

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 17/2009

PENA MÍNIMA



Série Pensando o Direito

Nº 17/2009 – versão integral

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
e-mail: sal@mj.gov.br

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 na íntegra da pesquisa denominada **Pena Mínima**, 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.

Após o texto, este documento inclui nove anexos nos quais detalhamos 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

PROJETO PENSANDO O DIREITO

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

**A complexidade do problema e a simplicidade da solução:
a questão das penas mínimas**

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

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.¹ 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

¹ 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.

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.

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 documental². Entre as fontes documentais, privilegamos os relatórios de comissões de reforma do direito, a jurisprudência e a doutrina. A coleta 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. Distinguímos 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 Este documento constitui 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.

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.³ 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 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.

³ 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*.

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*.⁴

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

⁴ 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.

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”).⁵

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”.

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.

⁵ 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.

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) <i>- Não há duas ou mais sanções previstas</i>	Possibilidades: - Homogênea: em um mesmo tipo de pena - Heterogênea: mescla de tipos diferentes de pena <i>- Não há escala (hipóteses de penas únicas)</i>

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”;⁶ 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”;⁷ Há outras formulações, entretanto, que podem gerar dúvidas quanto à compreensão: “tal crime é punido de 15 (quinze) anos de reclusão”.⁸ 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

⁶ Exemplo inspirado no Código penal brasileiro, art. 157 (roubo).

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

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

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

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.⁹ É claro que essa prática legislativa pode aparecer em várias outras modalidades de sanção, e a Comissão Archambault estava plenamente consciente disso.¹⁰ 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

⁹ Neste relatório usamos indistintamente os termos prisão, pena privativa de liberdade, reclusão e detenção.

¹⁰ 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).

obrigatório de internação¹¹. Voltaremos a abordar essas combinações paradoxais quando tratarmos da teoria da reabilitação (item 4.1.b)

Ainda que, nesses 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 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 contraindicada - a permanência na prisão.

¹¹ O Anexo 3 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.

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”¹², 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”.¹³

Na segunda parte do Código, dedicada aos crimes e suas punições, todas as penas previstas são fixas e únicas.¹⁴ A estrutura da norma penal seria a seguinte:

Ex. 1 - Código Penal Francês (1791) – art.19				
Norma de Comportamento	Tal crime...			
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Reclusão	6 anos	<i>Não há</i>	<i>Não há</i>

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

¹² Primeira Parte (Das condenações), Título I (Das penas em geral).

¹³ 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).

¹⁴ 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”.

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				
Norma de Comportamento	Tal crime...			
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Pena de morte	-	Cumulação (E)	<i>Não há</i>
	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					
Norma de Comportamento	Tal crime...				
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade		Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Reclusão	2 anos	5 anos	Cumulação (E)	Homogênea
	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.¹⁵

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 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).

¹⁵ 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.

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.¹⁶ “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

¹⁶ 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)

complementam o alcance daquela constante junto ao tipo. Nesse caso, a possibilidade de reduzir a pena 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 prevêem 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.¹⁷

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”.¹⁸

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

¹⁷ « 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).

¹⁸ 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).

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”.¹⁹

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.²⁰ 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

¹⁹ 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”

²⁰ Constituição de 1958, art. 61. O texto encontra-se disponível em <http://www.elysee.fr/lapresidence>.

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.²¹ E, para os delitos, as penas mínimas variam de 1 a 4 anos.²² O *quantum* foi então 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.²³

²¹ “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”.

²² “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 unido 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.”

²³ 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”.

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	<i>Não há</i>	Homogênea

Art. 132-18-1

Ao lado dessas disposições, o legislador francês previu também o que o Relatório Geoffrey 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).²⁴

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

²⁴ A íntegra desses dispositivos, traduzidos ao português, encontra-se reproduzida acima, em nota de rodapé.

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”²⁵. 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 frequentes eram até 2 anos, até 7 anos, até 14 anos e perpétuas.²⁶

²⁵ *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”.

²⁶ 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.

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 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.²⁷

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”.²⁸ As primeiras aparecem de forma escalonada nos graus mínimo, médio e máximo, como no exemplo abaixo:

Ex. 4 – Código Criminal Brasileiro (1830) – art. 192				
Norma de Comportamento	Tal crime...			
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade	Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Pena de Morte	-	Alternativa (OU)	Homogênea
	Galés perpétuas	-		
	Prisão com trabalho	20 anos		

²⁷ *Loi règlement certaines drogues et autres substances* (L.C. 1996, art. 5.3).

²⁸ 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.

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					
Norma de Comportamento	Tal crime...				
Norma de Sanção	Qualidade	Quantidade		Relação entre duas ou mais sanções	Escala
	Prisão com trabalho	2 meses	4 anos	Cumulação (E)	Homogênea
	Multa	25% do valor furtado			

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 juízes 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 freqüentes 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 multa²⁹, nesses casos ela é puramente complementar (pena parasitária – ou acessória).

