionavam e que seu único efeito seria “o de legitimar uma instituição total que, por definição, destrói aqueles que lhe são confiados”. A crítica progressista também “atacou” a individualização da pena, por “desfavorecer gravemente os condenados oriundos de regiões mais baixas do espaço social (isto é, pobres e negros)”.

A crítica à individualização da pena também é descrita por Garland como parte de um movimento de ataque as práticas e premissas do *welfarismo penal*³⁰⁴ a partir de 1970:

“Em meados da década de setenta, o apoio ao *welfarismo penal* começou a entrar em colapso sob o continuado ataque a suas práticas e premissas. Em uma questão de poucos anos, houve rápida e marcante mudança nos ideais e na filosofia penal – mudança que marcou o começo de um período turbulento de transformações que dura até hoje. Ao longo das décadas que se seguiram, isso resultou em importantes transformações nas regras de aplicação da pena, política prisional, execução penal e no discurso acadêmico e político sobre crime. Esse período de mudança foi introduzido pela crítica ao correccionalismo e o ataque à individualização da pena e tratamento individualizado. Mas esses desenvolvimentos levaram a um desencantamento mais fundamental - não apenas com o *welfarismo penal* mas com todo o sistema de justiça criminal em sua forma moderna. A consequente transformação reconfigurou o campo do

³⁰³ As demais são a “instrumentalização do medo da violência pelos políticos e pela mídia e a função de mecanismo de controle racial assumido pelo sistema penal americano” (WACQUANT, 1999).

³⁰⁴ Welfarismo penal (“penal welfarism”) é o termo utilizado por Garland para os arranjos institucionais que marcaram o campo penal durante a maior parte do século XX nos países ocidentais que possuía estrutura “híbrida”, combinando “segurança jurídica liberal, com devido processo legal e proporcionalidade” com um comprometimento por “reabilitação, bem-estar social e conhecimento criminológico” (GARLAND, 2001, p. 27). O ideal de reabilitação era o fundamento estrutural “hegemônico” do campo penal (GARLAND, 2001, p. 39).

controle penal e justiça criminal e reorientou suas práticas e políticas, frequentemente de formas bastante contrárias às intenções originais dos críticos. Um movimento que inicialmente teve como objetivo aumentar os direitos dos presos, diminuir a população prisional, restringir o poder estatal e acabar com finalidade preventiva especial, em última análise teve como consequência políticas que fizeram, em grande medida, o oposto” (Garland, 2001: 53).

A solução preconizada pelos críticos: “fixar as penas a priori em uma banda estreita, limitar a autoridade discricionária dos juízes, denunciar sem descanso a hipocrisia do paradigma ‘correcional’”. Embora os “reformadores” da década de 70 tivessem consciência do risco de legitimar posições conservadoras de aumento de encarceramento, esperavam que os políticos se voltassem às penas alternativas diante do custo do aprisionamento. De acordo com Wacquant (1999, p. 45), “é pouco dizer que suas expectativas foram cruelmente frustradas”.

Wacquant cita o historiador David Rothman (1995) que, embora tenha participado “ativamente da campanha para denegrir o modelo da reabilitação”, concluiu que, além do aumento das durações das penas e reduzido impacto sobre as disparidades sociais e raciais, a rejeição do modelo ainda piorou as prisões, transformando-as em “entrepósitos”, já que não haveria porque desperdiçar o dinheiro do Estado em programas educacionais “perniciosos e fúteis” (WACQUANT, 1999, p. 46).

Diante desse contexto de desvalorização da individualização da pena, o trabalho procurou abordar justamente o ideal que lhe é oposto, a igualdade, no sentido de uniformidade. Assim, optou-se por estudar a aparente maior justiça de um sistema de penas “uniformes” e “proporcionais à gravidade do tipo penal”, em detrimento de maior possibilidade de individualização da pena, isto é, de adaptação da pena ao caso concreto.

A análise dos casos concretos que deram origem à pena mínima de roubo revelou casos muito distintos sob a mesma pena, demonstrando que embora essa prática tenha como um de seus fundamentos aumentar a uniformidade (evitando a chamada disparidade entre penas) e conferir maior proporcionalidade na aplicação da pena, a “igualdade” se dá apenas se tomarmos como único critério de distinção o tipo penal da condenação (art. 157 + causa de aumento) e a reincidência. Esta última foi a única circunstância que ensejou penas distintas para dois acusados em um mesmo processo, nos casos estudados. As circunstâncias de menoridade e confissão, embora tenham sido diferentes para cada acusado em muitos dos casos estudados, não ensejaram redução da pena em razão da súmula 231, do STJ, que não permite a redução da pena abaixo do mínimo legal na presença de atenuante.

A falta de informações sobre o caso concreto, tanto sobre elementos necessários para a configuração do crime, causas de aumento e diminuição, agravantes e atenuantes, quanto de elementos que poderiam ser considerados como relevantes para aferição da culpabilidade e decisão sobre o regime inicial de cumprimento revela que embora o juiz possa manejar diversas circunstâncias relacionadas ao caso concreto (especialmente ao aplicar a pena-base), em muitos casos as informações sobre o caso sequer estão disponíveis ou são manejadas ao se aplicar a pena.

Embora seja possível argumentar que nos casos em que é aplicada pena diferente da mínima há mais informações sobre o caso – já que o juiz seria obrigado a motivar – essa característica dos casos de pena mínima mostra a consequência da prática: o envio indiscriminado, de grande quantidade de pessoas, à prisão sem que a própria pessoa ou a sociedade sejam comunicadas das circunstâncias do caso concreto que motivaram a pena. No mais, a análise de casos em que foi aplicada pena mínima e determinado regime inicial fechado mostra que a informação sobre os casos é parca mesmo quando há necessidade de motivação (sob pena de nulidade da decisão).

