

# SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 17/2009

PENA MÍNIMA

ISSN 2175-5760



9 772175 576000

Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede • 4º andar • sala 434  
e-mail: sal@mj.gov • CEP: 70064-900 • Brasília-DF • www.mj.gov.br/sal

Secretaria  
de Assuntos  
Legislativos

Ministério  
da Justiça



Secretaria  
de Assuntos Legislativos

Ministério  
da Justiça





# SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 17/2009 – versão publicação

Pena Mínima  
Convocação 01/2008

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas  
DIREITO GV

## Coordenação Acadêmica

Maíra Rocha Machado  
Alvaro Penna Pires  
Carolina Cutrupi Ferreira  
Pedro Mesquita Schaffa

## Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434  
CEP: 70064-900 – Brasília – DF  
[www.mj.gov.br/sal](http://www.mj.gov.br/sal)  
e-mail: [sal@mj.gov.br](mailto:sal@mj.gov.br)



Secretaria de Assuntos Legislativos  
Ministério da Justiça





# CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem por objetivo institucional a preservação da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Anualmente são produzidos mais de 500 pareceres sobre os mais diversos temas jurídicos, que instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial.

Em função da abrangência e complexidade dos temas analisados, a SAL formalizou, em maio de 2007, um acordo de colaboração técnico-internacional (BRA/07/004) com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que resultou na estruturação do **Projeto Pensando o Direito**.

Em princípio os objetivos do *Projeto Pensando o Direito* eram a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e o fortalecimento do diálogo da Secretaria com a academia, mediante o estabelecimento de canais perenes de comunicação e colaboração mútua com inúmeras instituições de ensino públicas e privadas para a realização de pesquisas em diversas áreas temáticas.

Todavia, o que inicialmente representou um esforço institucional para qualificar o trabalho da Secretaria, acabou se tornando um instrumento de modificação da visão sobre o papel da academia no processo democrático brasileiro.

Tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil dedica-se ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo. Os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa.

Desse modo, além de promover a execução de pesquisas nos mais variados temas, o principal papel hoje do Projeto Pensando o Direito é incentivar a academia a olhar para o processo legislativo, considerá-lo um objeto de estudo importante, de modo a produzir conhecimento que possa ser usado para influenciar as decisões do Congresso, democratizando por consequência o debate feito no parlamento brasileiro.

Este caderno integra o conjunto de publicações da *Série Projeto Pensando o Direito* e apresenta a versão resumida da pesquisa denominada **A Complexidade do Problema e a Simplicidade da Solução: a questão das penas mínimas**, conduzida pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV).

Dessa forma, a SAL cumpre seu dever de compartilhar com a sociedade brasileira os resultados das pesquisas produzidas pelas instituições parceiras do *Projeto Pensando o Direito*.

**Pedro Vieira Abramovay**

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça



# CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

Este relatório busca oferecer elementos ao debate sobre a pertinência das penas mínimas de prisão na legislação criminal. Após um exercício de conceituação da pena mínima, narramos brevemente as práticas legislativas de países com diferentes tradições jurídicas (França, Brasil e Canadá) nos últimos duzentos anos. O objetivo aqui foi traçar um panorama do surgimento dessa prática e realçar as diferentes formas construídas pela legislação para flexibilizar ou minimizar seus efeitos. Em seguida, narramos, em relação aos mesmos países, algumas experiências judiciais de questionamento ou confirmação da prática de estabelecer mínimos na legislação. Esse estudo levou-nos a observar mais de perto as justificativas apresentadas para manter ou para rechaçar as penas mínimas. Distinguimos aqui os fundamentos atribuídos a elas, que identificamos com as teorias da pena (retribuição, dissuasão e reabilitação), das demais razões utilizadas para sustentar esta prática.

A íntegra do relatório de pesquisa encontra-se disponível no site do Ministério da Justiça. Em formato digital, o relatório completo contém nove anexos, além do texto apresentado a seguir. Os anexos detalham o procedimento metodológico adotado, bem como os principais resultados da pesquisa nas fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas.

São Paulo, novembro de 2009.

**Maíra Rocha Machado**

Coordenadora Acadêmica

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

**PROJETO PENSANDO O DIREITO**

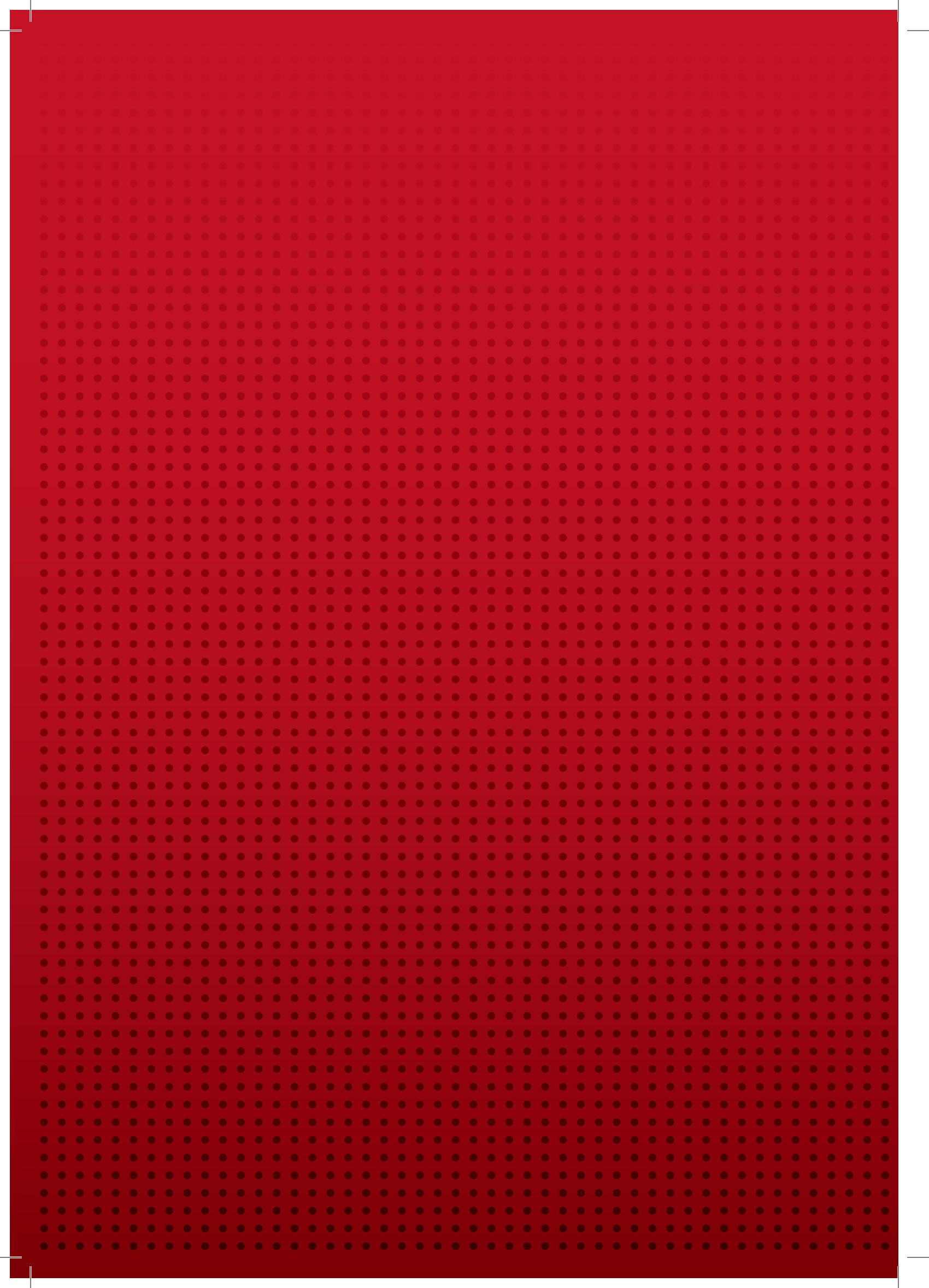
**Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas**

**DIREITO GV**

Maíra Rocha Machado, Alvaro Penna Pires,  
Carolina Cutrupi Ferreira e Pedro Mesquita Schaffa

**A COMPLEXIDADE DO PROBLEMA E A SIMPLICIDADE DA SOLUÇÃO:  
A QUESTÃO DAS PENAS MÍNIMAS**





# SUMÁRIO

## 1. INTRODUÇÃO .... 11

## 2. DESENVOLVIMENTO .... 15

2.1 O que é a pena mínima? .... 15

2.2 A pena mínima é um tipo de norma de sanção .... 16

## 3. AS PENAS MÍNIMAS NA PRÁTICA LEGISLATIVA. ILUSTRAÇÕES DAS CODIFICAÇÕES FRANCESA, BRASILEIRA E CANADENSE .... 25

3.1 França .... 25

3.2 Canadá .... 32

3.3 Brasil .... 34

3.4 Observações finais sobre as práticas legislativas .... 37

## 4. A ATUAÇÃO JUDICIAL FACE ÀS PENAS MÍNIMAS: FRANÇA, CANADÁ E BRASIL .... 39

4.1 Um exemplo da Corte Constitucional francesa .... 39

4.2 O exemplo da jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de redução da pena  
aquém do mínimo por intermédio do reconhecimento de atenuantes .... 41

4.3 O exemplo da jurisprudência constitucional canadense: o caso Smith .... 44

4.4 Observações finais sobre as práticas judiciais no tocante à pena mínima .... 46

## 5. AS PENAS MÍNIMAS E SUAS JUSTIFICATIVAS .... 49

5.1 A pena mínima e seus fundamentos: as teorias modernas da pena .... 49

- 5.1.a As penas mínimas e as teorias retribuição e da dissuasão .... 53
- 5.1.b As penas mínimas e a teoria da reabilitação .... 54
- 5.1.b. (i) Algumas notas sobre a primeira modernidade .... 55
- 5.1.c “Igualdade de penas”: uma hipótese para compreender a co-existência entre as penas mínimas e o ideal de individualização da pena .... 58
- 5.1.d Considerações finais sobre as penas mínimas e seus fundamentos .... 60
- 5.2 Outras razões para apoiar e rechaçar as penas mínimas .... 61
- 5.2.1 A pena mínima como “conforto decisório” .... 62
- 5.2.2 A pena mínima como garantia ao réu .... 63

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .... 67**

## **REFERÊNCIAS .... 69**

# 1. INTRODUÇÃO

O objetivo desse relatório é apresentar alguns elementos para uma reflexão preliminar sobre as *penas mínimas obrigatórias* previstas em diversas legislações criminais ocidentais.<sup>1</sup> Essa prática legislativa instala-se progressivamente no Ocidente com o desenvolvimento de um tipo de legislação que se auto-apresenta como sendo “criminal”. Como veremos, trata-se ao mesmo tempo de um problema complexo, pouco explorado tanto pelo direito criminal como pela sociologia do direito e portador de certo potencial de controvérsia devido aos diferentes temas que suscita. Entre eles encontramos o tema clássico da “divisão de poderes” entre o legislador e o juiz, ou entre a política e o direito. E também o tema das teorias modernas da pena (retributivismo, dissuasão e reabilitação) que formaram um sistema de pensamento muito utilizado para motivar e justificar essa prática legislativa.

A complexidade da questão decorre de (i) as “penas mínimas” (usualmente de prisão) assumirem várias formas legislativas e introduzirem dúvidas quanto à sua obrigatoriedade ou não obrigatoriedade em face de outras normas e princípios do direito, incluindo as normas e princípios constitucionais. A questão é complexa também porque, (ii) até recentemente, não atribuíamos a ela muita importância – tanto no âmbito da “política criminal” quanto do “direito criminal” – e pouca coisa foi feita diretamente sobre essa questão. Entre outras coisas, a experiência dos Estados Unidos da América, que provocou um aumento surpreendente de sua população prisional com a “ajuda” das penas mínimas de prisão, contribuiu para chamar a atenção de alguns observadores sobre o problema. Entretanto, a tendência geral ainda é “banalizar” esse tema e desprezá-lo em benefício de outros mais conhecidos. Em terceiro lugar, (iii) o tema é complexo porque não estamos tampouco habituados a considerar a hipótese de que algumas “boas idéias” – isto é, idéias que estamos habituados a considerar como boas – possam ser “obstáculos epistemológicos” (G. Bachelard) ou cognitivos à evolução de um sistema social como o direito ou a uma reconstrução em profundidade do direito (criminal). Enfim, (iv) esse tema é complexo porque não estamos *intelectualmente* habituados a observar (e a manter) a diferenciação entre o político e o jurídico, e isso ocorre de modo muito particular em matéria de sanções criminais. Sabemos que quem atribui as penas é o juiz, mas, paradoxalmente, atribuímos a determinação das penas ao legislador. Colocamo-nos, assim, diante de um paradoxo: não queremos que o direito “vire política”, porque isso seria perigoso para uma democracia localizada em um “Estado de direito” mas, ao mesmo tempo, queremos que a política coloque na ponta da caneta do juiz a pena que será dada ao réu. Avancemos um pouco mais nesse último aspecto, central aos objetivos da reflexão proposta aqui.

---

<sup>1</sup> A apresentação do relatório final e do presente texto não encerra a atividade da equipe sobre o tema. A extensão e riqueza do material coletado no decorrer da pesquisa servirão de base para um trabalho mais extenso que está em vias de preparação.

A pressuposição da “unidade” entre o político e o jurídico, onde tudo seria, por assim dizer, político-jurídico, foi provocada por diferentes razões e acontecimentos. A criação dos Estados-nação e o desenvolvimento da legislação – em que é o político que “cria” a lei – levaram-nos a ver muitas vezes o direito como se resumindo à legislação (operação de criação do sistema político). O princípio *nulla poena sine lege* (“não deve haver pena sem legislação indicando as penas legítimas”), destinado a levar o político a se auto-limitar no momento de punir, acabou significando também que o político poderia punir como bem entendesse desde que tivesse previsto na legislação a forma pela qual ele iria punir. Não ficou claro o papel do político e o papel do direito criminal no “direito de punir”.

A pena mínima de prisão, que pode ser observada como uma maneira pela qual o político obriga o jurídico a punir como ele (o político) deseja, ilustra um dos efeitos – talvez o mais problemático – dessa pressuposição de unidade. Há sem dúvida que haver colaboração, mas nas sociedades complexas isso parece exigir um “respeito mútuo” de papéis sociais “bem divididos” e revistos - ou “revisitados” - pela reflexão de maneira permanente.

A legislação também foi vista, e não sem razão, como um instrumento da política. Mas se ela é efetivamente um “instrumento” da política, não significa que o *direito* seja também um simples *instrumento* da política, e menos ainda um instrumento *direto* da política. É menos perigoso ver o direito como um sistema complexo que colabora com o sistema político, o que não impede, no caminho, o conflito pontual entre eles. A legislação ganharia então em ser vista como um instrumento da política para dar melhores condições de atuação para o direito, e não como um instrumento para se substituir ao direito “dentro da legalidade”.

Como lembram Nobles e Schiff (2004), a criação de uma lei é também sempre observada como um “acontecimento unitário” entre política e direito. O direito participa da construção (“*mise en forme*”) da lei, vários políticos têm formação jurídica e o financiamento do sistema jurídico é uma decisão política. Tudo isso não nos ajuda a ver com nitidez o que se passa em matéria de penas e, sobretudo, não nos ajuda a refletir de maneira inovadora nesse terreno. Partimos aqui da observação segundo a qual haveria, entre o político e o jurídico, dependência recíproca e autonomia individualizada. É claro, isso não significa que todos os problemas de “fronteira” estejam resolvidos ou possam ser resolvidos de uma vez por todas. Nossa pesquisa sobre a pena mínima aspira fazer uma contribuição nesse sentido; mas, se contribuir, apenas poderá fazer uma contribuição *muito modesta*.

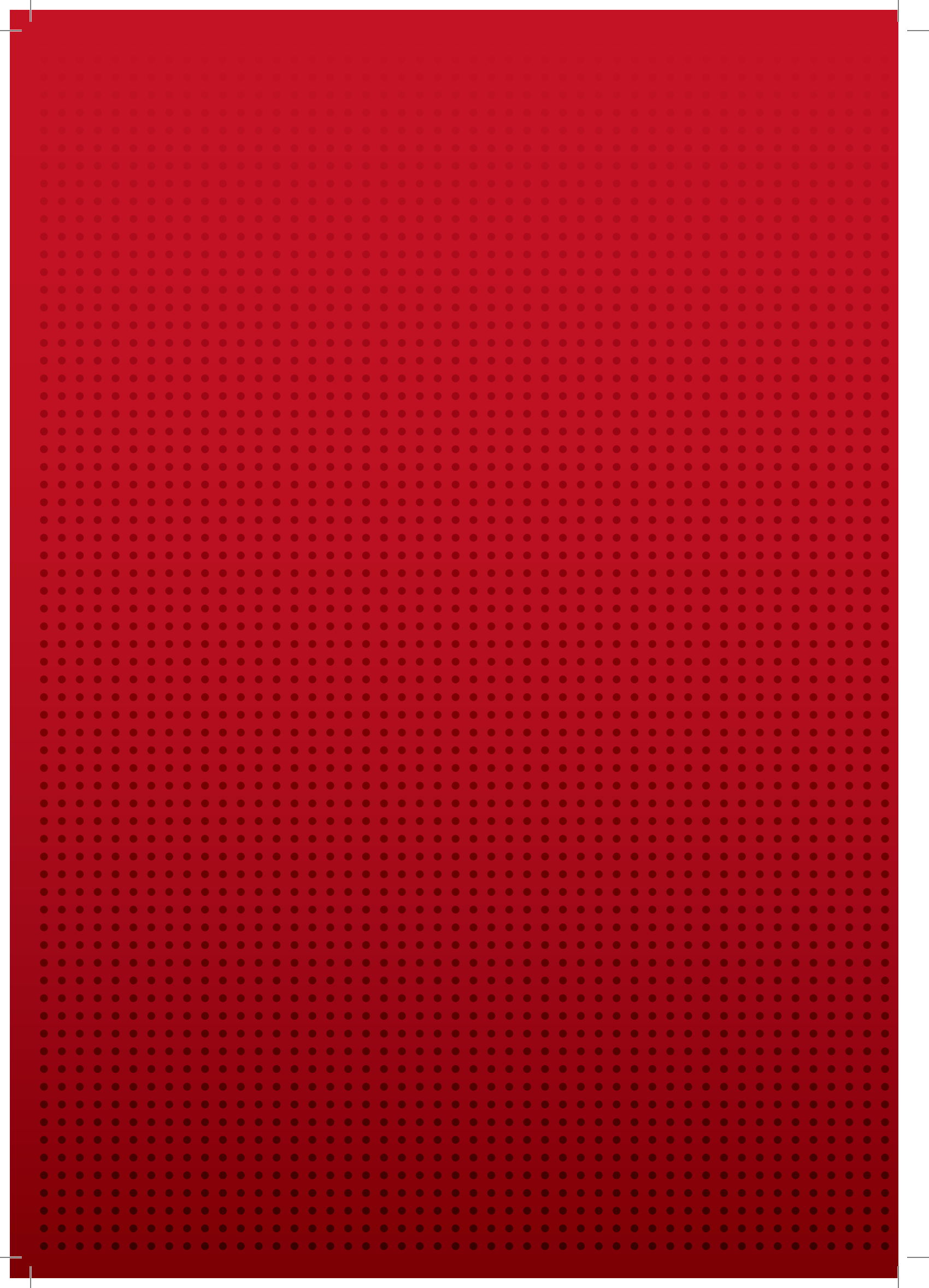
Para o desenvolvimento dessa pesquisa, adotamos a metodologia qualitativa baseada em entrevistas semi-diretivas e análise documental<sup>2</sup>. Entre as fontes documentais, privilegiamos os relatórios de comissões de reforma do direito, a jurisprudência e a doutrina. A coleta

---

<sup>2</sup> O relatório integral disponível no site do Ministério da Justiça contém, além do presente texto, 9 anexos detalhando o procedimento utilizado para a realização das entrevistas (Anexo 8), bem como os principais resultados da análise documental. As fontes doutrinárias estão no Anexo 1, as jurisprudenciais no Anexo 2 e as informações referentes à forma de coleta e sistematização das legislações estrangeiras encontram-se nos Anexos 6 e 7. No decorrer do texto faremos, em nota de rodapé, referências ao conteúdo de cada um dos anexos.

de dados sobre as experiências legislativas e judiciais estrangeiras foi desenvolvida em profundidade para Canadá e França. A legislação de outros 13 países também foi objeto de análise e sistematização.

Enfim, o percurso deste relatório será o seguinte. Iniciaremos com a definição de pena mínima adotada aqui e, em seguida, apresentaremos uma descrição das práticas legislativas levadas a cabo nos últimos duzentos anos, no Brasil, França e Canadá (item 2.). O estudo de países com diferentes tradições jurídicas buscará traçar um panorama do surgimento dessa prática e realçar as diferentes formas construídas pela legislação para flexibilizar ou minimizar seus efeitos. Em seguida, narramos, em relação aos mesmos países, algumas experiências judiciais relacionadas às penas mínimas (item 3.). Questionando-as ou confirmando-as, nosso interesse aqui foi coletar diferentes possibilidades de interação entre o legislador e o juiz no tocante às penas mínimas. Esse estudo nos levará a observar mais de perto as justificativas apresentadas para manter ou para rechaçar as penas mínimas. Distinguimos aqui os fundamentos atribuídos a elas, que identificamos com as teorias (modernas) da pena (item 4.1.), das demais razões utilizadas para sustentar esta prática (4.2.).



## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 O QUE É A PENA MÍNIMA?

Como veremos no decorrer desse texto, caracterizar, do ponto de vista teórico e empírico, a prática de redigir penas mínimas nas legislações criminais contemporâneas não é tão fácil quanto parece à primeira vista.

Do ponto de vista empírico, as penas mínimas podem aparecer sob diversas formas e em diferentes lugares da legislação. A maneira mais “visível” é quando acompanha a definição de uma infração e faz explicitamente referência a uma quantidade máxima e mínima de pena. O observador vê então a descrição de um comportamento proibido e uma norma de sanção indicando (i) um tipo de pena e (ii) uma quantidade dessa pena expressa sob a forma de um “mínimo” e de um “máximo”. Por exemplo: “Para tal crime, o tribunal dará (i) uma pena de prisão de (ii) 6 meses a 2 anos”; ou ainda: (i) uma pena de multa de (ii) 3 dias-multa a 10 dias-multa (ou entre R\$ 50,00 e R\$ 200,00).