Ainda que menos freqüentes 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).

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 1830.³⁰ 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

²⁹ 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 trespasse 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.

³⁰ 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.

tudo o que não estava diretamente previsto no tipo, e que devia ser levado em conta pelo juiz no momento de determinar a pena.³¹

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 exceções³², 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.³³

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

³¹ “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.

³² O Anexo 4, item I apresenta as estruturas normativas presentes na legislação penal em vigor no Brasil.

³³ No Anexo 1, apresentamos mais detalhes e outros exemplos.

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.³⁴

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.³⁵ 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

³⁴ Todas as informações sobre esse levantamento estão copiladas no Anexo 5.

³⁵ 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.

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.

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.³⁶

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

³⁶ *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. Todas as citações às decisões foram traduzidas livremente ao português.

“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.

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 Conselho³⁷ 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.
³⁸

³⁷ *Conseil Constitutionnel – Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005* (Em diante, “Decisão Conselho Constitucional, 2005”).

³⁸ *Jurisprudence Du Conseil Constitutionnel. Tables d’analyse au 6 août 2009*, p. 165. (Em diante, « *Jurisprudência Conselho Constitucional, 2009*).

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 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.³⁹ A essa questão também se limita a grande maioria dos textos doutrinários consultados.⁴⁰

³⁹ Os detalhes sobre a forma de coleta e análise dos acórdãos, bem como a descrição completa dos resultados obtidos encontra-se no 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.

⁴⁰ Para o estudo completo das fontes doutrinárias, ver Anexo 1.

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.⁴¹ 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.⁴²

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 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

⁴¹ Nesse sentido, GOMES (2002, p. 119), PRADO (2002, p. 636); MACHADO (1989, p. 388), SANTOS (2005, p. 141) e MIRABETE (2006, p. 320).

⁴² Para maiores detalhes sobre esse debate, ver Anexo 1.

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.⁴³

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 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

⁴³O Anexo 2 apresenta outras informações sobre os precedentes da Súmula e trechos dos acórdãos cassados indicando a possibilidade de redução abaixo do mínimo.

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.⁴⁴

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

⁴⁴ 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.

juízo 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.

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 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 tema⁴⁵, 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

⁴⁵ 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.

destaca que “esta palavra, por consequência, 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. Começemos 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)

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).⁴⁶ 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

⁴⁶ 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.

delas. Apresentaremos a seguir 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 dissuasão	Teoria da reabilitação	
		Primeira Modernidade	Segunda Modernidade
Concepção de infrator e de crime	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
Concepção de justiça	Essencialmente punitiva	Tratamento. Intervenção preventiva fundada na predição da “doença” do indivíduo	Ênfase nos vínculos sociais imediatos e concretos
Margem de atuação do julgador	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)
Alcance da limitação do poder de punir	Insiste sobre a necessidade de limitar <i>a priori</i> o poder de punir por intermédio, entre outras coisas, do	Não apresenta limites <i>a priori</i>	Não apresenta limites <i>a priori</i>

	princípio de proporcionalidade e de igualdade da pena		
Enfoque da intervenção	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
Sanções privilegiadas	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)
Equação de determinação da pena	“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.a. As penas mínimas e as teorias retribuição e da dissuasão

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*.⁴⁷ 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).

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

⁴⁷ Esta distinção proposta por Alvaro Pires foi sistematizada e desenvolvida na tese de doutorado de Richard Dubé (2008)

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).⁴⁸

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).⁴⁹

⁴⁸ 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.”

⁴⁹ 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.

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 representa um problema.⁵⁰ 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)

⁵⁰ 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 incluía 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).

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.

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	PENA	CRIME
		INFRATOR		INFRATOR
Teoria da reabilitação da Primeira Modernidade Variante 2	PENA	CRIME	PENA	CRIME
		INFRATOR		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).⁵¹

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.

⁵¹ A tradução brasileira dessa citação, publicada em 2006, foi retocada a partir do confronto com o original.

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 dissuasão	Teoria da reabilitação	
	Primeira Modernidade	Segunda Modernidade
Valorização das penas mínimas: Decorrência da “equação de determinação da pena privilegiada (Pena – Crime)	Desvalorização das penas mínimas: Decorrência da “equação de determinação da pena privilegiada (Pena – Infrator)	Desvalorização das penas mínimas: Decorrência da “equação de determinação da pena privilegiada (Pena – Infrator, vítima, inter-relações sociais)
Razões para apoiar essa prática legislativa 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	Razões para rechaçar essa prática legislativa 1) Pena mínima permite que o indivíduo seja punido injustamente (se antes do término da pena sobreveio sua readaptação) Razões para apoiar essa prática legislativa advêm da combinação com outras teorias 2) Pena mínima satisfaz às idéias de responsabilidade e de igualdade (Saleilles)	Razões para rechaçar essa prática legislativa 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

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)⁵²:

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)⁵³

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.

⁵² 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 Sociéte Belge des Librairies, a partir de manuscritos de Bentham datados de 1775.