A falta de informação sobre as particularidades do caso concreto e a correlata pouca fundamentação da decisão sobre a pena, embora possa sugerir, não parece ser “vício de motivação”, resultante da inobservância de regras processuais ou do eventual volume excessivo de processos. A existência de fórmulas fechadas de dosimetria empurram o juiz para a repetição de *standards* e o distanciam da subjetividade do caso. Se há uma tendência a não motivar relacionada à sobrecarga de processos, o modelo atual serve para conferir conforto, para acomodar essa tendência dentro de uma moldura de aparente legalidade.

Mais que um problema de sobrecarga do poder judiciário, a padronização parece decorrer do arranjo normativo em matéria de pena no Brasil que, embora não tenha expressamente decorrido do contexto de declínio da reabilitação descrito por Garland e Wacquant, tem como fundamento os mesmos ideais (igualdade como uniformidade, proporcionalidade da pena em relação à gravidade da ofensa e separação de poderes).

No Brasil, o juiz não escolhe dentre diversas penas possíveis, de acordo com critérios previamente estabelecidos. Em geral, o legislador fixa limites mínimos e máximos para os tipos penais e o juiz, em verdadeira operação mecânica de adições e subtrações, calcula a pena dentro dos limites impostos. Se de um lado parece muito claro que o juiz decide pela condenação ou absolvição, com base em critérios estabelecidos por lei (elementos de prova) e no princípio do *in dubio pro reo*, na determinação da pena o juiz

apenas calcula a pena escolhida pelo legislador (MACHADO; PIRES; FERREIRA; SCHAFFA, 2009, p. 61).

Essa forma de estruturar a discricionariedade judicial na aplicação da pena, com a utilização de penas mínimas obrigatórias privilegia a uniformidade em detrimento de maior individualização. Mas é possível se questionar se essa uniformidade se justifica diante de sua necessária consequência: a impossibilidade de redução da pena ou aplicação de pena distinta da prisão caso as circunstâncias do caso concreto justifiquem a distinção. Utilizando como exemplo o material empírico do trabalho, será que é melhor termos diversos acusados de roubo condenados à pena de 5 anos e 4 meses para garantir que ninguém está sendo tratado de forma diferente ou permitir todas as possibilidades de reduções justificadas, mesmo se isso significar que as penas não serão uniformes?

Alguns dirão que devemos privilegiar a uniformidade porque se permitimos reduções e substituições de pena, certamente os mais “ricos” ou “influentes” terão sua pena reduzida. Mas como se sabe, não são eles que estão sendo enviados, diariamente, em massa, para a prisão. A possibilidade de redução e substituição no caso do crime de roubo, por exemplo, certamente beneficiaria mais jovens pobres que o eventual acusado “influyente”. Um sistema que permite discriminações para diminuir penas e aplicar sanções alternativas à prisão parece preferível a um sistema uniformemente punitivo. Neste ponto, irretocável a colocação de Morris e Tonry (1990, p. 97), de acordo com quem um sistema de aplicação de pena não consegue solucionar as desigualdades sociais no qual se insere e, assim, “já faz bem se não as acentuar”.

As “válvulas de escape” existentes em algumas das jurisdições estudadas (possibilidade de redução da pena sempre que for considerada injusta ou que houver circunstâncias substanciais que justifiquem a redução) são estratégias que privilegiam a individualização em detrimento da uniformidade.

Aqui, vale destacar o princípio da parcimônia, descrito no capítulo 3 (teoria de retribuição limitada, de Morris) e positivado em países como Suécia e Nova Zelândia. Como visto no capítulo 6, na Suécia a lei dispõe que na escolha das sanções o juiz deve considerar, especialmente, as circunstâncias que sugerem pena menos grave que a prisão. E mais: o juiz pode deixar de aplicar qualquer pena, se considerar a imposição de sanção for manifestamente irrazoável. Na Nova Zelândia, a lei dispõe que o juiz deve aplicar a sanção menos restritiva possível apropriada ao caso e deve levar em conta quaisquer circunstâncias particulares do acusado que significariam que a pena que normalmente

apropriada seria, no caso concreto, desproporcionalmente severa. Mesmo em um modelo que privilegia uniformidade, como as diretrizes numéricas de Minnesota, há previsão de que pode ser aplicada pena distinta da presumida se o juiz motivar essa decisão com base em circunstâncias “substanciais e convincentes”. Nesses casos, privilegia-se a individualização em detrimento da uniformidade.

No Brasil, nem mesmo o reconhecimento de circunstância atenuante prevista em lei é capaz de reduzir a pena se esta já tiver sido aplicada no mínimo na primeira etapa³⁰⁵.

É certo que, sob a perspectiva da pós-modernidade, o modelo brasileiro é fechado (SALVADOR NETTO, 2008), “paleopositivista” (PRADO, 2012) e imune – ou alheio – à subjetividade, reservando ao juiz mais o papel de espectador, do que de ator: “a figura do magistrado ideal é aquela que coincide com a de um espectador privilegiado do litígio, a quem a lei incumbe decidir qual das partes tem razão” (Carvalho, p. 115). Esse papel de espectador, no que se refere à aplicação da pena, parece acentuado, pois, aqui, valorações político-criminais são pouco permitidas ao sistema judiciário (seja pela lei, seja pela jurisprudência) e reservadas, preferencialmente, ao sistema político (parlamento).