Mas as coisas podem se complicar rapidamente. No exemplo acima, as penas de prisão e de multa podem se apresentar sozinhas ou juntas, e de maneira cumulativa ou alternativa (prisão e multa; prisão *ou* multa). É preciso, entretanto, não perder de vista que o problema central das *penas mínimas* no direito criminal contemporâneo reside na seleção e na valorização da *prisão* como pena-padrão para criar penas mínimas. O problema *mais importante* se encontra então quando a pena mínima é concebida por intermédio da *pena de prisão* (sozinha ou cumulada com outra sanção). Isso não significa, contudo, que outras formas de penas mínimas não introduzam, fundamentalmente, o mesmo tipo de problema. A reflexão que será feita aqui tendo em vista, sobretudo, mas não exclusivamente, a pena mínima *de prisão* é generalizável em suas grandes linhas às penas mínimas que utilizam outras sanções.

Outra dificuldade conceitual aparece quando nos deparamos com uma norma de sanção em que se estipula uma única sanção com uma única quantidade. Essas “penas únicas” formulam-se comumente do seguinte modo: “tal crime será punido de pena de morte” ou “degradação cívica” ou “6 (seis) anos de prisão”. Nesses casos, fica estranho falar em pena “mínima” ou “máxima” porque existe uma *telescopagem* entre os dois valores extremos, isto é, esses extremos encaixam-se formando uma unidade.<sup>3</sup> Literalmente, não existe nem mínima nem máxima pela simples razão de que não existe uma escala interna à própria pena. É claro, um observador pode ver essa pena única com quantidade única como sendo a

---

<sup>3</sup> O termo “telescopagem”, não dicionarizado em língua portuguesa, torna muito visível o amálgama que se forma entre as mínimas e as máximas nesses casos. Remete ao telescópio, em que as diversas partes que o compõem encaixam-se umas nas outras. O termo vem do francês: *télescopier, télescope*.



radicalização da idéia de pena mínima. Pode também, no sentido contrário, ver a pena mínima prevista nos demais crimes como sendo o resultado histórico de uma flexibilização dessas “penas únicas com quantidades únicas”. Podemos encontrar também normas de sanção que contém duas ou mais penas únicas com quantidade únicas. Por exemplo, “tal crime pode ser punido com a pena de morte ou com a pena de deportação”. O que devemos fazer aqui? Devemos ver a pena única com quantidade única como um equivalente funcional da pena mínima ou, ao contrário, devemos incluí-la em nossa definição de “pena mínima”?

Ainda do ponto de vista conceitual, é importante atentarmos para o fato de que a presença de uma pena *mínima* na legislação criminal não nos diz imediatamente nada de definitivo sobre o seu estatuto: se ela é simplesmente *indicativa* (facultativa) ou *obrigatória* e, se ela é obrigatória, *sob que condições*. O estatuto das penas mínimas (obrigatórias/indicativas) não é “evidente” na literalidade da norma: ele exige sempre uma interpretação-compreensão por parte dos tribunais. Existe aqui uma “interação” entre legislador e tribunal e essa interação pode se orientar em direções opostas segundo cada caso: o legislador pode flexibilizar a pena mínima obrigatória para favorecer as sanções menos severas ou não prisionais e o tribunal pode limitar sua própria flexibilidade para favorecer a prisão; o legislador pode querer, ao contrário, reduzir o poder discricionário do tribunal para impor penas mais severas (de prisão) e o tribunal pode flexibilizar o seu poder discricionário para melhor individualizar a pena e aplicar uma pena que ele julga “justa” ao caso concreto, etc. Deve-se notar também que esses movimentos de “desacordo” não são quase nunca *internamente* consensuais: no momento da criação da lei, os políticos (“legislador”) podem não estar inteiramente de acordo entre eles e decisões subseqüentes dos tribunais podem, ao mesmo tempo, seguir e não seguir o que parece estar na legislação. Este é um fenômeno empírico que encontramos em qualquer país ocidental.

A definição de pena mínima proposta nessa pesquisa será desenvolvida a seguir em duas etapas. Em primeiro lugar, situaremos as penas mínimas entre as “normas de sanção” e explicitaremos as quatro categorias que compõem uma representação indutiva, ainda provisória, das normas de sanção na legislação criminal. Em seguida, apresentaremos os elementos da definição de pena mínima construída no decorrer da pesquisa.

## 2.2 A PENA MÍNIMA É UM TIPO DE NORMA DE SANÇÃO

Retomando aqui uma distinção fundamental de Hart (1961), comecemos por lembrar que a pena mínima se apresenta como uma “norma de segundo grau” ou uma “norma de segundo nível”, como preferimos dizer para preservar a terminologia proposta por Gavazzi (1967, p. 146-147). Mais especificamente, ela é uma “norma de sanção” e não somente uma sanção (sem norma). O que significa isso?

Deixando de lado a discussão sobre as várias distinções que foram propostas pelo direito, partiremos aqui de duas distinções fundamentais propostas por Hart: a distinção entre *normas primárias/secundárias* e a distinção entre *normas de comportamento/normas de sanção*.

Para os propósitos desse texto - que consiste essencialmente em estabelecer distinções úteis para uma observação empírica das normas - *o objetivo da primeira distinção* será o de fixar a representação de diferentes *níveis* ou *camadas* de normas, independentemente de qualquer aceção *cronológica* ou *axiológica*.<sup>4</sup>

A primeira distinção chama assim nossa então atenção para *dois níveis* ou *camadas* de normas: as normas que podem ser observadas como independentes de outras ou como *inteligíveis por elas mesmas* sem referências a outras normas (normas de 1º nível) por oposição às normas que são *relativas a outras normas* ou que são *estritamente dependentes* de outras normas para serem compreendidas (normas de 2º nível) (HART, 1961, p.105). O conceito de norma de 1º nível coincide assim com o conceito de normas de comportamento: todas as normas de comportamento são normas de 1º nível e só as normas de comportamento são normas de 1º nível. As normas de processo e de sanção são sempre normas de 2º nível.

Com efeito, como diz Hart, as normas do 1º nível “dizem respeito às *ações* que os indivíduos devem ou não devem fazer” (grifo nosso) enquanto que as normas do 2º nível “respeitam todas às próprias regras primárias [normas do 1º nível]” (1961, p. 119; 1986, p. 104). Retomamos aqui a bela e eloqüente expressão de Hart que designa as normas de 2º nível como “normas parasitárias” com relação às normas situadas no 1º nível.

As normas de primeiro nível são, portanto, as normas de comportamento, pouco importando a maneira pela qual elas são linguisticamente formuladas (por exemplo, “Para entrar nesse restaurante é necessário estar com paletó e gravata” ou ainda “É proibido torturar”).<sup>5</sup>

As normas de sanção, por outro lado, como normas de segundo nível, dirigem-se às autoridades e são estreitamente dependentes das normas de comportamento (de 1º nível). Dessa forma, as normas de sanção “permitem ou obrigam a aplicação” de uma determinada sanção (PIRES, 2004). Indicando à autoridade a sanção *passível de ser aplicada* diante de um caso concreto, as normas de sanção podem ser elaboradas de diferentes modos. Vejamos alguns exemplos: (i) “A pena máxima é de 10 anos”; (ii) “Se o culpado socorrer a vítima a pena pode ser reduzida ou suspensa”; (iii) “Se o processo for iniciado 15 anos após a cometimento do crime a pena de prisão não poderá ser aplicada”; (iv) “A pena de reparação tem prioridade sobre a pena de prisão nos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência”.

---

<sup>4</sup> Ver, sobre isso, GAVAZZI (1967, p. 146-147) que quer se liberar da dupla ambigüidade da terminologia primária/secundária: (i) a representação horizontal ou cronológica (por oposição a representação vertical) e (ii) a representação valorativa ou de um julgamento de valor que consideraria um nível de norma mais importante que o outro.

<sup>5</sup> Não podemos desenvolver essa discussão aqui. É suficiente lembrar que não adotamos aqui o ponto de vista, freqüentemente associado à Kelsen, segundo o qual o direito criminal não formularia normas de comportamento, mas exclusivamente normas de sanção. Como lembra Hart (1961, p. 54), para Kelsen não existe no direito criminal uma norma de direito proibindo o homicídio, mas somente normas dizendo o que se deve fazer se um homicídio for cometido. Nós adotamos aqui o ponto de vista de Hart: existem sim normas de comportamento dentro da estrutura normativa do direito criminal.

A partir do estudo de diferentes legislações criminais ocidentais e da forma como expressam as normas de sanção, procuramos identificar as principais categorias que as compõem. Como indicado no quadro 1, abaixo, as normas de sanção podem ser decompostas em quatro categorias, cada uma delas contendo distintas possibilidades.

QUADRO 1: REPRESENTAÇÃO INDUTIVA DAS NORMAS DE SANÇÃO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL				
Norma de Comportamento	Tal crime...			
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Possibilidades: - Qualquer tipo de sanção disponível para os tribunais	Possibilidades: - Única - Mínimo/máximo - Só mínimo - Só máximo	Possibilidades: - Cumulativa (E) - Alternativa (OU) - Não há duas ou mais sanções previstas	Possibilidades: - Homogênea: em um mesmo tipo de pena - Heterogênea: mescla de tipos diferentes de pena - Não há escala (hipóteses de penas únicas)

A primeira categoria diz respeito à qualidade ou ao tipo da pena. A categoria contempla todos os tipos de sanção que estão à disposição do juiz na legislação, independentemente da localização dessas normas de sanção no ordenamento jurídico.

Em seguida, na categoria referente ao *quantum* das sanções, quatro grandes possibilidades se colocam. A norma de sanção pode indicar uma quantidade única de pena, pode fornecer um patamar mínimo e um máximo, ou ainda, um dos dois limites, isto é, apenas o máximo ou apenas mínimo.

A terceira categoria busca indicar, na hipótese da norma de sanção prever mais um tipo (qualidade) de sanção, qual a relação entre elas, isto é, se devem ser aplicadas cumulativamente ou se indicam uma escolha ao juiz.

Por fim, a quarta categoria busca chamar a atenção para dois tipos de possibilidade de escala que podem se estabelecer nas normas de sanção. Chamamos aqui “homogêneas”, as situações nas quais a gradação prevista na norma de sanção é estabelecida dentro de uma mesma qualidade de pena (exemplo: 1 a 6 meses de prisão). As “heterogêneas”, por outro lado, indicam a existência de uma escala que combina diferentes tipos de pena (exemplo: 30 dias-multa a 2 anos de prisão). Em outras palavras, nesses casos, a escala mínimo-máximo não é construída exclusivamente em função da quantidade da pena, mas também em função da qualidade (ou do tipo) de pena.

Como veremos a seguir, a definição de pena mínima que adotaremos aqui *implica* ou *favorece* algumas das possibilidades indicadas no quadro 1 e *exclui* ou *não favorece* outras. Trata-se, enfim, de uma forma muito específica de redigir normas de sanção.

## 2.3 OS ELEMENTOS DA DEFINIÇÃO DE PENA MÍNIMA

Mas afinal, o que é a “pena mínima”?

Do ponto de vista semântico, é possível identificar diferentes maneiras de redigir e de compreender uma determinada norma de sanção. Uma maneira seria a seguinte: “tal crime. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos”;<sup>6</sup> Note-se que nessa formulação as expressões “pena mínima” e “pena máxima” não aparecem no texto, mas o sentido é dado pela escala “de... a...”. Em outras situações, os termos “mínimo” e “máximo” podem aparecer: “Quem cometer tal crime pela segunda vez é passível de uma pena mínima de prisão de 14 dias e de uma pena máxima de prisão de 6 meses”;<sup>7</sup> Há outras formulações, entretanto, que podem gerar dúvidas quanto à compreensão: “tal crime é punido de 15 (quinze) anos de reclusão”.<sup>8</sup> No caso dessa formulação, e se nos ativermos somente às informações veiculadas nessa frase ou artigo, podemos compreender essa mensagem de pelo menos duas maneiras. Em primeiro lugar, podemos estar diante de uma pena única (prisão) com quantidade também única. É a interpretação mais literal. Mas podemos também, em segundo lugar, estar diante de uma pena *máxima* que pode ou não ter uma pena mínima formulada em outro lugar.

Como veremos adiante, no caso do Código Penal Francês, de onde extraímos essa ilustração, é a segunda forma de compreensão que seria válida. Esse código apresenta na parte especial exclusivamente as penas máximas. Trata-se aqui então de uma pena máxima (para a primeira infração). As penas mínimas se encontram formuladas na parte geral do código. E lá podemos ler que esse crime tem uma pena mínima de 1 ano (primeira infração). Esse exemplo nos oferece duas observações importantes. A primeira é que não podemos nos fiar na formulação que acompanha freqüentemente (mas não sempre) cada crime para dizer se existe ou não uma pena mínima. A segunda observação é que a pena legislativa mínima/máxima pode se encontrar redigida na parte geral, na parte especial (no tipo penal ou fora dele), em outra lei etc.

Nesta pesquisa, as variações semânticas que acabamos de mencionar não são verdadeiramente importantes. Qualquer que tenha sido a redação do legislador, o que importa para a definição de pena mínima que adotamos aqui é a margem de atuação deixada ao juiz no momento de fixação da pena. Vejamos agora, com mais detalhe, os elementos que a compõem.

Partiremos da definição de “pena mínima” que nos foi legada pela Comissão Canadense sobre a Determinação da Pena (1987) presidida pelo juiz Omer Archambault (adiante “Comissão Archambault”). De acordo com a Comissão, a pena mínima se apresenta sob a forma de uma decisão

---

<sup>6</sup> Exemplo inspirado no Código penal brasileiro, art. 157 (roubo).

<sup>7</sup> Exemplo inspirado no Código criminal canadense (art. 255 na edição de 1992).

<sup>8</sup> Exemplo inspirado do Código penal francês de 1992, art. 222-23 (estupro).

do legislador [que] circunscreve o poder discricionário dos juízes, obrigando-os a impor uma pena [usualmente] de prisão e especificando sua duração mínima (Comissão Archambault, 1987, p. 192).

Essa definição ressalta os três elementos centrais da definição de pena mínima que adotaremos aqui: a (i) obstrução do legislador à decisão do juiz no que diz respeito (ii) ao tipo de pena ou à qualidade da sanção (orientando o juiz automaticamente para a pena de prisão) e (iii) no que diz respeito à quantidade da sanção a ser dada pelo direito criminal (estabelecendo um *quantum* pré-determinado e usualmente elevado).

### **Elemento 1 – Obstrução do legislador à decisão do juiz**

A idéia de “obstrução do legislador à decisão do juiz” constitui a peça-chave da definição de pena mínima. Voltaremos a esse ponto várias vezes no decorrer desse texto, mas é importante registrar desde já que os dados empíricos colhidos no decorrer da pesquisa permitem a identificação de matizes na noção de “obstruir”. Nesse momento é suficiente dizer que a “pena mínima” prevista na legislação pode ser mais ou menos coercitiva. Isso significa que não estamos diante de uma situação de “sim” ou “não” (“obstrui” ou “não obstrui”), mas de arranjos muito diversos que podem ir desde a simples *indicação* na lei de um patamar mínimo – permitindo ao juiz fixar abaixo quando julgasse adequado ao caso concreto – até a proibição absoluta de se pronunciar abaixo daquela tarifa. Podemos dizer, de maneira geral, que as formas mais coercitivas são aquelas que mais impedem o juiz de adaptar a pena ao caso concreto diante dele. Dito de outra maneira: a forma mais coercitiva é aquela que se opõem mais radicalmente ao princípio da *individualização da pena*.

A noção de “individualização da pena” adotada nesse relatório coloca em primeiro plano a existência de um *indivíduo concreto e determinado* em relação ao qual essa operação de escolha e determinação da pena se realizará. Não se limita, portanto, à idéia de “graduar” ou “escalonar” penas conforme certos critérios pré-estabelecidos. Isso significa que sempre que nos referirmos à “individualização da pena” estamos necessariamente excluindo as balizas e especificações definidas na legislação. A individualização é, enfim, uma atividade que somente pode ser desenvolvida pelo juiz (na sentença ou no decorrer da execução da pena). Voltaremos a esse ponto adiante, quando tratarmos dos fundamentos atribuídos à pena mínima (item 4.1.).

### **Elemento 2 – Qualidade da sanção: favorecimento da prisão**

No tocante à qualidade da sanção, decidimos incluir no próprio conceito de “pena mínima” a idéia de favorecimento à pena de prisão.<sup>9</sup> É claro que essa prática legislativa pode aparecer em várias outras modalidades de sanção, e a Comissão Archambault estava

---

<sup>9</sup> Neste relatório usamos indistintamente os termos *prisão*, *pena privativa de liberdade*, *reclusão* e *detenção*.

planamente consciente disso.<sup>10</sup> O exemplo mais conhecido e utilizado é o da pena de multa. Nesse caso o legislador também (i) circunscreve o poder discricionário dos juízes obrigando-os a (ii) impor necessariamente uma multa (qualidade da sanção) a ser definida no intervalo entre (iii) um valor monetário mínimo pré-fixado superior ao valor mínimo possível (quantidade da sanção).

No Brasil, encontramos a indicação de um mínimo também na pena de prestação pecuniária, considerada uma “pena restritiva de direito” (art. 45, parágrafo 1º do Código Penal). Este tipo de formulação aparece até mesmo nas medidas de segurança que, em nosso sistema, conjuga as idéias de periculosidade e tratamento, com um tempo mínimo obrigatório de internação<sup>11</sup>. Voltaremos a abordar essas combinações paradoxais quando tratarmos da teoria da reabilitação (item 4.1.b)

Ainda que, nesse casos, o mecanismo de obstrução da atividade decisória seja muito semelhante, neste relatório focalizaremos as penas mínimas de prisão.

### **Elemento 3 – Quantidade de sanção: sempre superior à menor possível**

É importante registrar também que a quantidade de pena prevista na chamada pena mínima nunca exprime realmente a *mínima quantidade possível* para aquela espécie de pena. Em outras palavras: o valor da pena mínima nunca é o mínimo. Por exemplo, na pena mínima de multa o valor nunca aparece no formato “um real” e, na pena de prisão, nunca aparece como “um dia” de prisão. A idéia de “pena mínima” implica sempre um patamar relativamente elevado com relação ao mínimo possível. Em alguns casos, esse patamar pode ser extremamente elevado: 5, 15, 25 anos de prisão.

Esta forma de conceber a escala de penas nos remete à imagem de um elevador que nunca pode ir até o térreo... É possível ir do 4º ao 20º andar, mas não é possível descer até o 3º, o 1º ou o andar térreo. A imagem do elevador torna visível também a rigidez no que concerne à qualidade da pena, que acabamos de mencionar. Quando concebemos a gradação da pena como um “elevador”, torna-se impossível iniciar o percurso no “elevador da reparação”, passar pelo de prestação de serviços à comunidade e terminar, se for o caso, no elevador da privação de liberdade...

Essa quantidade mínima obrigatória de tempo a ser cumprido em prisão pode assumir várias formas na legislação criminal. Além da cota diretamente prevista na norma de sanção, a mesma situação aparece também quando o legislador fixa um período de tempo no decorrer do qual não é possível sequer pleitear a liberdade condicional. Trata-se

---

<sup>10</sup> Sobre a existência de outros tipos de “penas mínimas” que não implicam a prisão necessariamente, ver Comissão Archambault (1987, p. 194). À guisa de ilustração, é possível mencionar a lei de contravenções penais que estabelecem pena mínima e máxima de multa somente, sem menção à prisão (Decreto-lei nº 3.688/1941, art. 22, por exemplo).

<sup>11</sup> O Anexo 3 do relatório integral discute a constitucionalidade da previsão de mínimos e máximos nas medidas de segurança, bem como o obstáculo que o patamar mínimo coloca para os princípios de utilidade terapêutica do tratamento e de desinternação progressiva.

também de uma forma da lei (sistema político) obrigar o juiz do processo e da execução (sistema jurídico) a manter um indivíduo na prisão mesmo que as circunstâncias do caso concreto indiquem ser desnecessária – e até fortemente contra-indicada – a permanência na prisão.

## 2.4 OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE A DEFINIÇÃO DE PENA MÍNIMA

Nossa definição de pena mínima é composta, portanto, por três elementos centrais: obstrução do legislador à atuação do juiz, favorecimento da prisão e quantidade sempre acima da menor possível. Para encerrar essa primeira seção, façamos três esclarecimentos finais sobre essa definição.

Em primeiro lugar, como se pode notar, esses três elementos não fazem qualquer referência à localização da pena mínima no conjunto do ordenamento jurídico. Isso significa que, para a definição adotada aqui, a norma fixando a pena mínima pode não se encontrar junto com a definição do crime no “tipo penal”. Ela pode estar na parte geral de um código criminal, em uma seção da parte especial do código para fazer referência a todos os crimes incluídos nesta seção, etc. Em outras palavras, colada ou não ao tipo penal, a pena mínima *integra* a norma de sanção.

Em segundo lugar, é importante que reconheçamos que há várias outras práticas legislativas que “obstruem a atuação do juiz” e “favorecem a pena de prisão”. Referimo-nos aqui, por exemplo, a certas normas que regulam a *execução penal*. Nesses casos, a obstrução alcança não apenas o juiz sentenciante, mas também o juiz encarregado da execução da pena que fica impedido de liberar o preso mesmo quando considera a medida apropriada e, até mesmo, necessária à sua inclusão social. A previsão de hipóteses muito específicas de perdão judicial também poderia ser vista como limitação à atuação do juiz que favorece a pena de prisão. Sobretudo em situações nas quais o juiz tomaria outra atitude diante do caso concreto, se o legislador permitisse. Esses casos, entre outros semelhantes, poderiam integrar um conceito genérico de pena mínima composto pelos dois primeiros elementos da definição.