O sistema fechado, positivista e com pouco espaço para a subjetividade do caso concreto como características que podem constituir a figura da alienação, representada por decisões judiciais alheias às implicações políticas do poder punitivo sobre a vida das pessoas, que se eximem do contato com a dura realidade do sistema penitenciário e que,

³⁰⁵ Diante da ausência de “válvulas de escape”, Zaffaroni e Pierangeli buscam solução dogmática para a evidente injustiça das penas astronômicas que decorrem das somas nos casos de concurso material (art. 69, CP): “No caso de acumulação aritmética de penas privativas de liberdade, previsto no art. 69 do CP, e em algumas outras hipóteses concursais, em que as penas desta natureza podem ser somadas, a adição aritmética pode trazer consigo, com efeito, uma pena sumamente prolongada, ainda que não venha ultrapassar os trinta anos (art. 75, caput, do CP). O Código Penal não proporciona remédio para esta situação, mas não podemos esquecer que a regra do art. 59 exige um certo submetimento a um princípio geral e que da Constituição Federal se depreende a necessidade de evitar as penas cruéis, isto é, as punições irracionais. As penas, de acordo com o caput do art. 59 do CP, devem ser suficientes para proceder a prevenção, e a mera soma matemática poderá exceder, muitas vezes, as necessidades preventivas. Entendemos que, nos casos em que a soma matemática coopere para uma iniquidade manifesta quanto ao resultado, se deveria admitir uma redução especial das penas pela via da remissão, prevista na parte final do inc. III do art. 621 do CPP, do mesmo modo que se admite a revisão, quando se dão as condições do falso delito continuado ou do concurso material atenuado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 724-725). O problema, no entanto, não se restringe ao cálculo decorrente do concurso material e a solução, na hipótese de reforma do modelo atual de aplicação da pena, pode ser ainda mais

enfim, mantêm o Direito como obstáculo à transformação social e “às mudanças necessárias à expansão do bem-estar e da cidadania” (PRADO, 2012, p. 26).

A limitação do campo de atuação do juiz resulta na restrição da capacidade dialética das partes (defesa e acusação), sempre condicionadas a pedir o que o juiz pode (ou acha que pode) decidir. Vale dizer, no campo da decisão sobre a pena, os profissionais do direito têm sua atuação prejudicada, em prol da atividade do legislador. Legislador que, nesse particular, trabalha com duas desvantagens significativas: (i) desconhece as teorias do delito e da pena, essenciais para decidir como e quando punir e (ii) não pode se aproximar do caso concreto e de sua subjetividade.

Legislador que já possui o monopólio de definir o que é crime; esse, claro, fundamental ao regime de legalidade. Mas, definir o que é crime e definir, privilegiadamente, a pena, parece desequilibrar a divisão de poderes preconizada em nosso regime democrático. Mais uma vez, a barreira da pena mínima ilustra o problema: o que justifica o legislador impedir a aplicação de penas mais baixas pelo sistema de justiça? Ou, ainda, de que adianta o legislador prever uma série de circunstâncias atenuantes que são neutralizadas pelo impedimento à redução da pena aquém dos mínimos legais, mesmo quando presente a atenuante no caso concreto?

O princípio da legalidade das penas serve como barreira para uso excessivo do poder punitivo, ou seja, requer limites máximos intransponíveis, consentindo, por lógica, com qualquer moderação no uso desse poder (é o que, enfim, declara o princípio da parcimônia).

Se, de um lado, no modelo brasileiro o legislador impõe diversos obstáculos para imposição de pena menos grave pelo juiz, de outro, fora do que é “obrigatório”, quase não há diretrizes para a decisão judicial. Determina o artigo 59 do Código Penal que o juiz decidirá a pena aplicável “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, “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”.

Embora a jurisprudência tenha papel importante em definir o que pode ou não ser considerado pelo juiz e que critérios devem prevalecer sobre os outros, dentro dos limites impostos por lei há poucas diretrizes para guiar a decisão judicial. Mais uma vez utilizando a Nova Zelândia como exemplo, para cada circunstância que deve ser considerada na aplicação da pena, o legislador descreve de que forma deve ser levada em conta para

escolha da pena.

Assim, não são as limitações à análise do caso concreto que evitam abusos ou arbítrio, mas sim a existência de critérios que guiem a decisão e obriguem o juiz a motivá-la sem recorrer às fórmulas abstratas. O que esse trabalho pretendeu questionar é a possibilidade de redesenhar o modelo de aplicação da pena sobre bases que privilegiem a individualização da pena e também a reabilitação - não no já ultrapassado modelo vinculado à prisão, mas sim com sanções que visem à inclusão social do indivíduo.

Como visto ao longo do trabalho, a idéia de uniformidade das penas é muito atraente por dar aparência superficial de justiça e equidade. A relação de igualdade mais evidente é a de penas e tipos penais. Muito mais fácil dizer que se está respeitando o princípio da igualdade ao punir todos os acusados por roubo com a mesma pena do que aplicar penas distintas e motivar cada uma das diferenças em circunstâncias do caso concreto.

Mas a tendência de agregar casos para tratá-los como um grupo de casos e um dano social, deixando de olhar para os acusados individuais e a pena adequada a cada um é sinônimo de enorme injustiça. De acordo com Alschuler (1990, p. 15-16), as “diretrizes [norte-americanas] de aplicação da pena são reflexo de um movimento maior em direção a agregação no pensamento jurídico e das ciências sociais” que, no campo da aplicação da pena tem consequência o envio de “exercito de pessoas para a prisão”, “com base em agregação grosseira e médias estatísticas”.

O fenômeno é identificado em 1992 por Malcolm Feeley e Johnathan Simon como “nova penologia”:

A nova penologia argumenta que uma linguagem nova e importante de penologia está surgindo. Essa nova linguagem, que também tem suas contrapartes em outras áreas do direito, tira o foco de preocupações tradicionais de direito penal e criminologia, que sempre se focaram no indivíduo e redireciona o olhar para a consideração de agregados. Essa mudança tem diversas implicações importantes: facilita o desenvolvimento de uma visão ou modelo que envolve o aumento de confiança na prisão; que combina interesses por maior vigilância; e que tira o foco da individualização da pena, para concentrar-se na gestão de grupos perigosos” (1992, p. 449).

Essa mudança de olhar que deixa de ver os casos individuais, além de contrariar qualquer senso de justiça e equidade – é, segundo os autores, causa e efeito do aumento da população prisional (1992: 470).

No Brasil, a existência de penas mínimas de prisão para roubo e tráfico é em parte

responsável pelo nosso “exército” de pessoas (em geral, jovens, negros e pobres) que enviamos diariamente para os já superlotados presídios, sem dedicar a elas uma linha, ou um minuto, de reflexão sobre a adequação da prisão nos seus casos individuais.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Francis. *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*. New Haven: Yale University Press, 1981.

ALSCHULER, Albert W. Departures and plea agreements under the sentencing guidelines. *F.R.D.*, v. 117, p. 459-476, 1988.

ALSCHULER, Albert W. The failure of sentencing guidelines: a plea for less aggregation. *University of Chicago Law Review*, v. 58, p. 901-951, 1991.

AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE. *Struggle for justice: a report on crime and punishment in America*. New York: Hill & Wang, 1971.

ASHWORTH, Andrew. Sentencing reform structures. *Crime and Justice*, v. 16, p. 181-241, 1992.

ASHWORTH, Andrew. Techniques for reducing sentencing disparity. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009. p. 243-257.

ASHWORTH, Andrew. The struggle for supremacy in sentencing. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. Roberts. *Sentencing guidelines: exploring the English model*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 15-30.

ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. Roberts. The origins and structure of sentencing guidelines in England and Wales. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V.. *Sentencing guidelines: exploring the English model*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1-14.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BECKER, Howard S. Review of sociologists at work: essays on the craft of social research. Edited by Philip E. Hammond. *American Sociological Review*, v. 30, n. 4, p. 602-603, 1965.

BERRY III, William W. Discretion without guidance. *Connecticut Law Review*, v. 40, p. 631-673, 2008.

BIERNE, Piers; NELKEN, David. *Issues in comparative criminology*. Aldershot: England. 1997.

BITENCOURT, Cezar. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOERNER, David. The Role of the Legislature in Guidelines Sentencing in “The Other Washignton”. *Wake Forest Law Review*. Washington, v. 381, p. 387-391, 1993.

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

BROWN, Mark; YOUNG, Warren. Recent trends in sentencing and penal policy in New Zealand. *International Criminal Justice Review*, v. 65, p. 45-52, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 3.

BUSHWAY, Shawn; PIEHL, Anne M. Judging judicial discretion: legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law and Society Review*, v. 35, n. 4, p. 733-764, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. El problema de la pena. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans S.R.L., 1999.

CARVALHO, Salo de. *Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009. (Série Pensando o Direito. v. 2).

CASSELL, Paul. Too severe?: a defense of the federal sentencing guidelines (and a critique of federal mandatory minimums). *Stanford Law Review Symposium: Punishment and Its Purposes*, v. 56, n. 5, p. 1017-1048, Apr. 2004.

CLARK, John; AUSTIN, James; HENRY, Alan. “Three strikes and you're out”: a review of state legislation. *Research in Brief*. National Institute of Justice, p. 1-14, 1997.

DALBORA, José Luis Guzman. La individualización de la pena: contenido, trayectoria y crítica del concepto. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 35, p. 66-78, 2010.

DEBUYST, Christian. L'École française dite “du mulieu social”. In : DIGNEFFE, Françoise ; PIRES, Alvaro; DEBUYST; Christian (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Vol. 2: la rationalité pénale moderne et la naissance de la criminologie*. Bruxelles: Larcier, 2008. p. 343-402.

DEMLEITNER, Nora V.; BERMAN, Douglas A.; MILLER, Marc L.; WRIGHT, Ronald F. Sentencing law and policy: cases, statutes, and guidelines. 2 ed. Aspen, 2007.

DESLAURIERS, Jean-Pierre; KERISIT, Michele. O delineamento de pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LAPERRIERE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Alvaro (Orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 127-153.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal português: parte geral ii – as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUFF, Antony. Guidance and guidelines. *Columbia Law Review*, v. 105, n. 4, p. 1162-1189, May, 2005.

DUFF, Antony. *Punishment*. Aldershot: Dartmouth, 1993.

DUFF, Antony. *Trials and punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. *Journal of philosophy*, v. 60, 1963, p. 624-638.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, p. 449-474, 1992.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Legislar pela exclusão social: um estudo da atividade legislativa sobre cumprimento da pena de 1984 a 2011*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8829/FERREIRA,Carolina.Legislar%20pela%20exclusão%20social.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16/11/13.

FLATHMAN, Richard E. Equality and generalization. In: PENNOCK, J. Roland.; CHAPMAN, John. W. (Orgs.). *Equality: nomos IX*. New York: Atherton, 1967. p. 38-60.

FLETCHER, George. *Rethinking criminal law*. Boston: Little Brown, 1978.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trd. Raquel Ramallete, Petrópolis: ed. Vozes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: law without order*. New York: Hill & Wang, 1973.

FRANKEL, Marvin E. Lawlessness in sentencing. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. *Principled sentencing: readings in law and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009.

FRASE, Richard. Excessive relative to what?: defining constitutional proportionality principles. In: Tonry, Michael (org.). *Why punish? How much?: a reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 263-267.

FRASE, Richard. Sentencing guidelines in Minnesota, 1978-2003. *Crime and Justice*, v. 32, p. 131-219, 2005a.