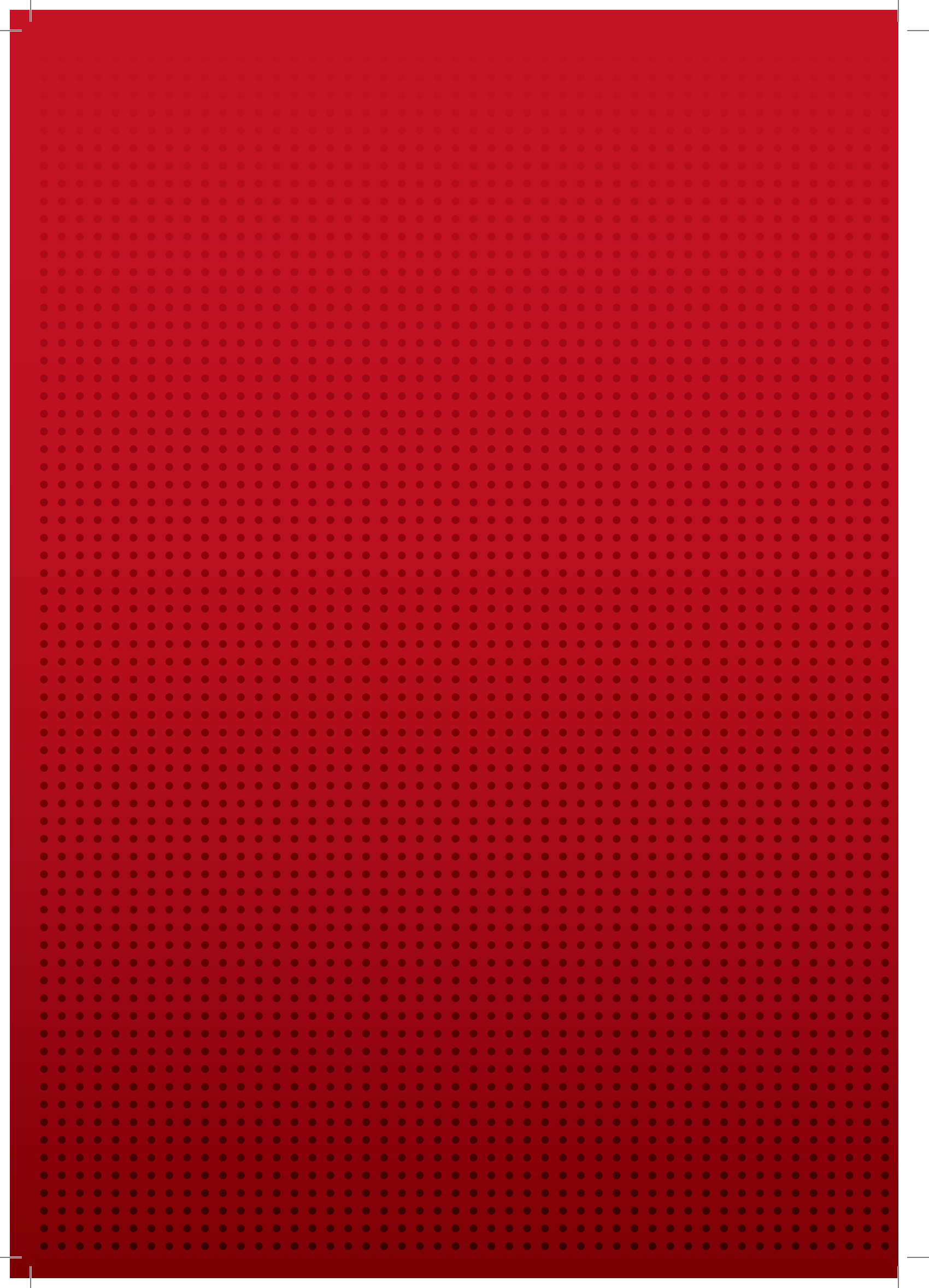
No entanto, o presente estudo focaliza as situações nas quais a prática legislativa de “obstruir o juiz” e “favorecer a prisão” realiza-se pelo estabelecimento de patamares mínimos de pena privativa de liberdade para determinadas condutas e/ou para determinados grupos de autores (por ex. os reincidentes). As demais obstruções que se realizam após a fixação da pena em concreto bem como as que dizem respeito a situações extremamente particulares, serão mencionadas ocasionalmente, mas não integram o objeto central da pesquisa.

Em terceiro lugar, é importante destacar que esses três elementos da definição de pena mínima podem não explicitar suficientemente a profunda diferença que existe entre ela e a pena máxima. Ambas podem ser vistas como uma forma de obstruir a atividade do juiz, mas se trata de uma obstrução completamente distinta.

Quando estabelecemos uma pena máxima, estamos dizendo que, na pior das hipóteses, na situação mais grave ou mais séria, este é o máximo de pena tolerável pelo direito de punir em um Estado democrático e de direito. Para aquela qualidade de pena (multa ou prisão, geralmente), não podemos exceder determinada quantidade. Para retomar a imagem do elevador, com a pena máxima indicamos onde termina o edifício. Mas não impedimos que o juiz pare no andar que considerar mais conveniente de acordo com as circunstâncias do caso concreto, isto é, individualize a pena.

Vale a pena insistir na heterogeneidade dessas duas penas: enquanto a máxima é uma forma de garantir ao réu que o exercício do direito de punir não poderá ir além de determinado limite; a pena mínima é uma forma de impedir que o direito de punir seja exercido de modo adequado e individualizado. Voltaremos a essa diferença quando tratarmos das justificativas apresentadas às penas mínimas (item 4.2.2.). Mas antes disso, apresentaremos um breve panorama do surgimento e desenvolvimento das penas mínimas nas práticas legislativas da França, Brasil e Canadá.





### 3. AS PENAS MÍNIMAS NA PRÁTICA LEGISLATIVA. ILUSTRAÇÕES DAS CODIFICAÇÕES FRANCESA, BRASILEIRA E CANADENSE

Nesta seção, percorreremos as práticas legislativas em matéria de sanção criminal, nos últimos dois séculos, na França, no Brasil e no Canadá. Nosso objetivo aqui é fornecer um variado conjunto de ilustrações sobre a forma de redigir normas de sanção e, especialmente, penas mínimas. Para facilitar a visualização do que se manteve e do que se transformou nesse âmbito, adotaremos sempre o mesmo modelo de representação das normas de sanção (quadro 1, *supra*).

#### 3.1 FRANÇA

Iniciemos pelo Código Penal Francês de 1791. O Código começa pelas penas (título I ao VII) e, em seguida, trata dos crimes e suas punições. As penas previstas são as seguintes: morte, ferros, formas de reclusão, detenção, etc., deportação, degradação cívica e pelourinho (“carcan”). A pena de multa não aparece no rol “das penas em geral”<sup>1</sup>, mas está prevista em alguns poucos crimes, sempre como acréscimo a outra pena, ou seja, não constituía uma pena autônoma. Vale notar também que em algumas situações há indicação expressa de que a sanção será aplicada “sem prejuízo da restituição dos valores recebidos ilegitimamente”.<sup>2</sup>

Na segunda parte do Código, dedicada aos crimes e suas punições, todas as penas previstas são fixas e únicas.<sup>3</sup> A estrutura da norma penal seria a seguinte:

---

1 Primeira Parte (Das condenações), Título I (Das penas em geral).

2 Segunda Parte (Dos crimes e suas punições), Título I (Crimes e Atentados contra a coisa pública), Seção V (Crimes de funcionários públicos no exercício de suas funções).

3 Outros exemplos são: Tal crime, “será punido de pena de morte”; Tal crime, “será punido de 6 anos de detenção se for cometido com armas e de 3 anos se for cometido sem armas”; Tal crime, “será punido de degradação cívica”.

EX. 1 - CÓDIGO PENAL FRANCÊS (1791) – ART.19				
<b>Norma de Comportamento</b>	Tal crime...			
<b>Norma de Sanção</b>	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Reclusão	6 anos	Não há	Não há

Trata-se da maneira mais elementar ou mais rudimentar de redigir uma sanção. Não há opção entre diferentes tipos de pena e nenhuma das penas previstas comporta gradação. Parece também não permitir que o juiz suspenda a aplicação da pena ou a considere não pertinente. Naquele momento, essa maneira simples de escrever a lei era compensada por uma grande liberdade para aplicar ou não a pena e até mesmo para substituí-la. A lei era rudimentar, mas não era rigorosa ou estrita. Entretanto, na sua forma escrita, ela é comunicada como se fosse estrita e inflexível.

Além disso, nesse momento ainda era muito difícil pensar a independência entre o direito e a política. 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.

Duas décadas mais tarde, no Código Penal Francês de 1810, é possível observar ainda um grande número de penas únicas, mas aparecem duas outras figuras. Em primeiro lugar, as penas cumulativas *obrigatórias* que não estavam no Código de 1791. Essas penas assumem a seguinte forma:

EX. 2 - CÓDIGO PENAL FRANCÊS (1810) – ART. 91				
<b>Norma de Comportamento</b>	Tal crime...			
<b>Norma de Sanção</b>	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Pena de morte	-	Cumulação (E)	Não há
	Confisco de bens	-		

É nesse momento que aparece também a forma “clássica” de pena mínima inclusive aplicada às penas cumulativas obrigatórias.

EX. 3 - CÓDIGO PENAL FRANCÊS (1810) – ART. 105				
<b>Norma de Comportamento</b>	Tal crime...			
<b>Norma de Sanção</b>	Qualidade	Quantidade		Relação entre duas ou mais sanções
	Reclusão	2 anos	5 anos	Cumulação (E)
	Multa	500f	2.000f	

A indicação de diferentes tipos de penas junto a um mesmo crime sempre indicava cumulação e nunca alternativa.

A idéia de margem, trazida pelo advento dos mínimos e máximos, manteve essa lógica. Dessa forma, a divisão entre um chão e um teto – às vezes um andar intermediário também – sempre diz respeito a um mesmo tipo de pena (reclusão, detenção, multa).

Além de estabelecer mínimos e máximos, o Código Penal de 1810 estabeleceu também, ao final do Livro 3 sobre “os crimes, os delitos e sua punição”, uma disposição geral que autoriza os tribunais a reduzirem as penas de prisão e de multa abaixo dos mínimos legais previstos quando o prejuízo for inferior a 25 francos e as *circunstâncias parecerem atenuantes*:

Disposição geral. Art. 463 – Em todos os casos em que a pena de prisão é estabelecida pelo presente Código, se o prejuízo causado não excede 25 francos e se as circunstâncias parecem atenuantes, os tribunais são autorizados a reduzir a prisão, mesmo abaixo de 6 dias e a multa mesmo abaixo de 16 francos. Os tribunais poderão também pronunciar separadamente uma ou outra dessas penas, sem que, em qualquer caso, ela possa estar abaixo das penas de polícia.

Os mínimos das “penas de polícia” previstas para as contravenções também estão indicados no Código: 1 dia (de 24 horas) de prisão e 1 franco de multa (art. 465 e 466). Vale a pena notar que, nessa formulação, a norma de sanção nos indica que não podemos chegar à pena zero, em nenhuma das qualidades, mas podemos reduzi-la até um patamar bastante baixo. Ademais, trata-se de uma *autorização do legislador* para que o juiz decida a pena conforme as peculiaridades do caso. O legislador sequer indica quais são as hipóteses de atenuação que considera relevante ou suficiente para gerar a redução, basta que, de acordo com o tribunal, as circunstâncias pareçam atenuantes e o prejuízo, caso exista, não seja superior a um determinado patamar.<sup>4</sup>

Essa breve menção à forma como o legislador francês redigiu as sanções penais em 1791 e em 1810 permite visualizar um duplo significado no surgimento das penas mínimas. Comparadas às penas fixas, o advento das penas mínimas parece indicar uma primeira forma de reconhecer a complexidade dos problemas que o direito deve enfrentar bem

<sup>4</sup> Chamamos a atenção para os crimes que não comportam um prejuízo monetário passível de quantificação e que, em princípio, poderiam ser alcançados por essa disposição geral apenas em função das circunstâncias atenuantes.

como a necessidade de delegar ou distribuir tarefas entre os poderes estatais. As penas mínimas e penas fixas compartilham uma mesma fundamentação (as teorias da pena) e têm, na prática, um efeito muito similar. Em ambos os casos, é o legislador quem decide qual deve ser a *pena necessária* para as condutas abstratamente indicadas na lei. Ao julgador caberá transmiti-las como tais (no caso das penas fixas) ou aumentá-las, atentando às circunstâncias do caso concreto, até o limite estabelecido em lei (no caso das penas mínimas).

Em 1992, após várias tentativas, um novo Código Penal é promulgado na França. Em matéria de penas, entre as várias modificações realizadas, a eliminação das penas mínimas previstas junto aos tipos penais tem grande destaque. Um comentarista do novo Código descreveu essa alteração nos seguintes termos:

Somente são previstas no novo código penal as penas máximas que podem ser pronunciadas pelo juiz. O desaparecimento dos mínimos marca a vontade do legislador de reconhecer ao juiz uma plena liberdade na determinação da pena. (TERRIER, 1993, p. 34).

No prefácio do mesmo volume, tratando as alterações do novo código francês de modo mais amplo, outro comentarista afirma que o texto “consagra a primazia do juiz na determinação da sanção, aumentando as possibilidades de individualização da pena” (VAUZELLE, 1993, p. 12).

A exposição de motivos do novo código, por sua vez, destaca o caráter obsoleto das penas mínimas previstas até então.

Enfim, para simplificar a prática judiciária, o projeto fixa o máximo da pena prevista (*peine encourue*) sem fixar também um mínimo. Com efeito, em razão da utilização de atenuantes, esse mínimo tornou-se ilusório ou falacioso. Seria, portanto, mais conforme à realidade judiciária determinar o máximo previsto e deixar aos juízes a tarefa de escolher a quantidade da pena aplicável (Exposição de motivos, 1993, p.414-415).

Como nos explica SEUVIC (2008, p. 115), o sistema denominado “intervalo legal” (*fourchette légale*) – em referência aos patamares mínimos e máximos – adotado no Código Penal de 1810 e mantido na legislação até a reforma de 1994 deixou de ter real importância em razão da liberalização completa do reconhecimento de circunstâncias atenuantes por parte dos juízes.<sup>5</sup> “A tal ponto que, para reintroduzir uma repressão rigorosa, o legislador teve que reagir transformando crimes em delitos que proibiam o reconhecimento de atenuantes”. (SEUVIC, 2008, 115)

A menção ao caráter “ilusório” ou “falacioso” da pena mínima prevista no tipo penal chama nossa atenção para duas situações. Em primeiro lugar, indica que a legislação criminal pode conter diversas outras normas (de sanção) que modificam ou complementam o alcance daquela constante junto ao tipo. Nesse caso, a possibilidade de reduzir a pena

---

<sup>5</sup> Sabemos que a além da disposição geral d art. 463 do Código Penal de 1810 que acabamos de mencionar, uma lei de reforma de 1824 expandiu as possibilidades de atenuação da pena, mas ainda não tivemos acesso à íntegra da lei. (SALEILLES, 1898; 2006, p. 32)

abaixo do mínimo decorre da incidência de atenuantes previstas na parte geral. Em segundo lugar, essa passagem da exposição de motivos nos faz ver que a pena mínima prevista pelo legislador pode ser ilusória ou falaciosa quando observamos a forma como os tribunais determinam as penas *em que pese à existência da pena mínima na lei*.

A idéia de maximizar a individualização da pena é enfatizada também nos documentos legislativos produzidos em razão do novo código. Entre as outras medidas que “favorecem a individualização da pena” mencionadas nesse documento está a supressão das “penas complementares obrigatórias” e das “penas acessórias de privação de direitos” cívicos e familiares que até então constituíam efeitos automáticos de certas condenações penais e que, a partir da reforma do Código, passaram a depender de pronunciamento expreso por parte do juiz.

Enfim, diversas disposições reforçam o papel do juiz no favorecimento da individualização da pena. Esse é o caso da supressão das penas mínimas e dos mecanismos de circunstâncias atenuantes: as disposições dos livros II a V não prevêm nada além dos patamares máximos das penas de prisão ou de multa. Dessa forma, o juiz tem a possibilidade, mesmo sem ser obrigado a reconhecer a existência de circunstâncias atenuantes, de descer na escala de penas, o tanto que ele desejar, com exceção, em matéria criminal, de um patamar mínimo estabelecido, de acordo com o caso, a um ou dois anos de prisão.<sup>6</sup>

Essa última passagem apresenta mais detalhes sobre a supressão de penas mínimas na reforma francesa de 1992. As mínimas foram eliminadas dos tipos penais, que passaram a ser redigidos apenas com o máximo da pena prevista para o crime. Apenas para ilustrar, o primeiro artigo da parte especial do Código Penal Francês tem a seguinte redação: “Art. 211-1. Constitui um genocídio...” e, após o detalhamento das condutas, dispõe: “O genocídio é punido com prisão perpétua”.<sup>7</sup>

No entanto, o legislador manteve, em uma norma separada sobre a aplicação da pena (*prononcé des peines*), uma pena mínima genérica para os crimes punidos com pena perpétua e com pena de reclusão de 30, 20 ou 15 anos. De acordo com o artigo 132-18, nos crimes punidos com prisão perpétua o juiz poderá pronunciar uma pena de prisão por tempo não inferior a 2 anos. Para os demais casos, a pena não poderá ser inferior a um ano. Essa “norma de sanção genérica”, por assim dizer, diz respeito apenas aos “crimes”, o que exclui, de acordo com a sistemática da legislação francesa, os “delitos” e as “contravenções”.<sup>8</sup>

---

6 *Circulaire du Garde des Sceaux du 24 juillet 1992 relative a la publication des quatre lois du 22 de juillet 1992 constituant le nouveau code pénal* » em Terrier (1993, p. 432). No mesmo sentido, a exposição de motivos do novo código esclarece que “tratando-se de sanções privativas de liberdade, foram mantidos os patamares mínimos (*planchers*) abaixo dos quais o juiz da condenação não pode ir caso determine uma pena de prisão (...)” (TERRIER, 1993, p. 414-415).

7 Todas as citações ao código penal francês foram traduzidas livremente ao português. Os textos originais estão disponíveis no sítio *Legifrance*, no endereço indicado nas referências documentais (último acesso 15.10.09).

8 Sobre essa distinção, a exposição de motivos do código francês de 1992 esclarece que “a distinção tripartite (crimes, delitos, contravenções) é conservada. Mas esta distinção não repousa mais somente sobre a natureza das penas previstas. É a gravidade do atentado causado à sociedade que determina a natureza jurídica da infração e, logo, a pena aplicável”. « *Exposé de motifs du projet de loi portant réforme du code pénal (Livres I – III) déposé le 20 février 1986 par Monsieur Robert Banditer* » em Terrier (1993, p. 411-412). Em diante, “Exposição de motivos, 1993”

Dessa forma, no caso do genocídio, teríamos uma norma com a seguinte estrutura:

EX. 4 - CÓDIGO PENAL FRANCÊS (1994) – ART. 221-1					
Norma de Comportamento	Tal crime...				
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade		Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Prisão	2 anos	Perpétua	Não há	Homogênea

Art. 132-18

Em 2007, a questão das penas mínimas passa a ocupar papel central no âmbito da “luta contra a reincidência”, considerada “uma das prioridades da política penal do governo” de ultra-direita Nicolas Sarkozy. Logo nos primeiros dias da nova legislatura, em 13 de junho de 2007, o governo apresentou ao Senado um projeto de lei sobre o tema. Em face da solicitação de urgência, em pouco mais de um mês o projeto foi aprovado pelo Senado e pela Assembléia Nacional. Em conformidade com o dispositivo que permite a verificação da conformidade constitucional de leis antes de sua promulgação, o projeto foi encaminhado por deputados à apreciação do Conselho Constitucional.<sup>9</sup> Como veremos na próxima seção, dedicada à atuação dos tribunais, o projeto foi considerado *conforme a constituição* em decisão de 9 de agosto de 2007, sendo então “a lei reforçando a luta contra a reincidência” (Lei 2007-1198) promulgada em 10 de agosto de 2007.

Entre as várias disposições destinadas a “lutar contra a reincidência” prevista nesta lei, importa aos objetivos desta pesquisa a instauração de penas mínimas de prisão para os reincidentes. Mais especificamente, a lei insere novos artigos no Código Penal definindo penas mínimas aplicáveis desde a primeira reincidência para todos os crimes, bem como para os delitos punidos com, ao menos, 3 anos de prisão. A definição do *quantum* das penas mínimas em caso de reincidência foi fixada em função das penas máximas previstas nos tipos penais. Para os crimes, as penas mínimas para os reincidentes variam de 5 a 15 anos.<sup>10</sup> E, para os delitos, as penas mínimas variam de 1 a 4 anos.<sup>11</sup> O *quantum* foi então

<sup>9</sup> Constituição de 1958, art. 61. O texto encontra-se disponível em <http://www.elysee.fr/lapresidence>.

<sup>10</sup> “Art. 132-18-1. Para os crimes cometidos em situação de reincidência legal, a pena de prisão, reclusão ou detenção não pode ser inferior aos patamares seguintes: 1º Cinco anos, se o crime é punido com quinze anos de reclusão ou detenção; 2º Sete anos, se o crime é punido com vinte anos de reclusão ou detenção; 3º Dez anos, se o crime é punido com trinta anos de reclusão ou detenção; 4º Quinze anos, se o crime é punido com reclusão ou detenção perpétua. No entanto, o juiz pode pronunciar uma pena inferior a esses patamares considerando as circunstâncias da infração, a personalidade de seu autor ou as garantias de inserção ou reinserção por ele apresentadas. Quando um crime é cometido uma segunda vez em situação de reincidência legal, o juiz apenas poderá pronunciar uma pena inferior a esses patamares se o acusado apresentar garantias excepcionais de inserção ou reinserção”.