FRASE, Richard. Sentencing reform in Minnesota, ten years after: reflections on Dale G. parent's structuring criminal sentences – the evolution of Minnesota's sentencing guidelines. *Minnesota Law Review*, v. 75, p. 1401-1428, 1991.

FRASE, Richard. State Sentencing guidelines: diversity, consensus, and unresolved policy issues. *Columbia Law Review*, v. 105, n. 4, p. 1190-1232, May, 2005b.

FREED, Daniel J. Federal sentencing in the wake of guidelines: unacceptable limits on the discretion of sentencers. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 101, n. 8, p. 1681-1754, Jun. 1992. Symposium: Punishment.

FREED, Daniel J.; MILLER, Marc. Handcuffing the sentencing judge: are offender characteristics becoming irrelevant? Are congressionally mandated sentences displacing judicial discretion? *Federal Sentencing Reporter*, v. 2, No. 6, 1990, p. 189-191.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Organização de Maira Rocha Machado e Denise Garcia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 v. 1, tomo 2.

GARCIA, Margarida. La théorie de la rationalité pénale moderne comme cadre d'observation et de description du système pénal. In: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maira Rocha (Org.). *Rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012. p. 35-70.

GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GELSTHORPE, Loraine; PADFIELD, Nicola. *Exercising discretion: decision making in the criminal justice system and beyond*. Edited by Loraine Gelsthorpe and Nicola Padfield. Portland: Willan, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia Pablos. *Direito Penal: parte geral*. 2a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v.2.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GREENAWALT, Kent. How empty is the idea of equality? *Columbia Law Review*, v. 83, n. 5, p. 1167-1185, June 1983.

HARE, Richard M. Justice and Equality. In: POJMAN, Louis P.; WESTMORELAND, Robert (Org.). *Equality: selected readings*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 218-228.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1955. v. 7.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

JAREBORG, Nils. The Swedish Sentencing Reform. In: CLARKSONAND, Chris; MORGAN, Rod. (Eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 95-123.

KANT, Immanuel. *The philosophy of law: an exposition of the fundamental principles of jurisprudence as the science of right*, by Immanuel Kant. Translation by W. Hastie. Edinburgh: Clark, 1887.

KLEINIG, John. *Punishment and desert*. New York: Springer, 1973.

KOONS-WITT, Barbara A. Equal justice versus individualized justice: discretion and the current state of sentencing guidelines. *Criminology & Public Policy*, v. 8, n. 2, p. 279-283, 2009.

LAPPI-SEPPALA, Tapio. Sentencing and punishment in Finland: the decline of the repressive ideal. In: TONRY, Michael; FRASE, Richard. *Sentencing and sanctions in western countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 92-150.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOWENTHAL, Gary. Mandatory sentencing laws: undermining the effectiveness of determinate sentencing reform. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 61-123, Jan. 1993.

LUCAS, J. R. Against equality. *Philosophy*, v. 40, p. 296-307, Oct. 1965.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MACCORMICK, Niel. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978.

MACHADO, Maira Rocha. Qu'advient-il de la rationalité pénale moderne quand on parle de problèmes internationaux? In: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maira Rocha (Orgs.). *Rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012. p. 245-266.

MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; ANDRADE, Fabio Knobloch de. *Sispenas: Sistema de Consulta sobre Penas, Crimes e Alternativas à Prisão*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009. v. 6.

MACHADO, Maira Rocha; PIRES, Alvaro. Intervenção política na sentença do direito?: os fundamentos culturais da pena mínima. In: PÜSCHEL, Flavia; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito*. No prelo.

MACHADO, Maira Rocha; PIRES, Alvaro. Intervention politique dans la sentence du droit?: fondements culturels de la peine minimale. *Criminologie*, v. 43, n. 2, p. 89-126, 2010.

MACHADO, Maira Rocha; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os juízes de direito e os caminhos da periculosidade no direito penal brasileiro: comentários ao relatório de pesquisa “decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia”. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo*. São Paulo: RT; IBCCrim, 2005. p. 74-96.

MARQUES, Jader. Apontamentos sobre a individualização da pena. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 54-57, 2006.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ, 2009.

MILLER, Marc. Sentencing equality pathology. *Emory Law Journal*, v. 54, p. 271-290, 2005.

MINNESOTA SENTENCING GUIDELINES COMMISSION. *Minnesota's sentencing guidelines and commentary*. St. Paul, USA, 1983.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003.

MOLINA BLAZQUEZ, Maria Concepción. *La aplicación de la pena*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002.

MORRIS, Herbert. Persons and punishment. *Monist*, v. 52, p. 475-501, 1968.

MORRIS, Norval. *Madness and the criminal law*. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

MORRIS, Norval. The future of imprisonment: toward a punitive philosophy. *Michigan Law Review*, v. 72, n. 6, p. 1161-1180, May 1974.

MORRIS, Norval; TONRY, Michael. *Between prison and probation: intermediate punishments in a rational sentencing system*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

NAGEL, Ilene H.; SCHULHOFER, Stephen J. A tale of three cities: an empirical study of charging and bargaining practices under the federal sentencing guidelines. *Southern California Law Review*, v. 66, p. 501-561, 1992.

NEW drug law leaves no room for mercy. *Chicago Tribune*, 5 Oct. 1989. Disponível em: <http://articles.chicagotribune.com/1989-10-05/news/8901190651_1_drug-law-judges-question-mandatory-minimum-sentencing-law>. Acesso em: 10 jan. 2014. Tradução livre

NOZICK, Robert. *Anarchy: State and utopia*. New York: Basic Books, 1974.

OHLIN, Lloyd E.; REMINGTON, Frank J. *Discretion in criminal justice: the tension between individualization and uniformity*. Albany: State University of New York Press, 1993.

OPPENHEIM, F. E. Egalitarianism as a descriptive concept. *American Philosophical Quarterly*, v. 7, p. 143-152, 1970.

PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of legal families. *American Journal of Comparative Law*, v. 60, n. 3, p. 1043-1074, 2012.

PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, n. 68, p. 39-60, 2004.

PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teóricos e metodológicos. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LAPERRIERE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Alvaro (Orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008a. p. 154-211.

PIRES, Alvaro. Direito penal e orientação punitiva: um problema só externo ao direito? In: KARAM, Maria Lucia. (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 191-220.

PIRES, Alvaro. Kant face à la justice criminelle. In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Vol 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Bruxelles: De Boack e Larcier, 2008b. p. 175-240.

PIRES, Alvaro. L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne. In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Vol 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Bruxelles: De Boack e Larcier, 2008c. p. 109-174.

PIRES, Alvaro. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle. In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Vol 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Bruxelas: De Boack e Larcier, 2008d. p. 21-76.

PIRES, Alvaro. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LAPERRIERE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Alvaro (Orgs.). Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008e. p. 43-92.

PIRES, Alvaro; CAUCHIE, Jean-François. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. Tradução de José Roberto Xavier. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 13, p. 299-329, 2011.

POJMAN, Louis P.; WESTMORELAND, Robert. *Equality: selected readings*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. (Org.). *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P. 11-70.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal* de. Organização de Maira Rocha Machado e Denise Nunes Garcia. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18-37.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1971.

RAWLS. Justice as fairness. *The Philosophical Review*, v. 67, p. 164-194, 1958.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. v. 2.

REALE JÚNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério de periculosidade. *Boletim do IBCCrim*, n. 140, p. 2-3, jul. 2004b.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REITZ, Kevin R. Sentencing reform in the states: an overview of the Colorado Law Review Symposium. *University of Colorado Law Review*, v. 64, n. 21, p. 645-650, 1993.

RISTROPH, Alice. Desert, democracy, and sentencing reform. *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), v. 96, n. 4, p. 1293-1352, summer 2006.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 52-64, 1994.

ROBERTS, Julian V. Sentencing guidelines in England and Wales: recent developments and emerging Issues. Law and contemporary problems. 2013.

ROBERTS, Julian V. Sentencing reform in New Zealand: an analysis of sentencing act 2002. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, v. 36, n. 3, p. 249-271, Dec. 2003.

ROBERTS, Julian V. Structured sentencing: lessons from England and Wales for common law jurisdictions. *Punishment & Society*, v. 14, p. 267-288, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: editora Coimbra, 1995.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Pesquisa empírica e Estado de direito: a dogmática jurídica como controle do poder soberano. In: CONGRESSO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, Manaus, 2006. *Anais...* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf>. Acesso em: 12/10/2013.

ROSS, Alf. *On law and justice*. Berkeley: University of California Press, 1959.

SALEILLES, Raymond. A individualização da pena. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

SALEILLES, Raymond. *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*. Paris: Elibron Classics, 1898.

TARDE, Gabriel M. Prefácio. In: SALEILLES, Raymond. *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*. Paris: Elibron Classics, 1898. p. i-vi.

SCHULHOFER, Stephen J. Assessing the federal sentencing process: the problem is uniformity, not disparity. *American Criminal Law Review*, v. 29, p. 845, 1992.

SCHULHOFER, Stephen J. Rethinking mandatory minimums. *Wake Forest Law Review*, v. 28, p. 199-222, 1993.

SENTENCING COMMISSION WORKING GROUP. *Sentencing guidelines in England and Wales: an evolutionary approach*. July 2008. Disponível em: <<http://storage.globalcitizen.net/data/topic/knowledge/uploads/2010011112846579.pdf>>. Acesso em: 11/10/13.

SENTENCING COUNCIL. *Offenses taken into consideration and totality: definitive guideline*. 2012. Disponível em:

<http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Definitive_guideline_TICs__totality_Final_web.pdf>. Acesso em: 25/11/13.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Cálculo penal e dever de motivação*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. (Estudos de Direito Penal, v. 2).

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STITH, Kate; CABRANES, José A. *Fear of judging: sentencing guidelines in the federal courts*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

STOLZENBERG, Lisa; D'ALESSIO, Stewart D'Alessio. Sentencing and unwarranted disparity: an empirical assessment of the long-term impact of sentencing guidelines in Minnesota. *Criminology*, v. 32, p. 1-10, 1994.

THOMAS, Davis. Judicial discretion in sentencing. In: GELSTHORPE, Loraine; PADFIELD, Nicola (Eds.). *Exercising discretion: decision making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan, 2003.

TONRY, Michael. Individualizing punishments. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. *Principles sentencing: readings on theory and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009. p. 354-358.

TONRY, Michael. Proportionality, parsimony and interchangeability of punishments. In: TONRY, Michael (Org.). *Why punish? How much?: a reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011a. p. 217-137.

TONRY, Michael. *Sentencing matters*. New York: Oxford University Press, 1996.

TONRY, Michael. *Why punish? How much?: a reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

TONRY, Michael; HATLESTAD, Kathleen. *Sentencing reform in overcrowded times: a comparative reader*. New York: Oxford University Press, 1997.