<sup>11</sup> “Art. 132-19-1. Para os delitos cometidos em situação de reincidência legal, a pena de prisão não pode ser inferior aos patamares seguintes: 1º Um ano, se o delito é punido com três anos de prisão; 2º Dois anos, se o delito é punido com cinco anos de prisão; 3º Três anos, se o delito é punido com sete anos de prisão; 4º Quatro anos, se o delito é punido com dez anos de prisão. No entanto, o juiz pode pronunciar, por uma decisão especialmente motivada, uma pena inferior a esses patamares ou uma pena não prisional considerando as circunstâncias da infração, a personalidade de seu autor ou as garantias de inserção ou reinserção por ele apresentadas. O juiz não pode pronunciar uma pena não prisional quando um dos delitos seguintes é cometido uma segunda vez em estado de reincidência legal: 1º Violências voluntárias; 2º Delitos cometidos com a agravante de violência; 3º Agressão ou atentado sexual; 4º Delito punido com 10 anos de prisão. Por uma decisão especialmente motivada, o juiz pode, no entanto, pronunciar uma pena de prisão de duração inferior aos patamares previstos no presente artigo se o condenado apresenta garantias excepcionais de inserção ou reinserção. As disposições do presente artigo não excluem a pena de multa e uma ou várias penas complementares.”

definido pelo legislador em aproximadamente um terço da pena máxima aplicável ao primário ou um sexto da pena aplicável ao reincidente. Desse modo, um crime de estupro, por exemplo, tem a pena máxima de 15 anos de reclusão para uma primeira infração e 30 anos em caso de reincidência. Para esse crime, a pena mínima prevista na parte geral do Código é de 1 ano. A nova lei passou a estabelecer para esse crime uma pena mínima de 5 anos em caso de reincidência. Da mesma forma, no caso dos delitos, para os quais não há previsão de pena mínima na parte geral para a primeira infração, a nova lei passa a estabelecer penas mínimas de 1 a 4 anos para os reincidentes, definidas de acordo com a pena máxima prevista. Um delito de tráfico de drogas, por exemplo, cuja pena máxima para a primeira infração é de 10 anos de prisão e de 20 anos em caso de reincidência, passa a ter uma pena mínima de 4 anos de reclusão.<sup>12</sup>

Para retomar nossa representação gráfica das normas penais, a modificação trazida pela Lei de 2007 duplica a norma de sanção existente para determinado crime ao instituir uma norma de sanção diferente para o reincidente. Ainda com exemplo do genocídio, teríamos:

EX. 5 - CÓDIGO PENAL FRANCÊS (1994, MODIFICADO EM 2007) – ART. 221-1					
Norma de Comportamento	Tal crime...				
Norma de Sanção (em caso de reincidência)	Qualidade	Quantidade		Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Prisão	15 anos	Perpétua	Não há	Homogênea

Art. 132-18-1

Ao lado dessas disposições, o legislador francês previu também o que o Relatório Geoffroy denominou “regime gradual de possíveis derrogações à aplicação das penas mínimas”. Esse regime distingue a “primeira reincidência” (duas infrações) da “reincidência agravada” (três infrações ao menos). No primeiro caso, o juiz pode aplicar uma pena inferior ao mínimo, justificando-a em função das “circunstâncias da infração, da personalidade de seu autor ou das garantias de *inserção*” (art. 132-18-1). No segundo caso, quando a “reincidência agravada” disser respeito a crimes considerados particularmente graves relacionados à violência, o juiz poderá aplicar a pena abaixo do mínimo estabelecido apenas “se o autor do fato apresentar garantias excepcionais de *inserção* ou *reinserção*”. Para os demais crimes, mesmo em caso de “reincidência agravada”, o juiz pode aplicar uma pena abaixo do mínimo motivando sua decisão com base nos mesmos critérios estabelecidos para a “primeira reincidência”. Nesse caso, o dispositivo exige do juiz uma “decisão especialmente motivada” (art. 132-19-1).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Para uma ampla explicação sobre os efeitos da nova lei de reincidência sobre o direito penal francês e também sobre as taxas de encarceramento, ver “Relatório Geoffroy, 2008”.

<sup>13</sup> A íntegra desses dispositivos, traduzidos ao português, encontra-se reproduzida acima, em nota de rodapé.



O Relatório Geoffrey chama atenção ainda para o fato de que o juiz, mesmo sem negar aplicação às penas mínimas, como nas hipóteses que acabamos de mencionar, pode conceder um *sursis* - simples, com condições ou vinculado à prestação de serviços à comunidade - no lugar de uma parte ou da totalidade da pena. O Relatório ressalta também que mesmo havendo um impedimento legal de beneficiar um reincidente pela terceira vez com o *sursis* integral, “o juiz conserva, entretanto, pela outorga de um *sursis* parcial, a possibilidade de reduzir, em larga proporção, a parcela de “regime fechado” da pena de prisão aplicada” (Relatório Geoffroy, 2008, p. 11).

Vários aspectos dessa recente experiência legislativa francesa merecem destaque. Poderíamos dizer que essa experiência nos convida a sofisticar a definição de pena mínima proposta na seção anterior. Com aquela definição em mente, seria adequado dizer que o legislador francês, por intermédio da fixação da pena mínima, está “obstruindo a atuação do juiz” e “favorecendo a pena de prisão”?

No primeiro caso, estamos diante de exigências e balizas mais estreitas à sua atuação, mas não se trata da *obstrução absoluta* que identificamos nas experiências legislativas brasileira e canadense, como veremos a seguir (itens 2.2. e 2.3.). No tocante à preponderância da sanção prisional, dois elementos parecem apontar no sentido contrário. O primeiro deles diz respeito ao fato de a pena mínima não representar um óbice à concessão do *sursis*. O segundo ponto - ao qual voltaremos adiante quando tratarmos dos fundamentos da pena mínima (item 4.1.) - refere-se ao recurso à finalidade de inserção e reinserção do reincidente como forma de afastar a aplicação das penas mínimas.

## 3.2 CANADÁ

No Canadá, a primeira codificação, chamada Código *Criminal* (e não Penal) entrou em vigor em 1892, fortemente inspirado em projetos de codificação penal britânica. O Código canadense previa penas severas para um grande número de infrações e “revelava estar fundado em uma lógica de castigo e dissuasão”<sup>14</sup>. Esse código é considerado herança de uma tradição legislativa segundo a qual a “gravidade relativa” das infrações é medida pela pena máxima a que estão submetidas. Pouquíssimas infrações previam penas mínimas. E as penas máximas mais freqüentes eram até 2 anos, até 7 anos, até 14 anos e perpétuas.<sup>15</sup>

No momento da redação do relatório da Comissão Archambault, em 1987, entre as mais de 300 infrações do Código Criminal e outras leis penais especiais, apenas dez infrações

---

<sup>14</sup> *Réformer la sentence. Une approche canadienne. Rapport de la Commission Canadienne sur la détermination de la peine. Canadá: 1987, p. 35. Esta comissão foi presidida por Omer Archambault. Em diante “Relatório Archambault, 1987”.*

<sup>15</sup> *Essas informações correspondem à sistematização feita por Acosta (1995, p. 90) das penas de prisão previstas no Código criminal canadense de 1892. Do total de 340 penas ali previstas, 68 eram de até 2 anos, 62 de até 7, 53 de até 14 anos e 42 penas eram perpétuas.*

eram passíveis de uma pena mínima obrigatória de prisão ou de multa. No entanto, esse “pequeno número de infrações” aumentou substancialmente nas décadas seguintes. Um levantamento realizado no ano 2000 identificou vinte e nove infrações com uma pena mínima obrigatória (CRUTCHER, 2001, p. 273).

Ao mesmo tempo, todas as comissões de reforma canadenses analisadas no relatório da Comissão Archambault que abordaram a questão das penas mínimas recomendaram que fossem abolidas. O relatório cita três delas (1952, 1969 e 1975) e destaca os principais argumentos utilizados para sustentar a recomendação de abolição: (i) a pena mínima tem tendência a viciar a administração da justiça, suscitando a vontade de dela subtrair determinados casos; (ii) a pena mínima representa uma limitação indevida ao poder discricionários dos magistrados e (iii) a pena mínima não gera os efeitos dissuasórios e preventivos (gerais ou especiais) que a ela atribuímos. Esse último aspecto foi desenvolvido pela Comissão de Reforma do Direito Canadense em 1975 nos seguintes termos:

Ainda que não exista nenhuma medida objetiva sobre a eficácia dessas sanções, as pesquisas realizadas e a experiência parecem indicar que elas [as penas mínimas] não geram o efeito de dissuasão ou de prevenção geral ou especial que a ela atribuímos freqüentemente. Reconhecemos que, em regra geral, as sanções severas não são mais eficazes que as sanções menos severas. De outro lado, o fato de privar o tribunal de todo seu poder discricionário na escolha da duração da pena de prisão suscita outros problemas. As circunstâncias variam enormemente de um caso a outro e uma pena mínima pode se revelar excessiva para denunciar um comportamento ou neutralizar um delinqüente. De fato, não é concebível que todos aqueles que cometem certa infração devem ser neutralizados. Essas considerações aplicam-se também quando obrigamos o juiz a impor uma pena de prisão ao invés de outra medida (citado em Relatório Archambault, 1987, p. 195-196).

No caso canadense, portanto, como as leis estabelecem quase exclusivamente as penas máximas, considera-se que os magistrados dispõem de margem considerável para decidir tanto sobre a qualidade (natureza) da pena quanto sobre sua quantidade (severidade).

As penas mínimas obrigatórias constituem exceção a essa regra. Para um pequeno número de infrações, o legislador circunscreve o poder discricionário dos juízes, obrigando-os a impor uma pena de prisão e especificando sua duração mínima (Relatório Archambault, 1987, p. 192)

Como veremos a seguir, a corte constitucional canadense foi chamada a analisar a constitucionalidade da pena mínima obrigatória prevista para o crime de tráfico de entorpecentes. A declaração de inconstitucionalidade do mínimo obrigatório de 7 anos previsto para esse crime estimulou, no sistema político, a revisão daquela norma de sanção. Dez anos após a decisão da Corte, a lei de drogas foi modificada para eliminar a pena mínima de prisão para esse crime.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> *Loi règlement certaines drogues et autres substances (L.C. 1996, art. 5.3).*

### 3.3 BRASIL

No direito penal brasileiro o patamar mínimo e máximo é utilizado para expressar a sanção penal desde nossa primeira codificação, o Código Criminal do Império de 1830. Naquele momento, a pena de privação de liberdade era uma entre as sanções previstas. Ao lado da prisão – à época, “perpétua”, “simples” ou “com trabalho” – estavam a pena de morte, as galés, os açoites, o banimento, o degredo e o desterro, mas também, como penas autônomas, a multa, a perda de mercadorias, a suspensão e a perda do emprego.

É possível identificar dois formatos de normas penais nesse Código. Chamemos “penas graduadas” e “penas não-graduadas”.<sup>17</sup> As primeiras aparecem de forma escalonada nos graus mínimo, médio e máximo, como no exemplo abaixo:

EX. 4 – CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO (1830) – ART. 192				
<b>Norma de Comportamento</b>	Tal crime...			
<b>Norma de Sanção</b>	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Pena de Morte	–	Alternativa (OU)	Homogênea
	Galés perpétuas	–		
	Prisão com trabalho	20 anos		

Se comparadas às penas fixas do Código Penal Francês de 1791, as chamadas “penas determinadas” da primeira codificação brasileira indicavam uma preocupação em fornecer um conjunto de circunstâncias (as agravantes e atenuantes) que deveriam guiar o juiz na tarefa de transmitir ao réu a pena estipulada pelo legislador.

As penas não-graduadas, por sua vez, estão formuladas com patamar mínimo e máximo de privação de liberdade e muitas vezes cumuladas com outras sanções.

EX. 5 – CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO (1830) – ART. 257				
<b>Norma de Comportamento</b>	Tal crime...			
<b>Norma de Sanção</b>	Qualidade	Quantidade		Relação entre duas ou mais sanções
	Prisão com trabalho	2 meses	4 anos	Cumulação (E)
	Multa	25% do valor furtado		

<sup>17</sup> Noronha (2003) utiliza outra nomenclatura que não nos parece adequada para os propósitos dessa pesquisa. As aqui chamadas “penas não graduadas” são denominadas “penas únicas” por Noronha. Essa denominação pode ser lida como o inverso às duas principais características dessas penas: existência de patamar mínimo e máximo e cumulação com outros tipos de sanção.

No Código Criminal do Império, a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz estava definida também na formulação do “princípio da legalidade da pena” (ou “pena legal”). Esse dispositivo contém duas partes. A primeira é muito próxima à formulação atual “não há pena sem prévia cominação legal” (CP 1984, art. 1º). Já a segunda, marca a concepção de “pena determinada” da época. O legislador “decreta a pena”. Ao juiz não é facultado aplicar nem mais nem menos, salvo quando o legislador “permitir arbítrio”.

Art. 33 - 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.

Dessa forma, no momento de fixação das sanções penais, o juiz deve encaixar os fatos em um dos três graus de pena, de acordo com as agravantes e atenuantes presentes, como prevê o art. 63. De acordo com Antonio Tinoco (1886, p. 121) a menção ao arbítrio que o legislador concede ao juiz refere-se a apenas cinco situações previstas no CCI: (i) para verificar se o acusado é menor de 21 anos e reconhecer a atenuante (art. 18, parágrafo 10); (ii) para valorar a sensibilidade do ofendido que influirá na agravação ou atenuação do crime (art. 19); (iii) para fixar na sentença o número de açoites que o escravo deverá receber (art. 60) e, por fim, na hipótese do crime de “andar mendigando” para verificar o estado de forças do mendigo e assim fixar-lhe a pena de prisão simples ou a pena de prisão com trabalho (art. 296). Em todos os demais casos, ao juiz cabe transmitir ao réu a pena fixada pelo legislador.

Conforme o estudo realizado por Fabrícia NORONHA (2003, p. 96) as penas de prisão (perpétua, com trabalho e simples) são as mais frequentes no Código Criminal, respondendo por 75% do total de penas previstas. Em seguida está a perda ou suspensão do emprego, com pouco mais 13% do total de penas. É importante acrescentar que as penas de perda ou suspensão do emprego são utilizadas quase exclusivamente no título referente aos crimes contra a boa ordem e a administração pública. Em vários casos, a suspensão é também formulada com indicação de mínimo e máximo de tempo. E na maior parte das situações, a pena de perda do emprego encontra-se cumulada com penas de prisão e multa<sup>18</sup>, nesses casos ela é puramente complementar (pena parasitária – ou acessória).

Ainda que menos frequentes que as penas de prisão, o Código Criminal do Império contém vários exemplos de sanções não-prisionais cominadas no próprio tipo penal. Por exemplo, o contrabando era punido com “perda de mercadorias e multa igual à metade do valor” (art. 177) e o crime de “cometer violência no exercício do emprego” era punido, no grau máximo, com a perda do emprego, no grau médio com suspensão do emprego por 3 anos e, no grau mínimo, com suspensão por 1 ano (art. 145).

---

18 À guisa de exemplo ver: Peita - Art. 130 – Receber dinheiro (...) para praticar (...) ato de ofício contra ou segundo a lei. Penas – de perda do emprego, com inabilidade para outro qualquer, de multa igual ao trespobro da peita e de prisão por 3 a 9 meses. Concussão - Art. 135 – (...) exigir aos contribuintes o que souber não deverem. Penas - de suspensão do emprego por 6 meses a 2 anos.

O Código Penal de 1890 ampliou ainda mais a utilização da pena de prisão, ao eliminar as penas ditas corporais e infamantes. Nessa codificação, apenas os mínimos e máximos mantiveram-se indicados no tipo penal, tendo desaparecido a prática de graduar em mínimo, médio e máximo as sanções previstas no tipo. Ainda assim, a codificação de 1890 mantém a previsão na parte geral de graduação em máximo, mínimo e médio, nos mesmos termos do Código de 1830.<sup>19</sup> Essa formulação desaparece totalmente em 1940, mas ficam os limites mínimos e máximos e a impossibilidade de ir além ou aquém desses limites por intermédio das atenuantes e agravantes. É importante lembrar que, no século XIX, as atenuantes e agravantes eram tudo o que não estava diretamente previsto no tipo, e que devia ser levado em conta pelo juiz no momento de determinar a pena.<sup>20</sup>

Com o Código Penal de 1940, as penas dividem-se em principais e acessórias. Somente as chamadas “penas principais” são fixadas diretamente no tipo penal: prisão (nas formas reclusão e detenção) e multa. A multa perde seu *status* de pena autônoma para ser prevista como acréscimo ou alternativa à privação de liberdade. A partir desse momento, salvo contadas exceções<sup>21</sup>, a legislação brasileira passa a adotar uma única forma de expressar a sanção na norma penal. As outras formas de sanção penal passam a depender de operações de substituição realizadas pelo juiz de acordo com diferentes arranjos de critérios.

É possível dizer, portanto, que o formato “mínimo e máximo” da pena de prisão está presente em nosso ordenamento jurídico desde a primeira codificação. E que, de lá para cá, esse formato deixou de ser um entre os possíveis para ser a principal forma de expressar a norma de sanção.

Não poderemos desenvolver essa questão aqui, mas ao redor da década de 60 identificamos algumas 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. Registremos, apenas como ilustração, o Código Eleitoral em que a indicação de pena mínima situa-se nas “Disposições Preliminares” da lei e não nos próprios tipos penais (Lei 4737/65, art. 284 e 289, por exemplo). Também digno de menção, o Anteprojeto de Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, previa em sua parte geral penas mínimas e máximas genéricas para as penas de reclusão (1 a 40 anos) e detenção (15 dias a 20 anos). Na parte especial, havia também algumas normas de sanção redigidas sem a indicação do mínimo, mas somente do máximo.<sup>22</sup>

---

19 Para mais detalhes sobre o desenvolvimento normativo dessa questão nas codificações brasileiras, ver linha “margem de atuação do juiz” no quadro de sistematização dos códigos penais reproduzido no Anexo 9 do relatório integral.

20 “Não ter havido no delinqüente pleno conhecimento do mal, e direta intenção de praticá-lo”, por exemplo, constitui a primeira circunstância atenuante, tanto em 1830 [art. 18] quanto em 1890 [art. 42]. Para mais detalhes ver Anexo 9 do relatório integral.

21 O Anexo 4, item I apresenta as estruturas normativas presentes na legislação penal em vigor no Brasil.

22 No Anexo 1 do relatório integral, apresentamos mais detalhes e outros exemplos.

Enfim, ainda que tenhamos a previsão de penas mínimas desde nossa primeira codificação, elas permanecem um alvo privilegiado nas alterações legislativas direcionadas a ampliar e tornar mais severa a intervenção penal. Realizamos um levantamento de todas as modificações nos tipos do Código Penal desde a entrada em vigor da parte especial em 1940. Das 69 modificações identificadas, apenas 8 diziam respeito somente à norma de comportamento. As demais se referiam às normas de comportamento e sanção (48 casos) e somente às normas de sanção (13 casos). Observando, então, as mudanças nas normas de sanção (61 casos) identificamos 42 situações em que a alteração dizia respeito à alteração da quantidade da pena de prisão prevista. Entre elas, 21 aumentaram o mínimo e o máximo e 11 alterações aumentaram somente a pena mínima e mantiveram a pena máxima.<sup>23</sup>

Ainda que não tenhamos uma sistematização dessas alterações na legislação especial, vale a pena lembrar que a nova lei de drogas (Lei 11.343/06, art. 33), aumentou somente a pena mínima do crime de tráfico que passou de 3 a 5 anos de reclusão. A pena máxima foi mantida tal como na lei anterior em 15 anos (Lei 6368/76, art. 12).

### 3.4 OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE AS PRÁTICAS LEGISLATIVAS

Enfim, observando as práticas legislativas desses países atualmente, é possível identificar um forte movimento do legislador ordinário no sentido de obstruir a individualização da pena pelo juiz. Esse movimento aparece de duas formas. A primeira consiste na criação de penas mínimas em crimes que apresentavam somente penas máximas, como tem ocorrido, de diferentes maneiras, na França e no Canadá, bem como em outros países.<sup>24</sup> A segunda consiste em aumentar o *quantum* das penas mínimas já previstas, como vimos ocorrer no Brasil.

No sentido contrário, as práticas legislativas estudadas nesta seção também trazem várias experiências interessantes que contrariam - ou, ao menos, não favorecem - esse movimento de obstrução da atividade do juiz.

A primeira experiência a destacar aqui é a redação de normas de sanção sem a indicação de patamares mínimos, junto ao tipo ou em qualquer outra parte da legislação. As ilustrações brasileiras seriam alguns crimes da lei de correios (Lei 6.538/1978, art. 36, por exemplo) que estabelecem apenas o máximo da pena privativa de liberdade e o crime de porte de drogas que estabelece como sanções a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e medidas educativas (Lei 11.343/06, art. 28). Estas são normas de sanção redigidas *sem* a pena mínima.

---

<sup>23</sup> Todas as informações sobre esse levantamento estão copiladas no Anexo 5 do relatório integral.

<sup>24</sup> Para outras informações sobre o estabelecimento de penas mínimas em países que não a previam, ver notas sobre a experiência legislativa nos Estados Unidos da América e na Tanzânia no Anexo 7 do relatório integral.

Destacamos também as práticas legislativas de eliminação dos mínimos dos tipos penais e sua realocação na Parte Geral dos códigos penais ou das leis especiais. No Brasil, tivemos algumas experiências nesse sentido no decorrer da década de sessenta que não chegaram a vigorar (como o Código Penal de 1969) ou que integram nossa legislação atualmente, como o Código Eleitoral. Como vimos, uma operação muito semelhante foi feita no Código Penal Francês de 1992 que eliminou as penas mínimas nos tipos penais, mas manteve uma indicação genérica à qual o juiz “não pode” deixar de se ater no momento de determinar as chamadas “penas criminais”.

Há, nesses casos, um efeito importante que não deve ser negligenciado. Eliminada do tipo penal, a pena mínima deixa de servir como instrumento do legislador para obrigar os juízes a pronunciar penas mais severas em crimes específicos. Em outras palavras, a exclusão da pena mínima do tipo penal retira um dos mecanismos à disposição do legislador para interferir na atividade decisória do juiz ao sabor das demandas externas por aumento da punição. Enfim, mesmo que a pena mínima permaneça no ordenamento jurídico, impedindo o juiz de adequar plenamente a pena ao caso concreto, a sua eliminação do tipo penal revela uma transformação importante no modo de expressar as normas de sanções.

Há uma terceira experiência que gostaríamos de registrar aqui. Trata-se da modificação da força coercitiva da pena mínima. Referimo-nos aos casos em que o legislador, mesmo prevendo uma pena mínima para uma determinada infração ou para um conjunto de autores (os reincidentes, por exemplo), estabelece também sob quais condições o juiz pode deixar de observar esse mínimo e fixar uma pena abaixo daquele patamar. Nessa situação, a pena *não é ditada* pelo legislador, ela é somente *indicada* em determinadas circunstâncias. A ilustração bastante eloqüente nesse sentido nos é dada pela recente experiência legislativa francesa.

## 4. A ATUAÇÃO JUDICIAL FACE ÀS PENAS MÍNIMAS: FRANÇA, CANADÁ E BRASIL

O objetivo dessa seção é apresentar três ilustrações sobre a forma como o sistema jurídico e, mais particularmente, a atuação de tribunais superiores, pode se relacionar com a limitação à sua atuação que o estabelecimento de penas mínimas pelo legislador representa.

### 4.1 UM EXEMPLO DA CORTE CONSTITUCIONAL FRANCESA

Como vimos na seção precedente, deputados e senadores franceses submeteram ao Conselho Constitucional a lei “reforçando a luta contra a reincidência” contestando, entre outras coisas, “a conformidade da Constituição às disposições relativas às penas mínimas em caso de reincidência” em face dos princípios da necessidade e da individualização da pena.<sup>25</sup>

O princípio da necessidade da pena está previsto no art. 8 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 nos seguintes termos: “a lei deve estabelecer somente penas estritamente e evidentemente necessárias...”. De acordo com a decisão do Conselho Constitucional, entre suas atribuições não está “um poder geral de apreciação e de decisão da mesma natureza daquele atribuído ao Parlamento”. E, em razão disso, considera que

a necessidade das penas vinculadas às infrações emerge do poder de apreciação do legislador, incumbindo ao Conselho Constitucional assegurar a ausência de desproporção manifesta entre a infração e a pena prevista [Decisão Conselho Constitucional, 2007, par. 8].