ULMER, Jeffrey T. *Social worlds of sentencing: court communities under sentencing guidelines*. Albany: State University of New York Press, 1997.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons*. New York, 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Overcrowding_in_prisons_Ebook.pdf>. Acesso em: 14/11/13.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Fifteen years of guidelines sentencing*. Nov. 2004. Disponível em:

<http://www.ussc.gov/Legislative_and_Public_Affairs/Congressional_Testimony_and_Reports/Mandatory_Minimum_Penalties/20111031_RtC_Mandatory_Minimum.cfm>. Acesso em: 20/10/13.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Report to the Congress: mandatory minimum penalties in the Federal Criminal Justice System*. Oct. 2011. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Research_and_Statistics/Research_Projects/Miscellaneous/15_Year_Study/index.cfm>. Acesso em: 25/20/13.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *1987 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Guidelines/1987_guidelines/1987_manual.cfm>. Acesso em: 08/08/13.

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito. As penas alternativas e a Lei 7492: um estudo sobre a substituição da pena de prisão em condenações por crimes financeiros. Pesquisa em debate: a aplicação da lei dos crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros. Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, n. 33, p. 85-92, 2010.

VITIELLO, Michael. California's three strikes and we're out: was judicial activism California's best hope? *U.C. Davis Law Review*, v. 37, p. 1025, 2004.

VON HIRSCH, Andrew. *Doing justice: the choice of punishments – report of the Committee for the Study of Incarceration*. New York: Hill & Wang, 1976.

VON HIRSCH, Andrew. Guidance by Numbers or words?: numerical versus narrative guidelines for sentencing. In: WASIK, Martin; PEASE, Ken. *Sentencing reform: guidance or guidelines?* Manchester University Press, 1987. p. 46-69.

VON HIRSCH, Andrew. Proportionate sentences: a desert perspective. In: TONRY, Michael (Org.). *Why punish? How much?: a reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 207-216.

VON HIRSCH, Andrew. Sentencing reform in Sweden. In: TONRY, Michael; HATLESTAD, Kathleen (Eds.). *Sentencing reform in overcrowding times: a comparative perspective*. Oxford University Press, 1997. p. 211-216.

VON HIRSCH, Andrew. The Swedish sentencing law: the principles underlying the new law. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009. p. 258-264.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3. ed. Oxford: Hart, 2009.

VON HIRSCH, Andrew; HANRAHAN, Kathleen. Determinate penalty systems in America: an overview. *Crime and Delinquency*, v. 27, p. 289-316, 1981.

VON HIRSCH, Andrew; JAREBORG, Nils. The Swedish sentencing law: the details of the new law. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009. p. 264-269.

VON HIRSCH, Andrew; MAHER, Lisa. Should penal rehabilitationism be revived? In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. *Principles sentencing: readings on theory and policy*. Oxford: Hart, 2009. p. 33-38.

VON HIRSCH, Andrew; WASIK, Martin; GREENE, Judith. Punishments in the community and the principles of desert. *Rutgers Law Journal*, v. 20, n. 3, p. 595, 1989.

WACQUANT, Loic. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista Sociologia e Política*, n. 13, p. 39-50, nov 1999

WESTEN, Peter. The empty idea of equality. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 3, p. 537-596, 1982.

WILKINS, William JR.; STEER, John. The role of sentencing guideline amendments in reducing unwarranted sentencing disparity. *Washington and Lee Law Review*, v. 50, p. 63-88, 1993.

WILLIAMS, Bernard. The idea of equality. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W. G. (Org.). *Philosophy, politics and society*. Oxford: Basil Blackwell, 1962. p. 110-131.

YOUNG, Warren. Sentencing reform in New Zealand. In: FREIBERG, Arie; GELB, Karen. (Eds.). *Penal populism, sentencing council and sentencing policy*. The Federation Press, 2008. p. 182-185.

YOUNG, Warren; KING, Andrea. Federal Sentencing Reporter, Vol. 22, n. 04, Common Problems and Different Solutions (april 2010, p. 254-261). University of California Press.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Punishment and democracy: three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, 2003.

APÊNDICE A – Formulário para a coleta de dados dos acórdãos do TJSP

DADOS SOBRE O PROCESSO

1. Identificação do acórdão (número CNJ)
2. Recorrente:
3. Câmara criminal:
4. Relator:
5. Votação Unânime:
☐ Sim
☐ Não
6. Data do julgamento: dd-mês-aa
7. Comarca de origem
8. Vara de origem
9. Decisão de primeiro grau com relação ao roubo
☐ Condenação
☐ Absolvição
10. Complemento
☐ 157, caput
☐ 157, §1º
☐ 157, §2º: _____ (incisos)
11. Pena de prisão: anos, meses e dias
Há explicação de como foi aplicada? Se sim, especifique.
12. Pena de multa
a) Dias-multa:
b) Valor dia-multa:
13. Regime inicial
☐ Fechado
☐ Semi-aberto
Há explicação de como foi aplicada? Se sim, especifique.

DESCRIÇÃO DO CASO CONCRETO

14. Descrição do caso concreto (reprodução integral dos trechos do acórdão)

15. Há referência à confissão?

- ☐ Sim, judicial
- ☐ Sim, extrajudicial
- ☐ Sim, acusado não confessou
- ☐ Não há referência

Reproduzir trecho sobre confissão

16. Violência ou grave ameaça? Reproduzir trecho.

17. Há menção à arma?

- ☐ Sim, arma de fogo.
- ☐ Sim, outra arma. Especifique.
- ☐ Não
 - a) Indicar quantidade de armas
 - b) Especificar uso da arma

18. Há menção a restrição de liberdade?

- ☐ Sim. Especifique.
- ☐ Não

19. Há indicação dos bens subtraídos?

- ☐ Sim
 - ☐ Veículo. Especificar quantidade e qualidade.
 - ☐ Celular. Especificar quantidade e qualidade.
 - ☐ Carteira. Especificar quantidade e qualidade.
 - ☐ Mochila. Especificar quantidade e qualidade.
 - ☐ Notebook. Especificar quantidade e qualidade.
 - ☐ Dinheiro. Especificar quantia.
 - ☐ Outros.
- ☐ Não

20. Há menção sobre recuperação dos bens?

- ☐ Sim, total
- ☐ Sim, parcial
- ☐ Não

21. Há menção a antecedentes?

- ☐ Sim. Especificar.
- ☐ Não

DESCRIÇÃO DO CASO CONCRETO (CONT.)

22. Há menção de mais de um indivíduo?

☐ Sim

☐ Corréu ou corréus. Especificar.

☐ Outra(s) pessoa(s) denunciada, mas absolvida

☐ Outro. Especificar.

a) indicar quantidade de pessoas condenadas pelo mesmo crime

b) reproduzir trecho que descreva participação de cada um, se houver.

☐ Não

DADOS DA CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA

23. Tipo condenação

☐ 157, caput

☐ 157, §1º

☐ 157, §2º: _____ (incisos)

24. Pena-base: anos, meses e dias

a) Há menção a circunstâncias judiciais favoráveis?

☐ Sim. Especificar.

☐ Não

a) Há menção a circunstâncias judiciais desfavoráveis?

☐ Sim. Especificar.

☐ Não

25. Pena aplicada na segunda-fase: anos, meses e dias

⇒ Indicar quantum de aumento ou diminuição

a) Há menção a circunstâncias atenuantes?

☐ Sim. Especificar.

⇒ A circunstância diminuiu a pena? Se não, descrever justificativa.

☐ Não

b) Há menção a circunstâncias agravantes?

☐ Sim. Especificar

☐ Não

DADOS DA CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA (CONT.)**26. Pena aplicada na terceira-fase: anos, meses e dias****a) Há menção a causas de aumento?**

- ☐ Sim. Especificar quantidade.
☐ Não

b) Se sim, quantum de aumento:

- ☐ 1/3
 ⇒ Justificativa:
☐ Súmula 443, STJ
☐ vedação à reformatio in pejus
☐ Sem fundamentação
☐ Outra. Especificar
- ☐ 3/8
 ⇒ Justificativa:
☐ Existência de duas causas de aumento
☐ Entendimento jurisprudencial
☐ Circunstâncias do caso concreto
☐ Outra. Especificar.

27. Regime inicial aplicado**☐ Semi-aberto**

- ⇒ Justificativa:
☐ Regime fixado na sentença
☐ Quantidade de pena aplicada
☐ Menoridade
☐ Primariedade
☐ Circunstâncias do art. 59, CP favoráveis
☐ Não utilização de arma
☐ Sem justificativa
☐ Outra justificativa. Especificar.

☐ Semi-aberto

- ⇒ Justificativa:
☐ Causas de aumento reconhecidas (concurso, uso de arma), etc.)
☐ Gravidade “concreta”
☐ Menoridade
☐ Primariedade
☐ Circunstâncias do art. 59, CP favoráveis
☐ Não utilização de arma
☐ Sem justificativa
☐ Outra justificativa. Especificar.

DADOS DA CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA (CONT.)

- ☐ Gravidade do crime de roubo
- ☐ Gravidade “diferenciada”
- ☐ Periculosidade do réu
- ☐ Justificativa da sentença de primeiro grau
- ☐ Quantidade de pena aplicada
- ☐ Finalidades da pena (retribuição e dissuasão)
- ☐ Violência
- ☐ Reincidência
- ☐ Antecedentes
- ☐ Outra. Especificar.

28. (Responder no caso de concurso de pessoas) Pena aplicada é a mesma

- ☐ Sim
- ☐ Não. Especificar

29. Pena de multa

- a) Dias-multa:
 - b) Valor dia-multa:
- Há justificativa?

- ☐ Sim
 - ☐ Igual à pena de prisão
 - ☐ Outra. Especificar
- ☐ Não

30. Evolução da decisão

- a) Em relação à imputação:
 - ☐ Absolvição – Condenação
 - ☐ Condenação – Condenação
- b) Em relação à pena: especificar.
- c) Em relação ao regime:
 - ☐ Fechado – Fechado
 - ☐ Semi-aberto – Semi-aberto
 - ☐ Fechado – Semi-aberto
 - ☐ Semi-aberto – Fechado
 - ☐ Absolvição – Semi-aberto
 - ☐ Absolvição – Fechado

DADOS DA CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA (CONT.)

- ☐ Gravidade do crime de roubo
- ☐ Gravidade “diferenciada”
- ☐ Periculosidade do réu
- ☐ Justificativa da sentença de primeiro grau
- ☐ Quantidade de pena aplicada
- ☐ Finalidades da pena (retribuição e dissuasão)
- ☐ Violência
- ☐ Reincidência
- ☐ Antecedentes
- ☐ Outra. Especificar.

31. Pena de multa

- a) Dias-multa:
- b) Valor dia-multa:

Há justificativa?

- ☐ Sim
 - ☐ Igual à pena de prisão
 - ☐ Outra. Especificar
- ☐ Não

32. Evolução da decisão

- a) Em relação à imputação:
 - ☐ Absolvição – Condenação
 - ☐ Condenação – Condenação
- b) Em relação à pena: especificar.
- c) Em relação ao regime:
 - ☐ Fechado – Fechado
 - ☐ Semi-aberto – Semi-aberto
 - ☐ Fechado – Semi-aberto
 - ☐ Semi-aberto – Fechado
 - ☐ Absolvição – Semi-aberto
 - ☐ Absolvição – Fechado

FUNDAMENTAÇÃO

- 33. Reprodução do trecho de fundamentação
- 34. Número de parágrafos de fundamentação
- 35. Número de páginas do acórdão
- 36. Observações sobre a fundamentação: idêntica a outro acórdão, muito sucinta, algum trecho interessante, etc.