Ao tomar o princípio da necessidade da pena como exigência de proporcionalidade entre a infração e a pena, o Conselho Constitucional apóia-se em dois fatores. No tocante à reincidência legal (duas infrações), o Conselho considera o fato de o juiz poder pronunciar uma pena abaixo daquele patamar em determinadas circunstâncias como suficiente para afastar a violação ao princípio. Para a reincidência agravadas (três ou mais infrações), o Conselho destaca que se trata de uma “circunstância objetiva de particular gravidade” em relação à qual o *quantum* estabelecido de um sexto da pena máxima não constitui uma violação ao princípio da necessidade das penas.

---

<sup>25</sup> *Conseil Constitutionnel – Décision n° 2007-554 DC du 09 août 2007 (Em diante, “Decisão Conselho Constitucional, 2007”). A decisão discute brevemente também, em função dos demais pedidos, os princípios da competência da autoridade judiciária como guardiã da liberdade individual e os direitos da defesa. As decisões citadas aqui estão disponíveis na íntegra em [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Todas as citações às decisões foram traduzidas livremente ao português.*



Para afastar a violação ao princípio da individualização da pena, o Conselho seguiu o mesmo caminho. Em relação à reincidência legal, a possibilidade de reduzir a pena abaixo do mínimo em função das “circunstâncias da infração e da personalidade de seu autor”, satisfazem a exigência de individualização. A questão se coloca nos casos de reincidência agravada, para os quais, os únicos fatores que permitem ao juiz argumentar a redução abaixo do mínimo são as “garantias excepcionais de inserção ou reinserção”. O Conselho considerou que, nesses casos, “a restrição (...) foi prevista pelo legislador para assegurar a repressão efetiva de fatos particularmente graves e lutar contra a reincidência” (Decisão Conselho Constitucional, 2007, par. 15). Considerou ainda que, mesmos nesses casos, a fixação da pena “dentro dos limites fixados pela lei” e de seu regime ocorre em função das circunstâncias da infração e a personalidade do autor.

O Conselho chamou atenção ainda para o fato de que ao instaurar as penas mínimas o legislador não impediu a concessão de sursis (ao menos parcial). Nem tampouco revogou uma disposição do Código que permite ao juiz impor uma pena não prisional ou abaixo do mínimo previsto quando reconhecer que o autor da infração, no momento da infração, sofria de distúrbio psíquico ou neuropsíquico que tenha alterado seu discernimento ou bloqueado o controle de seus atos.

Dois anos antes, outra decisão do Conselho<sup>26</sup> outorgou o valor de princípio constitucional à individualização da pena, sem, no entanto, especificar seu conteúdo ou alcance (Decisão Conselho Constitucional, 2005, par. 3). De todo modo, na consolidação de jurisprudência do Conselho, o item “individualização das penas e das sanções com caráter punitivo”, faz referência à “afirmação do valor constitucional do princípio”, indicando a decisão de 2005, e acrescenta a seguinte ressalva, em referência à decisão de 2007:

Este princípio não poderá, no entanto, impedir que o legislador fixe regras assegurando uma repressão efetiva às infrações. Ele tampouco implica que a pena seja exclusivamente determinada em função da personalidade do autor da infração.<sup>27</sup>

A argumentação do Conselho, mesmo sem tratar explicitamente da questão, é construída essencialmente em função da repartição de tarefas entre o legislador e o juiz. Mesmo sem apresentar elementos que contribuam a identificar de que forma a instauração de penas mínimas auxilia na diminuição dos índices de reincidência, a decisão parece acatar as justificativas do sistema político, buscando compatibilizá-las com a margem de atuação do juiz no momento da fixação da pena. O que parece estar em jogo para o Conselho é a preservação dos fatores ligados ao caso concreto – circunstâncias da infração e personalidade do autor – na fixação da pena, fatores esses que apenas podem ser apreciados pelo juiz.

Esta decisão, portanto, coloca em relevo a dificuldade em equilibrar, de um lado, a retórica da “repressão efetiva a fatos particulares” por meio do efeito público de intimidação

---

<sup>26</sup> *Conseil Constitutionnel – Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005* (Em diante, “Decisão Conselho Constitucional, 2005”).

<sup>27</sup> *Jurisprudence Du Conseil Constitutionnel. Tables d’analyse au 6 août 2009*, p. 165. (Em diante, « *Jurisprudência Conselho Constitucional, 2009*).

que o estabelecimento de mínimos poderia causar e, de outro, a exigência constitucional de que as penas sejam individualizadas e definidas em função da personalidade do autor. A solução de compromisso valorizada na decisão parece ser justamente minimizar o grau de obstrução que as penas mínimas por princípio impõem à atuação judicial. Como vimos, a existência de uma autorização legal para os juízes reduzirem essa pena, motivadamente, em face das possibilidades de reinserção social mostra-se suficiente para resguardar, ao mesmo tempo, o princípio constitucional e as demandas punitivas do sistema político.

## 4.2 O EXEMPLO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO POR INTERMÉDIO DO RECONHECIMENTO DE ATENUANTES

De acordo com um extenso levantamento de jurisprudência realizado no decorrer da pesquisa, a tematização da pena mínima aparece quase exclusivamente vinculada ao debate sobre a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal nas hipóteses de reconhecimento de atenuantes.<sup>28</sup> A essa questão também se limita a grande maioria dos textos doutrinários consultados.<sup>29</sup>

Para muitos juristas, a reforma penal de 1984 haveria eliminado às eventuais dúvidas em relação à questão uma vez que o Código Penal em vigor não oferece qualquer restrição à redução da pena mínima decorrente do reconhecimento de atenuantes.<sup>30</sup> Esta restrição estava presente no Código Penal de 1940 que, sobre o cálculo da pena, indicava somente que o juiz deveria “fixar, *dentro dos limites legais*, a quantidade da pena aplicável” (art. 42 – grifos nossos). Ao conter apenas essa indicação sobre o cálculo da pena, o Código de 1940 deixava larga margem para construção doutrinária sobre como montar a equação, tendo em vista as atenuantes, agravantes e causas de aumento e diminuição que o Código previa. Foi nesse contexto que Roberto Lyra e Nelson Hungria travaram o famoso debate sobre o cálculo bifásico ou trifásico.<sup>31</sup>

Essa referência aos “limites” foi mantida no Código atual: o juiz estabelecerá “a quantidade de pena aplicável, *dentro dos limites previstos*” (art. 59 – grifos nossos). No entanto, a reforma de 84 inseriu um novo dispositivo especificando as três fases do cálculo da pena, que não existia na codificação anterior (art. 68). Nesse dispositivo, o

---

<sup>28</sup> Os detalhes sobre a forma de coleta e análise dos acórdãos, bem como a descrição completa dos resultados obtidos encontra-se na versão integral do relatório de pesquisa (Anexo 2). Este anexo relata também que os únicos acórdãos que encontramos que não diziam respeito à questão das atenuantes referem-se a aplicação de penas no crime de atentado violento ao pudor. Essas decisões confirmam a aplicação da pena abaixo do mínimo legal de 6 anos previsto na lei mas, em nenhum momento, discutem a questão.

<sup>29</sup> Para o estudo completo das fontes doutrinárias, ver íntegra do relatório de pesquisa (Anexo 1).

<sup>30</sup> Nesse sentido, GOMES (2002, p. 119), PRADO (2002, p. 636); MACHADO (1989, p. 388), SANTOS (2005, p. 141) e MIRABETE (2006, p. 320).

<sup>31</sup> Para maiores detalhes sobre esse debate, ver Anexo 1.

legislador indica expressamente que somente a pena-base será fixada de acordo com o art. 59, portanto, “dentro dos limites previstos”. A incidência de atenuantes é computada na segunda fase e, em relação a elas, o legislador, além de não haver feito referência aos “limites previstos” do artigo 59, indicou explicitamente que elas não podem deixar de ser observadas pelo juiz. O caput do artigo que lista as possibilidades de atenuação foi redigido pelo legislador da seguinte forma: “São circunstâncias que *sempre* atenuam a pena” (grifos nossos).

Dessa forma, poderíamos dizer que o legislador de 84, nos dispositivos citados, não impede que o juiz, reconhecendo a incidência de atenuantes e já havendo fixado a pena-base no mínimo legal, reduza a pena aquém dessa quantia.

No entanto, a jurisprudência das cortes superiores, quando questionadas sobre essa possibilidade, foi paulatinamente construindo uma auto-obstrução à atuação do juiz nessa matéria.

Em 1999, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 231, nos seguintes termos “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal”. Cinco acórdãos publicados entre 1991 e 1997 são indicados como precedentes à decisão que gerou a súmula. Em todos eles, encontramos decisões das instâncias inferiores favoráveis à redução da mínima aquém do mínimo legal, isto é, os acórdãos citados como precedentes à impossibilidade de redução contrariam a sentença de primeira instância ou o acórdão de um Tribunal de Justiça. Nesses casos, os juízes e desembargadores acentuam a inexistência de impedimento legal para a redução aquém do mínimo.<sup>32</sup>

Com isso queremos apenas chamar atenção para o fato de que a redução aquém do mínimo não tem aparecido somente como uma demanda dos advogados de defesa em relação à qual o poder judiciário se opõe. Ao contrário, a redução aquém do mínimo aparece na jurisprudência como uma forma de os juízes de primeira e segunda instância proferirem o que consideram ser *a decisão justa e adequada* para o caso concreto.

A edição da Súmula parece haver bloqueado um intenso movimento de interpretação da reforma da parte geral de 1984 no sentido de permitir a redução da pena abaixo do mínimo quando forem reconhecidas circunstâncias atenuantes. Pelo levantamento jurisprudencial é possível identificar várias decisões favoráveis à redução antes da edição da Súmula e que praticamente deixaram de existir, ao menos nos tribunais analisados, após sua edição.

Mas a resistência à auto-obstrução prevista na Súmula pode ser identificada também em acórdãos do próprio Superior Tribunal de Justiça. Apenas para ilustrar os argumentos que aparecem nesse debate, mencionaremos dois desses acórdãos. O primeiro, mais recente, foi relatado pelo Ministro Vicente Leal. Trata-se de um roubo qualificado pelo emprego de

---

<sup>32</sup> O Anexo 2 apresenta outras informações sobre os precedentes da Súmula e trechos dos acórdãos cassados indicando a possibilidade de redução abaixo do mínimo.

arma e pelo concurso de agentes. A sentença condenatória aplicou a redução decorrente da atenuante de menoridade de um dos réus sobre uma pena-base que já se encontrava no mínimo legal. Confirmada integralmente pelo Tribunal de Justiça (RS), foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça com base na Súmula 231. No entanto, ao mencionar a “forte corrente jurisprudencial [que] sustenta a tese da inadmissibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal”, o Ministro posiciona-se explicitamente contra essa corrente e a própria Súmula. O acórdão registra que (1) “tal entendimento não reflet[e] a melhor exegese sobre o assunto, por não guardar sintonia com o princípio da individualização da pena, de dignidade constitucional (CF, art. 5º, XLVI). Registra também que (2) “não existe no Código Penal qualquer preceito que autorize, mesmo por via reflexa, o pensamento de que não se pode fazer incidir circunstâncias atenuantes na hipótese em que a pena-base foi fixada no mínimo legal” (STJ, Resp 424.179-RS, Relator Min. Vicente Leal, j. 13.08.2002).

O segundo acórdão, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, é anterior à Súmula, porém contemporâneo aos precedentes que a sustentam. Neste acórdão, o Ministro reconhece a incidência da atenuante de confissão espontânea e reduz a pena do réu pela prática de um homicídio qualificado-privilegiado abaixo do mínimo legal. Em sua motivação, o Ministro coloca em relevo as peças-chave deste debate: (i) a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz deve ocorrer em função da efetivação dos princípios da (ii) individualização da pena e da (iii) determinação de uma pena justa. Princípios que constituem, ademais, *direitos do réu*.

[...] Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância [não é excludente de ilicitude nem excludente de culpabilidade] recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o Juiz fixá-la em patamar favorável ao réu? Impõe-se resposta positiva.

O Juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota o Direito. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais deixa patente, os Poderes são independentes, contudo, harmônicos. O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á o direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei.

Não se trata de mero pieguismo. Ao contrário, realização de justiça material. O Judiciário com essa orientação realizará o Direito Justo. Costuma-se repetir: cada caso é um caso! A sabedoria popular é sensível às distinções. Nessa linha, Legislativo e Judiciário completam-se. Se a lei se volta para um fim, não faz sentido, no momento da incidência, o aplicador desprezá-lo. Útil concluir, repetindo: a justiça atribui a cada um o que é seu! A pena correta é direito do condenado (STJ, Resp. 68.120-MG, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 16.09.1996).

Como se pode notar, essa decisão, ao vincular a determinação de uma pena justa e individualizada à observação da “espécie” e do caso concreto, reconhece os limites do legislador e coloca em relevo a atuação do juiz na operação de determinação da pena. Essa divisão de tarefas, sem comprometer o que o Ministro se refere como harmonia entre legislativo e judiciário, constitui justamente uma forma de consagrar a eficácia do princípio da individualização da pena.

A mesma ênfase na exigência de observar as peculiaridades do caso concreto como forma de efetivar a individualização da pena e oferecer um tratamento justo a cada caso pode ser identificada em acórdão do Supremo Tribunal Federal. Relatado pelo Ministro Cezar Peluso, o acórdão acompanha decisões anteriores do tribunal que não permitem a redução abaixo do mínimo legal. No entanto, no decorrer do acórdão, o Ministro revela sua simpatia à tese de que “*as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes genéricas, podem, a meu ver, com o devido respeito, reduzir a pena quem do mínimo legal*”. E acrescenta:

Agora, circunstâncias particulares de cada caso (...) demonstram que, se não forem consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal, em termos substantivos, porque influi na questão de tratamento justo de cada caso (STF, Repercussão Geral por questão de ordem em Recurso Extraordinário 597.270 RG-QO/RS, Relator Min. Cezar Peluso, j. 26.03.2009).

E em seguida indica como exemplo de uma situação deste tipo a decisão da Corte Constitucional Canadense no caso Smith, que descreveremos a seguir (item 3.3). Conforme o acórdão do STF, referindo-se à decisão da corte constitucional canadense, a aplicação de uma pena inferior ao mínimo legal previsto aparece “como exigência de um processo justo, isto é, de processo que leva a uma *sentença justa*” (grifos nossos).

Como indicam essas passagens, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro não hesita em considerar que ao confrontarmos, de um lado, a pena mínima prevista na lei e, de outro, a possibilidade de aplicação de um tratamento justo em função das circunstâncias particulares de cada caso – ainda que implique desconsiderar aquele mínimo – devemos optar por esta última posição. Mesmo excluindo desse raciocínio a atenuante genérica de confissão, o acórdão parece nos dizer, em definitiva, que o mínimo estabelecido pelo legislador não pode impedir o juiz de aplicar uma pena adequada às circunstâncias particulares de cada caso.

A existência da Súmula e as decisões reiteradas que impedem o reconhecimento de circunstâncias atenuantes quando a pena base foi fixada no mínimo legal podem ser descritas como uma situação em que o próprio sistema jurídico construiu uma limitação à sua própria atuação. Reconhecendo que a mensagem da lei penal (sistema político) não impede a redução aquém do mínimo, poderíamos dizer que, nesse caso, ocorre uma auto-obstrução do sistema jurídico.

### **4.3 O EXEMPLO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL CANADENSE: O CASO SMITH**

A prática legislativa canadense de estabelecer penas mínimas em crimes específicos não contempla qualquer permissão ao juiz de fundamentar uma pena abaixo daquele patamar em determinadas circunstâncias. As penas mínimas são efetivamente obrigatórias em todas

as situações. Não é por acaso que a literatura de língua inglesa utiliza freqüentemente a expressão “*mandatory sentence*” para fazer referência à pena mínima.<sup>33</sup>

Como vimos acima, há situações nas quais o legislador estabelece penas mínimas, mas faculta ao juiz a possibilidade de, em face de determinadas condições, reduzi-la em virtude das características do caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, na lei francesa que estabelece penas mínimas para os crimes e os delitos cometidos por reincidentes.

No caso canadense, a única possibilidade contemplada pela legislação para “quebrar a pena mínima obrigatória” (*struck down a mandatory minimum sentence*) é declarando esta norma de sanção inconstitucional por constituir uma “punição cruel” (*cruel or unusual punishment*). A extensão das dificuldades jurídicas que tal demanda coloca é descrita por ROACH (2001, p. 368) nos seguintes termos:

Quando solicitamos a um tribunal que reduza uma pena [mínima] obrigatória ou não a aplique por constituir uma forma de punição cruel (...) que viola a seção 12 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, estamos solicitando ao tribunal que realize uma revisão judicial de uma lei promulgada democraticamente. (...) Ao mesmo tempo, o tribunal também está sendo solicitado para determinar em que medida a pena obrigatória é fortemente desproporcional ao que deveria ser uma pena adequada. (...) Em suma, a decisão do tribunal sobre o reconhecimento do caráter cruel e inusitado de uma pena [mínima] obrigatória dependerá de sua abordagem tanto do direito constitucional quanto do direito penal em matéria de aplicação de penas.

Em 1987, a Suprema Corte Canadense decidiu, pela primeira vez, ser inconstitucional a pena mínima de sete anos para tráfico de drogas, considerando-a uma forma injustificada de punição cruel (*R. v. Smith*, em diante ‘Smith’). O caso levado a julgamento dizia respeito a um rapaz de 27 anos, com condenações anteriores, que voltava da Bolívia com certa quantidade de cocaína, no valor de mais de cem mil dólares. O rapaz foi condenado a oito anos de prisão pelo crime de “importação de drogas”. Em uma longa decisão, o Juiz Lamer chamou atenção para o fato de que os tribunais deveriam examinar não apenas a gravidade da ofensa e as circunstâncias do caso para determinar a adequação da pena, mas também as características pessoais do indivíduo condenado.

Ao focalizar a pessoa em concreto, o Juiz Lamer concluiu que a pena mínima de sete anos seria cruel e inusitada se aplicada a um jovem qualquer entrando em território canadense com um cigarro de maconha. Isto é, a inconstitucionalidade da pena mínima para o crime de importação de drogas foi decidida em função de um “condenado hipotético”: um estudante de dezenove anos, primário e sem antecedentes, que importou quantidade muito pequena de drogas.

---

<sup>33</sup> Nesse texto, consideramos as expressões “pena mínima” e “mandatory sentences” como sinônimas. No entanto, como o caráter de “obrigatoriedade” é em si um ponto de discussão a respeito da definição de pena mínima, mantemos a tradução literal “penas obrigatórias” nas citações, como no trecho de ROACH (2001), reproduzido a seguir, mas inserimos entre colchetes o termo “mínima”, para que não haja dúvida sobre a identidade conceitual entre as duas expressões.

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 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.

Conforme a tradição do *common law*, as decisões judiciais integram, complementam e especificam, de certa maneira, o direito positivo. Dessa forma, na “lei de drogas”, logo abaixo do tipo penal prevendo uma pena de sete anos de prisão até a prisão perpétua para a importação ou exportação de drogas, foi reproduzida a ementa da decisão *R. v. Smith*, nos seguintes termos:

A Corte Suprema declara, por maioria, que o mínimo de sete anos de prisão previsto no art. 5(2) da Lei de drogas é contrário ao artigo 12 da Carta por constituir uma pena cruel. A Corte afirma que um objetivo federal válido não é uma garantia de constitucionalidade. Se este objetivo perturba os direitos constitucionais, as autoridades devem demonstrar que se trata de um limite razoável em uma sociedade livre e democrática e que as liberdades são violadas o menos possível. A Corte recorda que o mínimo de sete anos aplica-se independentemente da quantidade, do tipo de estupefaciente e do objetivo dos indivíduos envolvidos; é a potencialidade da punição permitida que é cruel (*R. v. Smith*, 1987, 1 R.C.S 1045, 34 C.C.C. (3d) 97, R.J.P.Q. 87-318).

Após a decisão *Smith*, a Suprema Corte Canadense foi chamada a analisar várias outras vezes a constitucionalidade de penas mínimas obrigatórias e decidiu pela manutenção de todas elas (ROACH, 2001, p. 370).

Os comentaristas que se opõem às penas [mínimas] obrigatórias estão procurando *Smith* e uma forte voz judicial e constitucional em apoio a uma justiça individualizada. O retorno dessa voz seria um acréscimo muito bem vindo aos diálogos democráticos sobre crime e pena (ROACH, 2001, p. 412).

Como vimos na seção referente às práticas legislativas, anos mais tarde, quando da reforma da legislação sobre drogas no Canadá, a pena mínima obrigatória considerada inconstitucional foi abolida da legislação. Conforme explicitaremos a seguir, estamos diante de uma situação de colaboração entre o sistema político e o sistema jurídico.

#### **4.4 OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE AS PRÁTICAS JUDICIAIS NO TOCANTE À PENA MÍNIMA**

Esta seção buscou ilustrar diferentes práticas judiciais em relação às obstruções que o sistema político impõe à atuação do juiz em matéria de penas. O objetivo aqui não é estabelecer entendimentos majoritários ou indicar tendências futuras, mas apenas extrair, de experiências jurisprudenciais concretas relacionadas à pena mínima, elementos que contribuam a aprimorar e sofisticar a descrição dos problemas que ela traz.

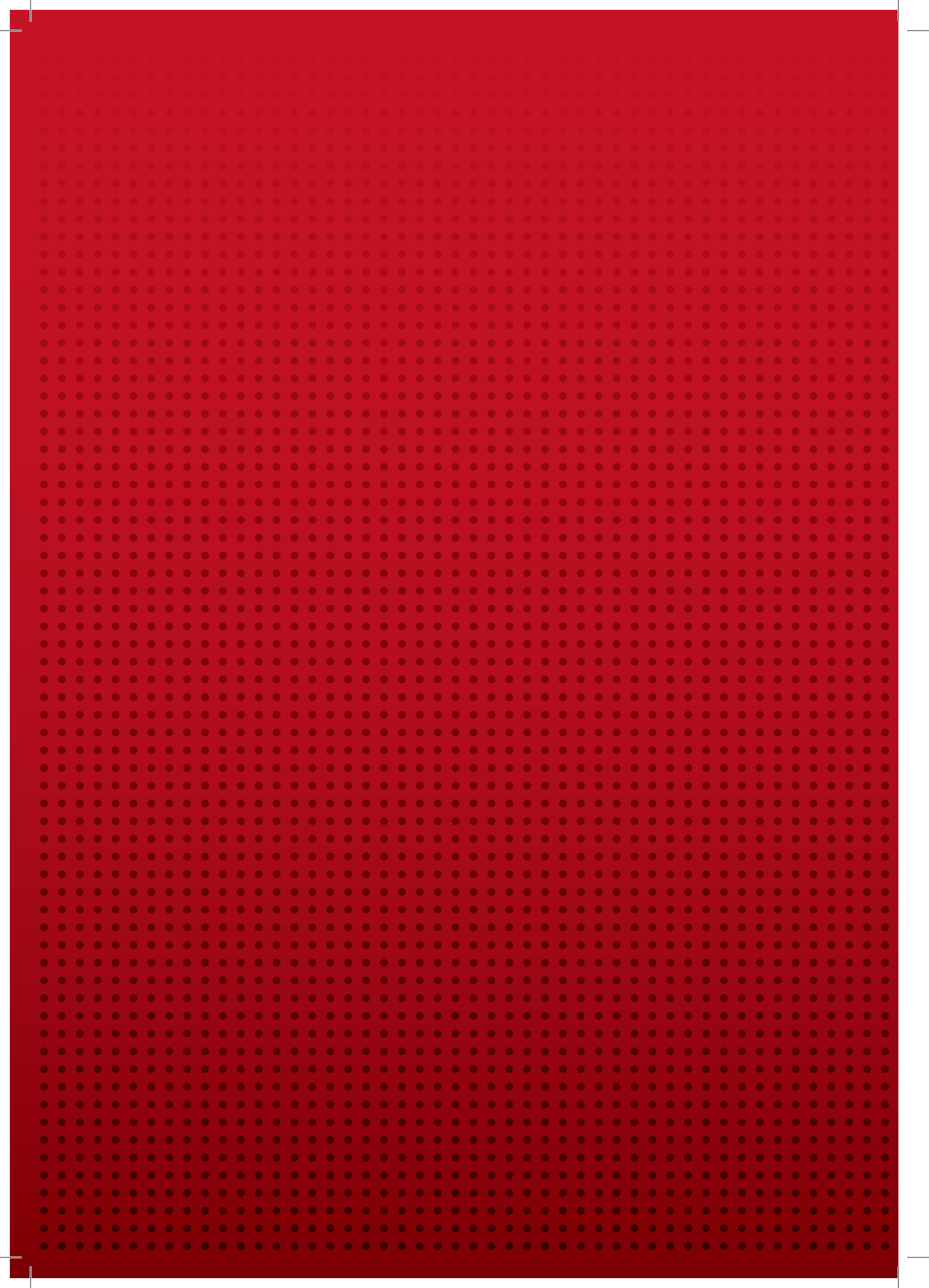
Para fechar este breve estudo, gostaríamos de destacar dois pontos. Nesse momento, interessa-nos observar, em primeiro lugar, de que o modo o sistema jurídico se relaciona com prática do legislador (sistema político) de estabelecer penas mínimas. E, em segundo lugar, quais são os principais argumentos utilizados para explicar e justificar essa relação.

Em relação ao primeiro ponto, temos a impressão de estar diante de duas situações completamente diferentes. No exemplo francês, o sistema político estabelece penas mínimas altas para reincidentes e a corte constitucional decide que não há violação a qualquer princípio constitucional, pois elas são necessárias para a “repressão efetiva” e tal como estabelecidas não obstruem a atuação do juiz, uma vez que há previsão legal autorizando que decisões motivadas reduzam a pena aquém do mínimo. No exemplo brasileiro, o sistema político não estabelece (ao menos explicitamente) a impossibilidade de reduzir a pena aquém do mínimo pelo reconhecimento de atenuantes e o próprio sistema jurídico constrói uma interpretação jurisprudencial para afirmar essa obstrução. No exemplo canadense, o sistema político estabelece a pena mínima, o tribunal competente a declara inconstitucional a partir de uma situação hipotética e, em seguida, o legislador altera a lei para eliminar a pena mínima. Para além do *pró* ou *contra* a pena mínima, o que podemos identificar aqui são experiências de auto-obstrução (Brasil) e de colaboração entre o político e o jurídico (França e Canadá). Voltaremos a esse ponto nas considerações finais (item III).

Se observarmos as mesmas decisões do ponto de vista das justificativas e razões apresentadas, verificamos que Brasil e França acentuam a violação que a pena mínima representa à idéia de individualização da pena, enquanto o exemplo canadense ressalta seu caráter cruel. Mas é comum às três experiências a indicação de que as *penas mínimas impedem que os juízes atuem adequadamente em função das peculiaridades do caso*. A decisão francesa fundamenta a declaração de constitucionalidade justamente na existência de mecanismos legalmente previstos para que o juiz possa, em que pese a pena mínima indicada pela lei, *decidir em função do caso concreto*. Essa também é a idéia central do acórdão canadense e das ilustrações brasileiras copiladas acima.

Vejamos agora, com um pouco mais de detalhes, de que forma essas justificativas se formulam.





## 5. AS PENAS MÍNIMAS E SUAS JUSTIFICATIVAS

O objetivo desta seção é apresentar e discutir algumas formas de justificar a existência de penas mínimas na legislação criminal. No momento em que se encontra nossa reflexão sobre esse tema<sup>34</sup>, distinguiremos dois tipos de justificativas: as *justificativas que fundamentam* determinadas práticas (4.1.) e as *outras razões* que apresentamos para sustentar essas práticas (4.2.). É, portanto, na idéia de “fundamento” que reside a distinção entre os dois conjuntos de justificativas que trabalharemos aqui.

Quando nos referimos ao *fundamento*, pensamos “[n]aquilo que dá a alguma coisa a sua existência ou a sua razão de ser” (LALANDE, 1999, p. 435). Lalande destaca que “esta palavra, por conseqüência, possui um valor de aprovação muito característico: aquilo que “não tem fundamento” é ilegítimo ou quimérico; aquilo que é fundamentado é justo ou sólido”. Dito de outra forma, a fundamentação se apresenta como essencial para algo: o “algo” perde *todo* apoio *sólido* sem essa fundamentação. Projetando-se como “imprescindível”, nada parece poder substituir a fundamentação com tanta eficácia legitimadora.

Diferentemente, as *outras razões* – ou justificativas que não fundamentam – parecem estar, normalmente, localizadas em um contexto específico. Formulam-se como “reforço para algo” e não como “essencial para algo”. Desse modo, essas razões são, ou parecem ser, concebidas (historicamente) *a posteriori*. Enquanto as razões apresentadas podem ser boas ou más, no caso dos *fundamentos*, diferentemente, a distinção “bom/ruim” aplica-se menos que a distinção existe/não existe (como razão de ser).

### 5.1 A PENA MÍNIMA E SEUS FUNDAMENTOS: AS TEORIAS MODERNAS DA PENA

Neste item, apresentaremos nossa primeira aproximação sobre a forma como as teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão e reabilitação) atuam na fundamentação das penas mínimas. Começamos por uma provocação da juíza francesa Dominique Blanc. Ao criticar a aprovação do projeto de lei que instaura penas mínimas de privação de liberdade para reincidentes, abordado acima (item 2.1.), a juíza afirma:

... um exame atento dos sistemas jurídicos na Europa e no mundo permite mesurarmos a virada conceitual que esse projeto traz, marcando a erosão da filosofia da reabilitação em benefício de uma visão utilitarista da dissuasão (BLANC, 2007, p. 352, tradução livre)

---

<sup>34</sup> Essa ressalva é particularmente importante nessa seção uma vez que versões anteriores do relatório de pesquisa entregue ao Ministério da Justiça estruturavam e desenvolviam esse tema de modo muito distinto. Como estamos ainda trabalhando sobre o tema, é muito provável que alterações substanciais continuem ocorrendo nas próximas versões deste texto.

Nessa passagem, a autora parece indicar que a criação de penas mínimas na legislação criminal pode ser observada em estreita relação com algumas das teorias modernas da pena: as penas mínimas *erodem* a teoria reabilitação e *beneficiam* a teoria da dissuasão. Na perspectiva adotada nessa pesquisa, reteremos da formulação de Blanc a idéia de que essa prática legislativa pode beneficiar - ou ser beneficiada - de maneiras diferentes conforme a teoria da pena.

Começemos então com alguns esclarecimentos sobre o estatuto das teorias da pena. Ainda que não possamos entrar em detalhes nesse relatório, podemos dizer que as teorias da pena constituem um tipo *sui generis* de “teoria prática” (DURKHEIM, 1922). Para Durkheim, as “teorias práticas” distinguem-se das teorias científicas uma vez que *não são*, como estas, *descrições* da prática. As “teorias práticas” também se distinguem das próprias ações ou práticas: essas teorias estão *a favor* ou *contra* certas práticas. Ao descrever as teorias práticas, Durkheim afirma: “seu objetivo não é descrever ou explicar o que é ou o que foi, mas determinar o que deve ser” (1922, p. 67).<sup>35</sup> Com essa afirmação Durkheim distingue também as “teorias práticas” da “arte” ou do “saber-fazer” do agente.

Mas de que modo esse conceito sociológico de “teoria prática” contribui para a nossa observação sobre as teorias da pena e sobre a prática de instaurar penas mínimas?

Podemos dizer, em primeiro lugar, que as teorias da pena, como “teorias práticas” não existem para descrever a realidade, como fazem as “teorias científicas”. Parafraseando Durkheim, as teorias (modernas) da pena são formas de *conceber* a justiça criminal e não de praticá-la. Podemos dizer também que as teorias da pena não nos dizem tudo sobre todos os aspectos da justiça criminal. Elas não nos dirão nada, por exemplo, sobre o que fazer com os indivíduos (sistemas psíquicos) a fim de tratar, educar ou dissuadir. Essas teorias apenas nos dirão *como as autoridades devem decidir sobre as penas*. Nessa ordem de idéias, as penas mínimas são concebidas como práticas legislativas que podem ser valorizadas ou desvalorizadas por essas teorias. Essa chave – valorização ou desvalorização das penas mínimas – nos permite formular duas observações iniciais sobre as teorias da pena que serão desenvolvidas no decorrer dessa seção.

No tocante às teorias da retribuição e dissuasão, temos a impressão de estarmos diante de teorias que estabelecem uma relação assimétrica com a prática de estabelecer penas mínimas de prisão. Podemos dizer que essas teorias *não exigem, nem ditam diretamente* essa prática. Pensemos no Código Penal francês de 1791 ou no Código Criminal do Império brasileiro de 1830. Ambas as teorias estavam à disposição do legislador, mas os códigos estabeleceram penas fixas e determinadas. É possível afirmar, portanto, que a criação de penas mínimas não é uma *exigência* dessas teorias. Mas isso não significa dizer que essa prática possa se fundamentar sem, ao menos, uma delas. Apresentaremos a seguir

---

<sup>35</sup> As citações ao texto de Durkheim e demais observações sobre as teorias práticas são extraídas de GARCIA (2009, p. 128 e 129). A autora chama a atenção para o fato de que as “teorias de prática” de Durkheim constituem um dos cinco conceitos que, de acordo com textos não publicados de Alvaro Pires, a sociologia dispõe para descrever as teorias da pena.

alguns enunciados que nos permitem observar de que forma essas teorias, mesmo sem exigir as penas mínimas, favorecem e fundamentam essa prática.

No caso da reabilitação, diferentemente, os termos da relação entre a teoria e a prática de imposição de penas mínimas apresentam modificações importantes. Entre as idéias difusas que constituem essa teoria, encontramos diferentes posições em relação às penas mínimas. Além disso, trata-se de uma teoria que se transformou ao longo do século XX, permitindo a distinção de duas grandes fases ou períodos. Dessa forma, se algumas dessas idéias contribuem efetivamente a fundamentar a prática de imposição de penas mínimas, outras se posicionam explicitamente contra a sua existência. Pois bem.

Nesta primeira aproximação, ainda muito provisória, vamos nos contentar com uma formulação bastante simplificada da questão. Organizaremos as teorias da pena em função das três grandes concepções de direito e justiça criminal que abrigam, ou privilegiam, essas teorias. O quadro 2 distingue de um lado, as teorias da retribuição e dissuasão e, de outro, a teoria da reabilitação. Em relação a esta última, marcamos uma diferenciação ocorrida por volta dos anos 1950 e 1960 que nos permite separar, na teoria da reabilitação, a primeira e segunda modernidade.

**QUADRO 2: TRÊS CONCEPÇÕES DE DIREITO E JUSTIÇA CRIMINAL PROJETADAS PELAS TEORIAS DA PENA**

	TEORIA DA RETRIBUIÇÃO E TEORIA DA DISSUAÇÃO	TEORIA DA REABILITAÇÃO	
		PRIMEIRA MODERNIDADE	SEGUNDA MODERNIDADE
<b>Concepção de infrator e de crime</b>	Infrator é um indivíduo normal e dotado de livre-arbítrio. Crime é o resultado de uma escolha livre do indivíduo	Infrator pode (ou não) ser visto como anormal (distinto biológica, psicológica ou socialmente). Crime é um sintoma de uma patologia individual	Chave "infrator-crime" é substituída por uma preocupação mais ampla com a norma de comportamento, a inclusão social do infrator e a vítima
<b>Concepção de justiça</b>	Essencialmente punitiva	Tratamento. Intervenção preventiva fundada na predição da "doença" do indivíduo	Ênfase nos vínculos sociais imediatos e concretos
<b>Margem de atuação do julgador</b>	Desconfiança do poder discricionário das burocracias e da falta de transparência das decisões.	Grande margem de atuação para adaptar o "tratamento" ao infrator e à evolução de sua doença	Grande margem de atuação ao julgador para melhor adaptar a sanção às características do caso concreto (infrator, vítima, comunidade)
<b>Alcance da limitação do poder de punir</b>	Insiste sobre a necessidade de limitar <i>a priori</i> o poder de punir por intermédio, entre outras coisas, do princípio de proporcionalidade e de igualdade da pena	Não apresenta limites <i>a priori</i>	Não apresenta limites <i>a priori</i>

<b>Enfoque da intervenção</b>	Punição do infrator para proteger a sociedade e/ou dissuadir	Punição “para o próprio bem” do infrator e da sociedade em seu conjunto	Ênfase no direito individual (dos infratores) de receber a menor intervenção ou sofrimento possível
<b>Sanções privilegiadas</b>	Morte, multa, prisão	Prisão (por tempo indeterminado ou longos períodos); trabalho comunitário e liberdade assistida; e morte (para os incorrigíveis), <i>Em algumas variantes da teoria, há compatibilidade com um novo conjunto de sanções:</i> Reparação, indenização, multa em substituição à prisão. Medidas comunitárias na execução da pena, como o sursis	Não-intervenção (em alguns casos); intervenção não penal; programas de conciliação ou compensação com a vítima; perdão da vítima; trabalho comunitário; liberdade assistida e pena de prisão (em último caso e pelo menor tempo possível)
<b>Equação de determinação da pena</b>	“Pena – Crime” (Infrator integra a equação apenas no que diz respeito à imputação - responsabilidade moral, culpabilidade e motivação)	“Pena – Infrator” (Crime integra a equação, pois há exigência de violação da norma de comportamento. Pena é definida em função do infrator)	“Pena – Infrator, Vítima e Inter-relações sociais” (Gestão do conflito pensada em função das características e peculiaridades do caso concreto)

É importante destacar que essas três concepções nunca foram colocadas em prática de forma pura ou absoluta. Em diferentes épocas, ao observarmos tanto a legislação quanto às propostas de reforma de variados autores, encontramos freqüentemente combinações entre essas concepções (PIRES, 1987, p. 15). Daremos alguns exemplos dos arranjos e “soluções de compromisso” que se estabelecem entre elas mais adiante (item 4.1.c.).

Nosso objetivo aqui não é apresentar e discutir sistematicamente cada uma das teorias. Focalizaremos somente a “equação de determinação da pena” que cada uma delas favorece. A idéia de “equação” busca conjugar dois níveis da atividade de determinação da pena.

Em primeiro lugar estão os termos, ou pólos, da equação. Partimos da idéia de que essa equação tem três componentes: a pena, o infrator (indivíduo apenado) e o crime (norma de comportamento violada). Podemos dizer que as três grandes concepções de direito penal e justiça discutidos aqui concebem e utilizam esses componentes de maneira diferente. Como veremos a seguir, de acordo com a teoria e suas variantes internas, a pena pode ser determinada em função do crime (“mal causado”, a “gravidade infração”, etc.) ou do indivíduo apenado (“natureza” e “grau de perversidade do infrator”, etc.). No segundo nível temos as *finalidades especiais* disponibilizadas pelas teorias da pena: retribuir o mal pelo mal, dissuadir, reformar, educar, reforçar os valores da sociedade, etc.

Vejamos agora, em linhas gerais, como esses elementos se apresentam.

## 5.1.α AS PENAS MÍNIMAS E AS TEORIAS RETRIBUIÇÃO E DA DISSUAÇÃO

Começemos, então, com a hipótese de valorização das penas mínimas pelas teorias da retribuição e da dissuasão.

A teoria da retribuição, em sua versão moderna e laica, é associada ao pensamento de Emmanuel Kant (PIRES, 1998b). De acordo com essa teoria, o objetivo da pena é causar um sofrimento proporcional ao mal moral causado pelo crime. Na dissuasão, esse objetivo é proteger a sociedade pela escolha de penas proporcionais e intimidantes. O autor-referência para essa teoria é Cesare Beccaria (PIRES, 1998a e MACHADO, 2008). Mesmo com finalidades distintas, para ambas as teorias os termos da equação de determinação da pena são idênticos: as penas devem guardar uma semelhança (material) com o crime. A teoria da retribuição limita-se a insistir sobre a correspondência puramente horizontal entre a natureza do crime e a natureza da pena. A teoria da dissuasão, por sua vez, agrega a esta uma preocupação com a proporcionalidade vertical, isto é, entre as diferentes unidades crime-pena previstas em determinada legislação criminal. De qualquer forma, para as duas teorias a “equação” em matéria de punição estabelece-se entre a “pena” e o “crime”. Enfim, essas duas teorias formam, juntas, o “núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna”

Essas teorias concebem a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato, negativo e atomista. Hostil, por representarem o agressor como um inimigo de todo o grupo e por estabelecerem uma equivalência necessária (mesmo ontológica) entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor. Abstrato porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, concebem que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo (“restabelecer a justiça pelo sofrimento”, “reforçar a moralidade das pessoas honestas”, “dissuadir o crime”) (...) Negativo, já que essas teorias, (...) excluem qualquer outra sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade etc.). E atomista, enfim, porque a pena – na melhor das hipóteses – não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória (PIRES, 2004, p. 43).

Para ambas as teorias, ademais, o transgressor é racional e dotado de livre-arbítrio. No entanto, as características do transgressor observadas aqui dizem respeito, sobretudo, à sua capacidade de discernimento. E assim apenas importam à decisão sobre a possibilidade de julgá-lo culpado ou não pela prática de um determinado crime, mas não para definir ou mesurar a punição que receberá por essa prática. Como critério para a escolha da pena, é suficiente, para ambas as teorias, a semelhança com o crime. E esta tarefa de estabelecimento de equivalências entre os crimes e as penas poderia realizar-se pelo legislador, de forma abstrata.

É possível dizer que os enunciados gerais dessa teoria são *plenamente compatíveis* com a existência de penas mínimas. Em outras palavras, esse modelo não coloca qualquer dificuldade à prática de o legislador fixar uma quantidade e uma qualidade de pena que

deverá ser aplicada pelo juiz. Mas não se trata simplesmente de compatibilidade teórica entre essas teorias e a prática de criação de penas mínimas. É possível dizer também que essas teorias selecionaram uma determinada definição de *igualdade das penas* que não apenas favoreceu como, de certo modo, estimulou a prática de criação de penas mínimas pelo legislador. Mas antes de tratar a questão da igualdade, vejamos como a questão da valorização e desvalorização das penas mínimas se coloca em relação à teoria da reabilitação.

### 5.1.b AS PENAS MÍNIMAS E A TEORIA DA REABILITAÇÃO

A teoria da reabilitação constitui a mais complexa e a mais difícil de representar entre todas as teorias da pena. Além de haver se transformado muito desde seu surgimento, esta teoria não dispõe de um “autor de referência” como as anteriores. Nos limites desse relatório, diremos simplesmente que, em torno do final do século XIX, a Escola Positiva Italiana contribuiu à estabilização dessa teoria da pena cujas raízes remontam ao final do século XVIII e início do século XIX com o nascimento da prisão. Esta teoria institui então um novo objetivo institucional às teorias da pena até então existentes: a reeducação ou tratamento (DUBÉ, 2008, p. 53).

A partir dos anos 1950-1960, podemos identificar um movimento importante de transformação no interior da teoria da reabilitação. Essa transformação realiza-se, sobretudo, em função do valor atribuído à instituição prisional para o cumprimento dos objetivos de educação e reabilitação. Essa complexificação interna permite que distingamos entre a teoria da reabilitação da *primeira* e da *segunda modernidade*.<sup>36</sup> A primeira está fortemente vinculada à prisão e, portanto, fundada sobre a idéia de exclusão social do delinqüente. Diferentemente, a teoria da reabilitação da *segunda modernidade*, por haver “aprendido com as críticas” formuladas ao uso da privação de liberdade, passou a privilegiar as formas de sanção que se realizam no interior da comunidade (DUBÉ 2008, p. 54).

Ainda que não possamos explorar todas as conseqüências dessa ruptura paradigmática, reforçemos que, com ela, opera-se uma diferenciação das teorias modernas da pena em relação à exclusão ou inclusão social do delinqüente. Nesse sentido, podemos dizer que a teoria da reabilitação da segunda modernidade, ao colocar em primeiro plano a *inclusão social* do indivíduo, passa a valorizar “diferentes tipos de intervenção (decisões, disposições) no interior da comunidade e a proteger concretamente os vínculos sociais *contra a intervenção destruidora do direito criminal*” (DUBÉ, 2008, p. 55). E, adotando essa perspectiva, distancia-se das três teorias anteriores que permanecem exigindo a *exclusão social do delinqüente* para produzir intimidação (teoria da dissuasão), para pagar o mal com o mal (teoria da retribuição) ou ainda para, excluindo da comunidade, produzir, com o tempo, uma reforma no indivíduo (teoria da reabilitação da primeira modernidade) (DUBÉ, 2008, p. 55).

---

<sup>36</sup> Esta distinção proposta por Alvaro Pires foi sistematizada e desenvolvida na tese de doutorado de Richard Dubé (2008)



Se observarmos a teoria da reabilitação do ponto de vista da determinação da pena, podemos ver que a *segunda modernidade* opera uma desvalorização profunda das penas mínimas de prisão. A ênfase nas formas de intervenção comunitárias e em meio aberto, bem como a finalidade de inclusão social do infrator são contrárias e incompatíveis com a definição de penas mínimas de prisão pelo legislador. Se, nesse caso, estamos diante de um visível rechaço a essa prática, a teoria da reabilitação da *primeira modernidade*, diferentemente, exige que façamos algumas distinções e esclarecimentos adicionais.

### 5.1.b. (i) ALGUMAS NOTAS SOBRE A PRIMEIRA MODERNIDADE

Façamos antes de tudo um esclarecimento. Um dos principais fatores da complexidade e da dificuldade de apresentação da teoria da reabilitação, além dos já citados, é que trabalharemos aqui com alguns enunciados extremamente heterogêneos do ponto de vista de sua compatibilidade com *o estado atual do saber sobre a questão criminal*. Referimo-nos, sobretudo, às idéias da Escola Positivista Italiana que, como sabemos, apóia-se sobre a falsa premissa da anormalidade do infrator. Podemos reconhecer, hoje, dois tipos de efeitos dessa falsa premissa. De um lado, teríamos os enunciados e as decorrências teóricas da anormalidade que são falsos como ela. Referimo-nos aqui à incorrigibilidade de determinadas pessoas, à noção de periculosidade, à relação de semelhança estabelecida entre a justiça criminal e o hospital, às classificações antropológicas, à possibilidade de curar certas pessoas da “doença-crime”, entre outros. Mas temos também formulações teóricas em relação às quais podemos facilmente *neutralizar* os elementos baseados nas falsas premissas. O objetivo aqui é guardar o interesse que o enunciado - não contaminado pelas falsas premissas - aporta ao debate contemporâneo. Feita essa advertência inicial, vejamos agora como a teoria da reabilitação se posiciona em relação à valorização ou desvalorização da existência das penas mínimas na legislação.

A teoria da reabilitação provoca duas alterações importantes ao procedimento de aplicação da pena privilegiado pelas teorias da retribuição e dissuasão. A primeira modificação diz respeito à divisão desse procedimento em dois momentos: a determinação da pena (pelo juiz) e a execução da pena (pelo administrador penitenciário ou pelo juiz da execução). A segunda mudança diz respeito aos próprios termos da equação de determinação da pena. Não poderemos apresentar detalhes sobre essas transformações. Nos limites desse relatório, gostaríamos apenas de explicitar que a passagem da equação “pena-crime” para “pena-infrator” na determinação da pena teve um momento de transição – ou uma solução teórica de compromisso. Referimo-nos aqui à ênfase que passou a ser dada à atuação dos administradores penitenciários no decorrer da execução da pena. É então com o surgimento dessa nova etapa no processo de determinação da pena (sua execução) que a idéia de *individualização da pena* começa a tomar forma.

Essas idéias são freqüentemente vinculadas à “Escola Penitenciária” que, desde o advento da prisão, busca formas de educar, tratar e reformar no interior dos estabelecimentos



prisionais. A idéia de base aqui é a seguinte: a busca de adequação da pena ao indivíduo é tarefa dos agentes penitenciários e não do juiz. A *individualização* diz respeito a certa prática carcerária, a uma forma de conduzir a vida em prisão e não a uma prática judicial de determinação da pena. Conseqüentemente, essa vertente da teoria da reabilitação da primeira modernidade permanece baseada na equação clássica de determinação da pena (pena-crime). O infrator apenas se torna um componente relevante somente no decorrer da execução da pena.

Surge, então, uma primeira divisão de poderes em matéria de penas. Ao juiz cabe aplicar a pena como vinha fazendo sob a égide das teorias da retribuição e da dissuasão, fundando-a no livre-arbítrio e preservando ao máximo o princípio da igualdade e uniformidade das penas. Ao administrador da penitenciária, por sua vez, cabia adaptar o tratamento às características individuais dos condenados. A individualização no decorrer da execução da pena passa a ser percebida como uma decorrência da constatação de que os indivíduos são diferentes e, portanto, sentem de maneiras diferentes as penas. Diz Bandeira: “Apesar dessa unidade metafísica é, entretanto, visível a todos que indivíduos de natureza diferente não podem sentir e não sentem do *mesmo modo* os sofrimentos causados pela *mesma* pena” (BANDEIRA, 1912, p. 68).<sup>37</sup>

A solução de compromisso que se opera entre o princípio da igualdade das penas e a exigência de individualização carcerária é descrita nas conclusões do Congresso Penitenciário de Stockolmo (1878), nos seguintes termos:

A individualização, que considero como essencial, é o direito para o diretor da penitenciária de poder adaptar um tratamento moral ao prisioneiro segundo sua individualidade psicológica e moral. (...) Sem prejuízo da uniformidade no modo de aplicação da pena, a administração das prisões deve gozar de um poder discricionário, nos limites determinados pela lei, a fim de poder aplicar (tanto quanto possível) o espírito do regime geral às condições morais de cada condenado (BANDEIRA, 1912, p. 68).<sup>38</sup>

Ao lado da ênfase na individualização carcerária, essa variante valorizou fortemente as longas penas de prisão, pois apenas elas forneceriam *tempo suficiente* para a obtenção da reforma e da readaptação do condenado.

Dessa forma, poderíamos dizer que para essa primeira variante da teoria da reabilitação da primeira modernidade - mais inspirada na Escola Penitenciária - a pena mínima não

---

<sup>37</sup> É importante notar que essa impossibilidade de realização da igualdade das penas já havia sido percebida muito tempo antes, mas não estava naquele momento acompanhada de uma tentativa de corrigir o problema por intermédio da individualização carcerária. BENTHAM (s/d, p.29), ao discorrer sobre as “qualidades que devem ter as penas” afirma que “... a perfeita certeza supõe a perfeita igualdade, quero dizer, supõe que todos aqueles, que passam por ela, a sentem da mesma sorte; mas a sensibilidade dos indivíduos é tão variável, tão desigual, que a perfeita igualdade das penas é uma quimera (...). E em face dessa constatação, propõe: “o meio de remediar a incerteza é ter duas penas diferentes, não para aplicá-las ao mesmo sujeito, mas para suprir, quando uma delas é defeituosa; por exemplo, a pena corporal supre a pena pecuniária, quando o réu, pela sua indigência não pode pagar.”

<sup>38</sup> O autor atribui a formulação do primeiro trecho citado ao Sr. Goos, e o segundo, a ele e aos Srs. Thonissen e Canonico. O texto original encontra-se em Deportes & Léfébure. “La Science Pénitentiaire”, p. 135.

representa um problema.<sup>39</sup> Em outras palavras, a pena mínima fica invisibilizada. Essa obstrução que o legislador faz à determinação da pena pelo juiz está, por assim dizer, fora do campo de observação da teoria que, como vimos, preocupa-se com a individualização da pena após sua fixação pelo juiz. Igualmente, como valoriza longas penas de prisão, essa variante parece estar *indiferente* à previsão de mínimos pelo legislador.

No final do século XIX, início do século XX, podemos identificar uma segunda modificação importante trazida pela teoria da reabilitação da primeira modernidade. A pena deixa de ser determinada exclusivamente em função do crime (gravidade do dano, mal causado, etc.) para ser escolhida em função das características pessoais do infrator. Essa alteração na equação de determinação da pena altera também o formato da norma de sanção que a teoria irá privilegiar. A fórmula clássica – valorizada pelas teorias da retribuição e da dissuasão – “a tal crime corresponde tal pena (aflictiva)”, é substituída por formulações que, ao menos, ampliam o arsenal de possibilidades e de medidas à disposição do juiz no momento de determinar a pena. Essa passagem de Enrico Ferri ilustra bem esse ponto:

Para todo delito cometido, o problema penal não deve mais consistir em fixar certa dose de pena, que acreditamos ser proporcional à culpa do delinqüente: deve-se reduzir a decidir, dadas as condições objetivas do ato (direito violado e dano causado) e as condições subjetivas do agente (motivo determinante [e categoria antropológica]), se é necessário separar o indivíduo do convívio social, para sempre ou por um tempo mais ou menos longo, conforme se mostre ou não readaptado ao meio social; ou se não devemos simplesmente nos contentar com uma reparação rigorosa do dano causado (FERRI, 1905, p. 559. Tradução livre, grifos nossos)

Utilizando o procedimento de leitura que explicitamos acima, poderíamos neutralizar a menção à “categoria antropológica” – entre colchetes na citação – e aproveitar a variedade de possibilidades trazidas à operação de fixação da pena. As duas frases no condicional ilustram a ampliação das possibilidades de reação ao delito: passa a ser possível decidir *se é necessária ou não a exclusão social* do delinqüente. Será, então, em função da readaptação ou não do indivíduo ao meio social que a determinação da pena se realizará. É possível dizer, enfim, que essa alteração na equação de determinação da pena implica, no nível teórico, a desvalorização dos obstáculos à adequação da pena às características do indivíduo, como a obrigatoriedade de aplicar uma quantidade fixa de pena de prisão prevista em lei (mínimo legal).

O quadro 3 representa a divisão em etapas e a coexistência de duas equações de determinação da pena, uma fundada no crime e outra no infrator, no interior da teoria da reabilitação da primeira modernidade.

---

<sup>39</sup> É importante destacar que essa afirmação apenas é verdadeira em relação à definição que adotamos nesse relatório que se refere à obstrução criada ao juiz no momento da determinação da pena. Como vimos, anteriormente, um conceito mais amplo de pena mínima poderia abarcar também as obstruções que o legislador faz à execução penal, obrigando o “juiz de execução” a manter em prisão por tempo determinado uma pessoa que poderia, e até mesmo deveria, retornar ao convívio social. Se houéssemos adotado em nosso relatório essa concepção mais ampla de pena mínima, diríamos que a pena mínima é sim um problema. Justamente porque, para essa vertente, a idéia de uma “reabilitação progressiva” que inclua liberação antecipada e liberação condicional para os que se regeneraram ou para os que merecem prêmios por sua boa conduta é altamente valorizada (SAILEILLES, 1898; 2006, p. 106 e 107).

**QUADRO 3: EQUAÇÕES DE DETERMINAÇÃO DA PENA**

	ETAPA 1 - DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA		ETAPA 2 - EXECUÇÃO DA PENA	
Teorias da retribuição e da dissuasão	PENA →	CRIME INFRATOR		
Teoria da reabilitação da Primeira Modernidade Variante 1	PENA →	CRIME INFRATOR	PENA →	CRIME INFRATOR
Teoria da reabilitação da Primeira Modernidade Variante 2	PENA →	CRIME INFRATOR	PENA →	CRIME INFRATOR

### 5.1.c “IGUALDADE DE PENAS”: UMA HIPÓTESE PARA COMPREENDER A CO-EXISTÊNCIA ENTRE AS PENAS MÍNIMAS E O IDEAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Nesta seção gostaríamos de apresentar algumas idéias iniciais sobre essa acomodação que se estabeleceu entre o princípio da individualização da pena e a existência de penas mínimas. Não poderemos explorar todos os aspectos dessa questão aqui mas, partindo da legislação brasileira em matéria de determinação de penas, podemos dizer que estamos diante de uma combinação bastante peculiar entre as concepções de direito penal e justiça que discutimos anteriormente (item 4.1.).

Se tivéssemos que representar graficamente o arranjo brasileiro em matéria de determinação de penas, diríamos que se trata de uma equação pena-crime ou pena-infrator (quadro 3)? Deixemos de lado, nesse momento, a etapa da execução penal que, ao menos em princípio, está direcionada ao infrator. Observando apenas a etapa de determinação da pena, temos, na legislação brasileira, um dispositivo que explicitamente indica os *critérios* a observar no cálculo da pena: o infrator e a sua biografia, entre outros (art. 59 do Código Penal). Este mesmo dispositivo indica ao juiz as *finalidades* que deve buscar atingir com aquela determinação: retribuição e prevenção (dissuasão). A finalidade de reabilitação, como se sabe, aparece em nossa legislação apenas na execução penal (art. 1º da Lei de Execuções Penais).

Diante desse arranjo normativo, poderíamos dizer que nossa equação de determinação de pena aproxima-se mais ao formato “pena-infrator”? Poderíamos responder que sim, observando os critérios do artigo 59. Mas teríamos que dizer “não” em face da existência de penas mínimas obrigatórias que, justamente, por definirem uma cota de punição em função do crime, impedem que o juiz determine a pena em função das características do caso concreto.

Não inventamos essa solução de compromisso, mas talvez tenhamos mantido uma das versões mais extremas ao impedirmos, até mesmo, o reconhecimento de atenuantes quando a pena-base já foi fixada no mínimo legal.

Ainda no final do século XIX, juntamente com o ideal de individualização da pena, surgiram propostas que buscavam tornar essa idéia 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 idéia 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.

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 idéia 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.

Ao referir-se à “doutrina que tinha por intangível e inatacável o princípio da *unidade da pena*”, Esmeraldino Bandeira o descreve nos seguintes termos:

...considerando o mal da pena uma simples retorsão do mal do crime e julgando todos os homens igualmente livres para fazer o mal ou o bem, concluía que a pena, como afirmação dessa liberdade e expressão daquele mal, devia ser uma e única para todos os criminosos (BANDEIRA, 1912, p. 68).

Este trecho coloca em relevo a vinculação do princípio ao núcleo identitário da racionalidade penal moderna e, sobretudo, à teoria da retribuição. Mesmo sem explicitar certa filiação às teorias da retribuição e da dissuasão, a manutenção da “igualdade das penas” foi um dos pontos centrais do debate em torno da individualização da pena. Em Raymond Saleilles, mas também em Gabriel Tarde, encontramos defesas entusiasmadas da individualização da pena que ressaltavam a necessidade de manter intacto o princípio da igualdade das penas.

No prefácio à primeira edição do livro “Individualização da Pena” de Raymond Saleilles, Gabriel Tarde apóia-se justamente nesta concepção de igualdade para compatibilizar os patamares mínimos e máximos e o ideal de individualização da pena.

A desgraça é que individualizar a pena é *torná-la desigual* para infrações iguais, e convém levar em conta o sentimento de injustiça aparente que essa desigualdade inevitavelmente submete os condenados, ou muitos deles, e a 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 no prefácio de SALEILLES, 1898, xii e 2006, 18).<sup>40</sup>

---

40 A tradução brasileira dessa citação, publicada em 2006, foi retocada a partir do confronto com o original.

Essa passagem ilustra um dos fortes argumentos utilizados para mitigar as propostas de individualização da pena, em prol de certo “sentimento de justiça do público” que estaria assegurado pelo princípio da igualdade das penas.

Subjazem às idéias de “igualdade” e “individualização” de penas, como vimos, equações de determinação da pena opostas. Para a primeira, é indispensável que a pena seja definida em função do crime (para que possa ser igual para todos). Enquanto a segunda apenas se realiza se a pena for definida em função do indivíduo concreto. Este parece ser o paradoxo ao qual arranjos normativos como o nosso estão submetidos.

### 5.1.d CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE AS PENAS MÍNIMAS E SEUS FUNDAMENTOS

Entre as várias formas possíveis de organizar a profusão de idéias sobre o crime e a pena nos últimos 250 anos, a distinção entre essas três concepções facilita a visualização da valorização e desvalorização da existência da pena mínima na legislação criminal. O quadro 4 busca sistematizar o que foi dito até agora sobre a valorização ou desvalorização das penas mínimas pelas teorias da pena.

**QUADRO 4: AS TEORIAS DA PENA EM RELAÇÃO À EXISTÊNCIA DE PENAS MÍNIMAS NA LEGISLAÇÃO**

TEORIA DA RETRIBUIÇÃO E TEORIA DA DISSUAÇÃO	TEORIA DA REABILITAÇÃO	
	PRIMEIRA MODERNIDADE	SEGUNDA MODERNIDADE
<p><b>Valorização das penas mínimas:</b> Decorrencia da “equação de determinação da pena privilegiada (Pena – Crime)</p>	<p><b>Desvalorização das penas mínimas:</b> Decorrencia da “equação de determinação da pena privilegiada (Pena – Infrator)</p>	<p><b>Desvalorização das penas mínimas:</b> Decorrencia da “equação de determinação da pena privilegiada (Pena – Infrator, vítima, inter-relações sociais)</p>
<p><b>Razões para apoiar essa prática legislativa</b> 1) Pena mínima favorece a concepção de igualdade das penas (ao menos aquele mínimo será uniforme para todos os indivíduos que cometerem o mesmo crime) 2) Pena mínima fortalece o efeito público dissuasório ao torna visível as penas abstratamente previstas para os crimes</p>	<p><b>Razões para rechaçar essa prática legislativa</b> 1) Pena mínima permite que o indivíduo seja punido injustamente (se antes do término da pena sobreveio sua readaptação) <b>Razões para apoiar essa prática legislativa advêm da combinação com outras teorias</b> 2) Pena mínima satisfaz às idéias de responsabilidade e de igualdade (Saleilles)</p>	<p><b>Razões para rechaçar essa prática legislativa</b> 1) Pena mínima impede que o juiz escolha o tipo de intervenção mais adequado ao caso concreto 2) Eliminação da pena mínima contribui a neutralizar as ingerências do legislador e da opinião pública na determinação das penas</p>

Gostaríamos de destacar, por fim, que se observarmos essas teorias no nível de suas formulações práticas sobre a atuação do juiz na tarefa de determinação da pena, podemos encontrar, mesmo nas hipóteses de clara valorização da existência de penas mínimas, exemplos de reconhecimento da obstrução que ela representa ao exercício adequado do direito.

No caso das teorias da dissuasão e da retribuição, lembremos que eram as únicas teorias da pena disponíveis ao legislador francês de 1810 que garantiu a margem de atuação do juiz por intermédio do reconhecimento de circunstâncias atenuantes. Eloqüente, nesse mesmo sentido, esta passagem de Jeremias BENTHAM (1748-1832)<sup>41</sup>:

Todavia, sendo a lei inflexível, pode achar grandes inconvenientes na prática pelas circunstâncias imprevistas, ou particulares, tanto da parte do crime como da pessoa do réu: por onde parece que se deve deixar à discricção do Juiz tal ou qual liberdade, não para agravar a pena, mas para a diminuir nos casos que fazem presumir que um indivíduo é menos perigoso, ou mais responsável do que outro... (...) Todas as vezes que o Juiz exercitar esse poder discricionário, quero dizer, *todas as vezes que reduzir a pena abaixo do mínimo fixado pela lei, deve ser obrigado a declarar o motivo.* (BENTHAM, s/d: p. 47, grifos nossos)<sup>42</sup>

Esta passagem coloca em relevo a impossibilidade prática de negar ao juiz a possibilidade de reduzir a pena em face de circunstâncias “imprevistas ou particulares”, para utilizar a terminologia de Bentham. Mesmo um defensor da existência de penas mínimas na legislação, reconhece os graves inconvenientes que a obstrução absoluta do juiz traz em matéria de determinação da pena.

## 5.2 OUTRAS RAZÕES PARA APOIAR E RECHAÇAR AS PENAS MÍNIMAS

Ao lado das justificativas que classificamos como fundamentos às penas mínimas, encontramos no decorrer da pesquisa outras razões apresentadas tanto para apoiar quanto para rechaçar essa prática legislativa. Reunimos parte delas ao redor de dois grandes eixos: (i) “a pena mínima como conforto decisório” e (ii) “a pena mínima como garantia ao réu”. Não poderemos, nos limites desse relatório, discutir todos os aspectos e extrair todas as implicações teóricas e práticas desses dois eixos. Contentaremos-nos com uma breve apresentação das principais características de cada um deles.

---

<sup>41</sup> A edição de “Teoria das Penas Legais” consultada nesta pesquisa não indica a data do original. Sabemos, contudo, tratar-se de parte de obra publicada em 1840 pela Société Belge des Librairies, a partir de manuscritos de Bentham datados de 1775.

<sup>42</sup> Vale lembrar que Bentham, ao mencionar a lei inflexível, tinha em mente o mínimo e máximo: “As penas têm o seu minimum, e o seu maximum. Há razões para que não sejam menores e há também razões para que não devam ser maiores: são os dois lados que devemos ter em vista, sem propender para um, nem para outro” (BENTHAM, s/d, p. 23).

### 5.2.1 A pena mínima como “conforto decisório”

Com a expressão “conforto decisório” referimo-nos a uma forma muito peculiar de justificar a existência das penas mínimas que apareceu com frequência nas entrevistas realizadas nesta pesquisa.

Digamos inicialmente que a existência da pena mínima nos traz certa dificuldade em responder à pergunta “a quem cabe decidir qual pena será aplicada ao indivíduo  $x$  em razão do cometimento do crime  $y$ ?” Para que haja uma *decisão* é imprescindível que tenhamos opções para realizar uma escolha. Se não há como valorar entre diferentes possibilidades, não há o que decidir.

Poderíamos dizer que essa estrutura das normas de sanção com previsão de mínimos e máximos e, sobretudo, de penas de prisão deixa o juiz *sem escolhas* ou *com possibilidades de escolha muito limitadas*. A sua margem de decisão fica extremamente reduzida se comparada a do legislador que tem à sua disposição um amplo rol de sanções e possibilidades de intervenção. Nessa configuração, o que denominamos aqui procedimento ou operação de “determinação da pena” restringe-se à tarefa de “aplicar” e “calcular”. Vale a pena notar como esses verbos - os mais comumente adotados, ao menos no Brasil - marcam uma divisão de tarefas muito peculiar entre o legislador e o juiz. O legislador define e o juiz aplica; o legislador fornece os números e o juiz somente calcula. Mas quem *decide* a pena?

Do ponto de vista da atuação judicial, portanto, a existência da pena mínima prevista pelo legislador pode significar uma comodidade em sua atividade decisória justamente porque, em relação à determinação da pena, é possível transferir a responsabilidade por sua definição ao legislador. Por intermédio desses mecanismos, o procedimento de determinação da pena esvazia-se e se torna um apêndice, uma simples decorrência, um último parágrafo em uma longa sentença.

Se compararmos a operação de determinação da pena com a operação de imputação (isto é, a decisão de absolvição ou condenação), visualizamos facilmente que a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz é construída de outro modo. Para decidir sobre a condenação ou absolvição do réu, o juiz encontra na lei uma série de balizas: a legislação regulamenta as situações que devem gerar uma ou outra decisão, indica os critérios que o juiz deve levar em conta na valoração do caso concreto (elementos de prova), e explicita um princípio geral para esta atividade: *in dubio pro reo*. No tocante ao juízo de imputação, estamos diante de uma divisão de tarefas entre o legislador e o juiz que, no entanto, não gera qualquer dúvida sobre qual dos dois *decide* pela condenação ou absolvição do réu, como ocorre com a operação de determinação da pena.

As inúmeras normas previstas na legislação criminal sobre o juízo de imputação não decidem a absolvição ou condenação do réu pelo juiz. É o juiz quem decide, nos limites e critérios estabelecidos em lei. E essa decisão deve necessariamente ser explicitada na sentença, sob pena de nulidade. Em relação à imputação, o *juiz decide* e justamente em virtude disso está obrigado, por lei, a explicitar sua escolha, a motivar sua decisão.

No caso da determinação da pena, diferentemente, essa indicação tácita de que o juiz não decide, mas apenas transmite, convalida, aplica ou calcula a pena escolhida pelo legislador tem implicações evidentes na exigência de motivação. Em relação às penas, como o juiz não está diante de uma decisão propriamente dita, tolera-se a ausência de motivação, principalmente se a pena aplicada for o mínimo legal. Nesse caso, o juiz transmitiu a pena selecionada pelo legislador e, de acordo com esse raciocínio, não haveria razão para exigir do juiz a motivação - ou a explicitação das razões da escolha - já que não foi ele que escolheu.

Enfim, a noção de “conforto decisório” como forma de justificar a existência das penas mínimas diz respeito, portanto, a essa divisão de tarefas nebulosa em relação à determinação da pena que parecem reduzir a atuação judicial à simples transmissão das mensagens do legislador. Essa situação, no entanto pode gerar, no juiz, uma sensação de comodidade e de desoneração em relação à tarefa de determinação da pena.

### 5.2.2 A pena mínima como garantia ao réu

Ao redor das idéias de “limite à atuação do juiz” e de “garantias do réu”, podemos agrupar outras razões que encontramos no decorrer da pesquisa para justificar a existência de penas mínimas. Na base dessas razões reside uma percepção de indistinção entre as funções desempenhadas pela pena mínima e pela pena máxima na legislação criminal. Isto é, atribui-se à pena mínima os efeitos de garantia ao réu que somente a pena máxima pode exercer. Retomemos, então, a diferença que existe entre as mínimas e as máximas.

Em primeiro lugar, podemos afirmar que tanto a pena mínima quanto a pena máxima são formas de o legislador limitar a atuação do juiz em matéria de determinação de penas. No entanto, estamos diante de duas formas de limitação muito distintas. Quando o legislador estabelece uma pena máxima, ele está limitando a atividade do juiz e, por intermédio dessa limitação, tornando efetivo o direito do réu a uma pena inferior àquele máximo legalmente previsto. Nesse caso, *a lei limita a atuação do juiz para garantir um direito do réu.*

A limitação que a pena mínima exerce sobre a atuação do juiz, diferentemente, não efetiva nem garante direitos do réu. Ao contrário, a pena mínima impede que determinados direitos, constitucionais inclusive, sejam efetivados: impede que o juiz atue adequadamente e impede o exercício do direito constitucional a uma pena individualizada. Em outras palavras, do ponto de vista da efetivação de direitos, a pena mínima traz somente conseqüências negativas: impede que o juiz atue conforme sua convicção e as características do caso concreto e impede que o réu exercite seu direito a uma pena individualizada.

Quando marcamos esta diferença de funções entre a mínima e a máxima, marcamos também que as razões apresentadas para reduzir a pena abaixo do mínimo *não se aplicam* à hipótese de aumento além do máximo. Vejamos mais de perto como essa diferença se



coloca aqui. Esse argumento de que a pena mínima e pena máxima representam limitações ao juiz e, como tais, ao permitirmos que essa limitação seja flexibilizada em relação à mínima teríamos que, automaticamente, reconhecer a possibilidade de aumento em relação à máxima. Esse argumento desconsidera que a mínima e a máxima, como limitações ao juiz, exercem funções diferentes no que diz respeito à efetivação de direitos do réu.

Quando o juiz desconsidera o limite máximo definido pelo legislador e determina uma pena acima deste limite, está violando um direito do réu a receber uma pena inferior ao teto legal. Quando o juiz desconsidera o limite mínimo definido pelo legislador para aplicar uma pena abaixo deste limite, ele não está violando nenhum direito do réu. O juiz está, justamente, tornando efetivo seu direito a uma pena individualizada. Pensemos, uma vez mais, no réu primário e de bons antecedentes condenado por um crime tentado que não pode ter sua pena reduzida aquém do mínimo por ser menor de 21 anos ou por haver reparado o dano.

No decorrer da pesquisa, encontramos somente uma formulação que buscava dar suporte ao argumento de que a pena mínima constitui uma forma de garantia para o réu. Essa formulação está baseada num certo receio quanto à formação dos magistrados e à postura conservadora que podem adotar em matéria de penas. De acordo com essa formulação, seria melhor deixar a decisão sobre a pena ao legislador (por intermédio da criação de penas mínimas) do que ao juiz que, de acordo com esse argumento, seria conservador e punitivo. Essa formulação depara-se, contudo, com fortes evidências empíricas em sentido contrário. Não poderemos explorar todas elas aqui, mas enunciaremos as mais importantes.

Em primeiro lugar, vimos no decorrer do relatório que não podemos contar com que o legislador seja necessariamente menos punitivo do que o juiz (item 2.2.). No Brasil, temos uma série de exemplos em que o legislador mostrou-se fortemente punitivo justamente por intermédio da elevação das penas mínimas. A experiência canadense nos faz a mesma indicação, não em relação à elevação das mínimas, mas à sua criação em crimes que não a contemplavam. Enfim, entre o juiz e o legislador não temos elementos que nos permitam generalizar que a pena decidida por um será necessariamente mais benéfica ao réu do que a pena decidida pelo outro.

O que sim podemos afirmar de maneira mais genérica é que quando pensamos na determinação da pena pelo juiz não estamos, em realidade, fazendo referência a um ator específico do sistema de justiça criminal. Estamos nos referindo a um procedimento jurisdicional que contempla a possibilidade de contraditório e de ampla defesa e que, muito freqüentemente, passará pelas mãos de vários juízes, de diferentes cidades, faixas etárias, tempo de carreira e trajetórias profissionais.

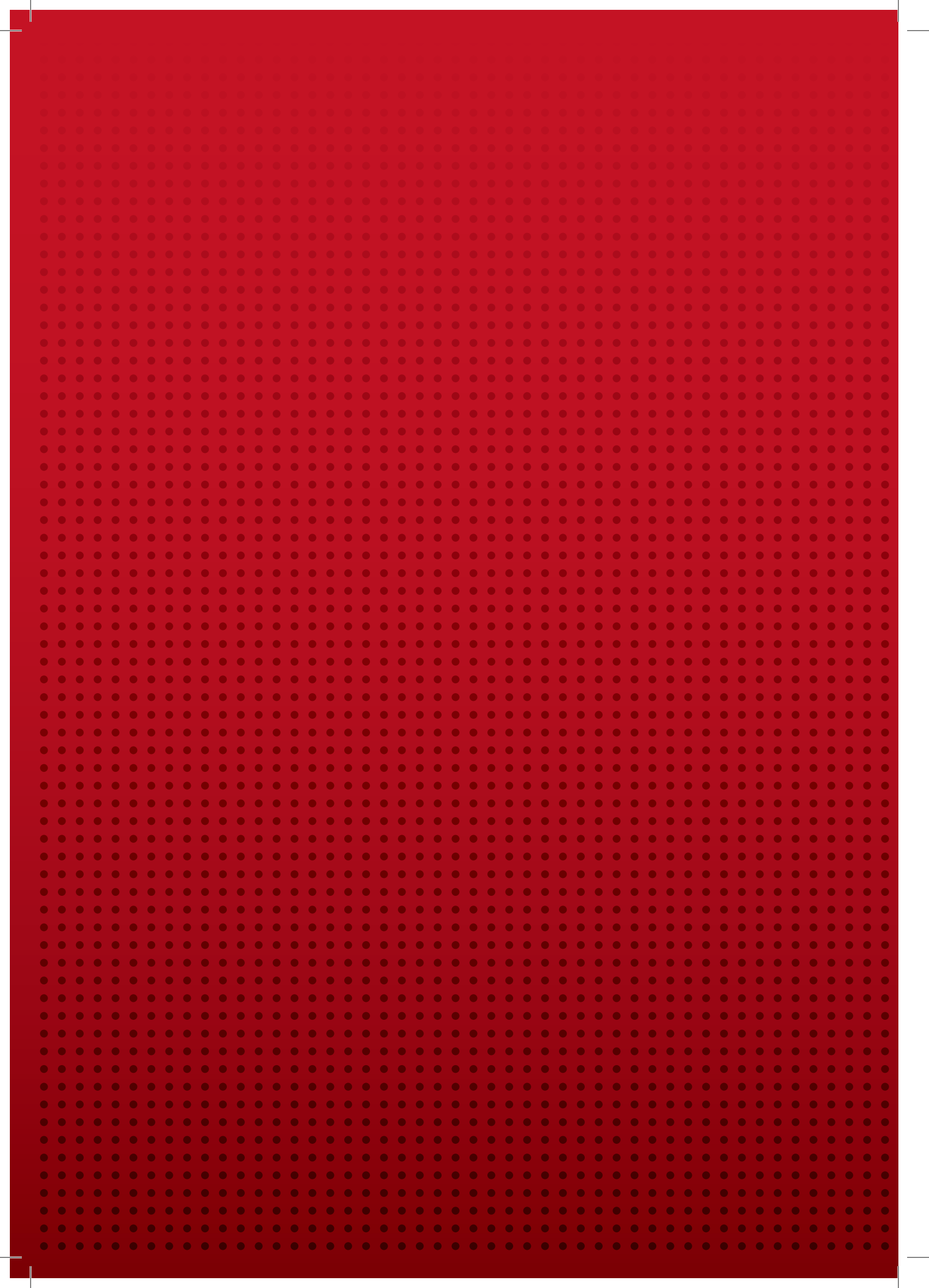
Podemos dizer também que as características pessoais dos juízes não são verdadeiramente importantes para a decisão. O que nos importa é o que o juiz explicitou na sentença – argumentos fortes ou fracos, com maior ou menor sustentação na doutrina e na jurisprudência

– e não o que ocorreu em sua esfera de convicção íntima. Aliás, não é nada realístico pensar que podemos, por intermédio da lei ou mesmo da jurisprudência interferir ou modificar esse âmbito. De todo modo, não pensamos em restringir a margem de decisão do juiz em relação aos juízos de imputação (condenação ou absolvição) por receio de que eles sejam conservadores em suas decisões, nem mesmo em estabelecer em lei hipóteses nas quais o juiz é obrigado a condenar ou a absolver, independentemente das circunstâncias do caso concreto, como fazem as penas mínimas de prisão.

A segunda premissa dessa formulação de que a pena mínima é uma garantia para o réu consiste na suposição de que, na ausência da pena mínima, o juiz daria uma pena superior àquela. Isto é, diante de uma norma de sanção que estabelece pena de prisão de 1 a 4 anos, os juízes aplicariam 1 ano; mas se este mínimo não existisse, os juízes aplicariam 2 ou 3 anos. Esta formulação não parece muito consistente com o que vimos no decorrer dessa pesquisa.

Em primeiro lugar, vimos que a aplicação da pena mínima pode parecer atrativa pelo conforto decisório (transferência de responsabilidade do juiz ao legislador) e pela conseqüente tolerância à ausência de motivação desta (não-) decisão.

Ocorre que, nesse exercício hipotético – “se não houvesse a pena mínima...” – essa formulação atribui aos juízes a aplicação de penas mais elevadas, mas que eram igualmente possíveis na hipótese de existência das penas mínimas. Em outras palavras, se diante de uma pena de 1 a 4 o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, considera adequado aplicar uma pena de 2 anos, *a existência de uma pena mínima de um ano não obstruiu a atividade decisória do juiz*. Esta pena mínima de 1 ano apenas exerceria essa função de obstrução, se a pena suficiente e adequada ao caso fosse de 2 ou 6 meses, ou ainda, se fosse uma pena não-prisional (uma multa ou uma restritiva de direitos, por exemplo).



## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O condenado será conduzido ao centro da praça pública da cidade em que se localiza o tribunal que o julgou. O escrivão do tribunal dirigirá a ele estas palavras, em alta voz: *o país o considera condenado de uma ação infame (...)* (Código Penal Francês, 1791, art. 33).<sup>43</sup>

Nesta passagem do Código Penal Francês de 1791 a lei indica textualmente o que deve ser dito pelo tribunal. Há outros artigos semelhantes que, ao tratar da forma como a pena deve ser transmitida ao réu e comunicada à sociedade, transcrevem em itálico, as palavras que devem ser ditas “em alta voz” pelo representante do tribunal.

Em matéria de determinação da pena, essa forma de conceber a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz expressa-se, como vimos anteriormente, na definição legal de penas fixas e únicas que seriam transmitidas pelo juiz ao réu. É a imagem do legislador como ventríloquo das penas que vem acompanhado de um juiz que movimenta a boca para deixar que saiam as palavras pré-selecionadas pelo legislador.

Mais de duzentos anos depois, algumas estruturas normativas, bem como posições jurisprudenciais e doutrinárias nos remetem a esta mesma forma de conceber a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz. Uma concepção favorável – ou ao menos indiferente – ao fato de o legislador decidir, pelo juiz, a pena a ser aplicada a determinado réu. A criação de um patamar mínimo e máximo concedeu ao juiz alguma margem de escolha sobre a quantidade da pena, mas não eliminou o problema. *A pena mínima de prisão é uma pena escolhida pelo legislador, exclusivamente em função do crime (norma de comportamento), e aplicada pelo juiz em detrimento das circunstâncias e particularidades do infrator e do caso concreto.*

Como vimos no decorrer do relatório, podemos identificar duas faces no problema colocado pela existência de penas mínimas na legislação. Em uma face, a pena mínima impede a atuação adequada do juiz em matéria de determinação da pena sempre que o caso concreto reclame uma solução diferente da privação de liberdade ou, ao menos, diferente da privação de liberdade pelo período previsto em lei. Na outra face, a existência de penas mínimas também impede o exercício do direito constitucional do réu a uma pena individualizada.

Essas duas faces do problema reforçam a distinção entre o papel desempenhado pelas mínimas e pelas máximas na interação entre o legislador e o juiz. No caso da pena máxima, a obstrução que ela representa à atividade do juiz é justamente o que permite a efetivação do direito do réu a uma pena individualizada e que não exceda o patamar de razoabilidade que se definiu para o direito de punir estatal. Em outras palavras, a obstrução na face 1 (atuação

---

<sup>43</sup> A segunda parte do artigo estabelece que “o condenado será em seguida levado ao pelourinho onde permanecerá, por suas horas, exposto aos olhares do público. Em uma placa serão escritos em letras grandes, seu nome, sua profissão, seu domicílio, o crime que cometeu e a decisão pronunciada contra ele”.

do juiz) *é o que efetiva* o exercício do direito na face 2 (direito do réu à individualização). No caso da pena mínima, diferentemente, a obstrução na face 1 (atuação do juiz) *obstrui também* o exercício do direito na face 2 (direito do réu à individualização).

Duas observações finais nos parecem importantes.

Em primeiro lugar, o que estamos chamando aqui “o problema” das penas mínimas não tem destinatário específico, isto é, não é um problema que cabe apenas ao legislador resolver, eliminando-as, diminuindo-as ou estabelecendo autorizações de redução em casos determinados. Nosso estudo mostrou que há experiências extremamente interessantes e ricas de atuação judicial em relação às penas mínimas, declarando-a inconstitucional em situações concretas (item 3.3.), enfatizando seu caráter meramente indicativo e não-vinculante (item 3.1.) e, inclusive, insistindo na redução em face das atenuantes, em que pese a enorme resistência das cortes superiores (item 3.2.).

Isso nos leva à segunda observação. Quando falamos em “obstrução” do legislador à atuação do juiz, não estamos nos referindo sempre e necessariamente a uma idéia de *conflito* entre eles. Ao contrário, na seção dedicada às experiências jurisprudenciais, ressaltamos as formas de *colaboração* que se estabeleceram entre eles (itens 3.1., 3.3. e 3.4.).

É importante notar, ao menos, que nessas duas hipóteses de colaboração – caso francês e canadense – formulou-se um acordo sobre a divisão de tarefas entre o legislador e o juiz em matéria de penas: *o legislador não pode extrair do juiz sua liberdade de convicção diante do caso concreto*. Essas ilustrações desenvolveram-se de modo bastante diferente. No caso francês, a Corte Constitucional confirmou em dias a constitucionalidade das penas mínimas criadas pelo legislador, por serem indicativas e não-obrigatórias. No caso canadense, a Corte Constitucional levou quase duas décadas para afirmar que aquela pena mínima, sendo obrigatória, representava um obstáculo à atuação do juiz e o legislador levou outros dez anos para “aprender” com essa decisão e eliminar aquela pena mínima da legislação.

Se o caso canadense, por um lado, exemplifica uma forma de colaboração que poderíamos chamar “binária” (sim/não; “há”/“não há” pena mínima para determinado crime), o exemplo francês nos coloca diante de uma forma de colaboração mais próxima a uma “regulamentação negociada”. Como vimos, o legislador criou as penas mínimas para reincidentes, mas indicou uma série de critérios e possibilidades para que esta *obstrução em princípio*, não exercesse, sempre e em todos os casos, uma *obstrução de fato* à atuação do juiz.

A questão que permanece, então, aberta ao debate futuro sobre as penas mínimas diz respeito, essencialmente, a quem queremos atribuir a tarefa de decidir sobre as sanções em casos complexos como são os casos do direito criminal. Haveria alguma justificativa – além das finalidades de retribuição e dissuasão, fortemente questionadas há décadas – para atribuímos essa tarefa a quem não conhece o caso concreto?

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Fernando. « Récit de voyage à l'intérieur du *Code Criminel* de 1892 où entre autres mention est faite des peines auxquelles ses transgresseurs s'exposent ». *Criminologie*, XXVIII, 1, 1995.

BANDEIRA, Esmeraldino. *Estudos de Política Criminal*. Rio de Janeiro : Typographia Leuzinger, 1912.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das Penas Legais*. São Paulo: Editora Logos, s/d.

BACHELARD, G. (1938). *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Vrin, 1975.

BLANC, Dominique. « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé » *Actualité Juridique Pénal* 2007 p. 352.

CRUTCHER, Nicole. "The legislative history of mandatory minimum penalties of imprisonment in Canada". 39 *Osgoode Hall L. J.* 273 2001, p. 273

DUBÉ, Richard. *Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*. Tese de doutorado em Sociologia. Universidade do Quebec, 2008.

DURKHEIM, Emile (1922). *Éducation et Sociologie*. Paris : PUF, 1966.

FERRI, Enrico. *La Sociologie Criminelle*. Paris : Felix Alcan, 1905

GARCIA, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à innovation*. Tese de doutorado. Universidade do Quebec, 2009.

GAVAZZI, Giacomo (1967). *Norme primarie e norme secondarie*. Turim: Università di Torino.

GOMES, Mariângela Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. 246 p.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961.

HART, H.L.A (1961). *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

LALANDE, Pierre. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACHADO, Agapito. -- As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal: inteligência do art. 68 do Código Penal após a redação da lei 7209/84. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.78. n.647. p.388-9. set. 1989.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP*. 24ª Ed. Rev. e Atualizada até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBLES, Richard e Schiff, David. "Introduction". *Law as a Social System*. N. Luhmann. Oxford, Oxford University Press, 2004.

NORONHA, Fabrícia Rúbia Guimarães de Sousa. *O Império dos Indesejáveis: legislação brasileira sobre o degredo. 1822-1889*. Tese de doutorado em História. Universidade de Brasília.

PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral, volume 1. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

PIRES, Álvaro (2004), "A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia", *Novos Estudos CEBRAP* (São Paulo), 68, 2004, pp. 39-60

PIRES, Alvaro (1998a). "Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne » in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelles : De Boeck, 1998, p. 1-52

PIRES, Alvaro, (1998b). « Kant face à justice criminelle » » in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelles : De Boeck, 1998, p. 145-206.

PIRES, Alvaro. "La détermination de la sentence". *Criminologie*, XX, 2, 1987, p. 11-55. .

ROACH, Kent. "Searching for *Smith*: the constitutionality of mandatory sentences". 39 *Osgoode Hall L. J.* 367 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Iuris, 2005.

SEUVIC, Jean François. « La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 "renforçant La lutte contre la récidive des majeurs et mineurs" ou les récidives du législateur ». *Le nouveau droit de la récidive. Actes du Colloque du 25 janvier 2007. Université de Franche-Comté*. Paris : l'Harmattan.

TERRIER, Franck et alli. « Commentaire des articles du nouveau code pénal ». *Nouveau code pénal, mode d'emploi*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1993, p. 34.

VAUZELLE, Michel. Prefácio em Terrier, Franck et alli. « Commentaire des articles du nouveau code pénal ». *Nouveau code pénal, mode d'emploi*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1993, p. 12.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal do imperio do Brazil anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SALEILLES, Raymond. *L'individualisation de la peine*. Paris: Félix Alcan, 1898.

SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Tradução de Miremis Amadio. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

## REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS

Código Penal Francês em vigor (Legifrance). Disponível em: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=01A1DFD7893D471A20FD1606DA578792.tpdjo10v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091015](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=01A1DFD7893D471A20FD1606DA578792.tpdjo10v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091015)

Comissão Archambault (1987). *Réformer la sentence. Une approche canadienne*. Rapport de la Commission Canadienne sur la détermination de la peine. Comissão presidida pelo juiz Omer Archambault, Canadá, Ministre des Approvisionnements et Services Canada.

Decisão Conselho Constitucional, 2007. Conseil Constitutionnel – Décision n° 2007-554 DC du 09 août 2007. Disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

Decisão Conselho Constitucional, 2005. Conseil Constitutionnel – Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005. Disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

Exposição de motivos, 1993. « Exposé de motifs du projet de loi portant réforme do code pénal (Livres I – III) déposé le 20 février 1986 par Monsieur Robert Banditer » em Terrier, Franck et alli. « Commentaire des articles du nouveau code pénal ». *Nouveau code pénal, mode d'emploi*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1993, p. 411-412

Jurisprudência Conselho Constitucional. Jurisprudence Du Conseil Constitutionnel. Tables d'analyse au 6 août 2009, p. 165. Disponível em [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/Tables/tables\\_1959\\_2008.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_1959_2008.pdf)

Relatório Geoffroy, 2008. França: "Rapport d'information (...) sur la mise en application de la loi 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, présenté par Guy Geoffroy et Christophe Caresche ». Assemblée Nationale, 9.12.2008. Disponível em: [www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1310.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1310.pdf)