⁵³ 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-prisonal (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).⁵⁴

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

⁵⁴ 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”.

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 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?

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: Vrim, 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. Unversidade 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 apos 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*. Bruxelas : De Boeck, 1998, p. 1-52
- PIRES, Alvaro, (1998b). « Kant face à justice criminelle » » in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelas : 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 aout 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.

8. 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

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.

Decisão Conselho Constitucional, 2005. Conseil Constitutionnel – Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005. Disponível em: 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

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

ANEXOS

Anexo 1 - A pena mínima nas fontes doutrinárias nacionais contemporâneas.....	72
Anexo 2 - A pena mínima na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.....	106
Anexo 3 - A pena mínima nas medidas de segurança.....	120
Anexo 4 - As formas de expressar a pena mínima na legislação em vigor e a ausência de tematização sobre esses formatos nos debates parlamentares.....	130
Anexo 5 - Alteração das normas de sanção da Parte Especial do Código Penal brasileiro ...	136
Anexo 6 - Estudo de legislação estrangeira: o papel da pena mínima, a dosimetria e o quantum em crime de homicídio e furto simples a partir dos códigos penais de treze países.....	139
Anexo 7 - Estudo de legislação estrangeira: a reintrodução da pena mínima em países que não a previam. Levantamento a partir de fontes doutrinárias	175
Anexo 8 - Nota metodológica sobre as entrevistas	185
Anexo 9 - A divisão de tarefas entre o legislador e o juiz no cálculo da pena nas codificações penais brasileiras	190

9. ANEXOS

ANEXO 1

A pena mínima nas fontes doutrinárias nacionais contemporâneas

INTRODUÇÃO

Este anexo apresenta o resultado do levantamento doutrinário sobre a pena mínima. Buscou-se inicialmente identificar quais eram os principais debates e argumentos relacionados ao tema, independentemente do posicionamento de seus autores.

Para isto, foram realizadas pesquisas junto a bibliotecas visando colher o maior número possível de informações sobre o tema. Neste primeiro momento, o levantamento de material foi realizado nas bases de dados da Faculdade de Direito da USP (www.usp.br/fd) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (www.ibccrim.org.br), com as seguintes palavras-chave: (i) “pena mínima”; (ii) “mínimo legal”; (iii) “dosimetria” [da pena]; (iv) “cálculo” [da pena]; (v) “individualização” [da pena]; (vi) “circunstâncias atenuantes” e (vii) “proporcionalidade”.

A partir das publicações encontradas, procedeu-se ao mapeamento de argumentos que envolvessem a temática da pena mínima e o papel que desempenha no ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, realizou-se o mesmo levantamento nos sítios eletrônicos de associações de classe do campo jurídico (magistratura, Defensoria Pública, Ministério Público e advocacia), em busca de debates a respeito do tema ou mesmo do posicionamento da própria entidade. Nos sítios eletrônicos, não foi encontrada nenhuma indicação expressa de que a opinião publicada era acompanhada pela própria associação, mas apenas notícias e artigos de associados. Dado que tal constatação impede extrairmos conclusões a respeito do posicionamento das entidades de classe como um todo, consideraremos as informações obtidas como opiniões individuais dos autores.

Concluído o levantamento e análise do material, é possível dizer que o debate concentra-se, quase exclusivamente, na questão da redução da pena aquém do mínimo em decorrência do reconhecimento de circunstâncias atenuantes. Nesse contexto, o presente anexo tem por objetivo apresentar uma sistematização dos principais argumentos levantados acerca do tema no Brasil. Para tanto, dividiram-se as idéias encontradas nos seguintes grupos, apresentados abaixo de forma detalhada: (i) atribuição excessiva de discricionariedade ao juiz e a possibilidade de pena indeterminada; (ii) possibilidade de ultrapassar o limite máximo do tipo penal; (iii) garantia do princípio da legalidade; (iv) garantia da individualização da pena; (v) garantia do princípio da lealdade; (vi) garantia do princípio da igualdade e (vii) garantia do princípio da proporcionalidade. O último tópico do presente anexo cuida da Súmula 231, em especial o posicionamento dos seus principais defensores e críticos.

I. Identificação e sistematização de argumentos relacionados à pena mínima

No Código Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, diferentemente dos Códigos anteriores, cuja aplicação da pena reduzia-se a um cálculo puramente aritmético, impedindo a elasticidade da pena (LYRA, 1942, p. 1960, é que surge uma individualização da pena mais pormenorizada, próxima da redação atual do art. 59 do Código Penal:

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

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

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Na mesma exposição de motivos, elucida-se a atribuição ao juiz de maior arbítrio na aplicação da pena desde que respeitados os limites mínimo e máximo. A inovação, segundo o texto, estaria na possibilidade de o juiz graduar a quantidade de pena de acordo com a personalidade e antecedentes do criminoso, as circunstâncias e as consequências do crime, adotando a quantidade que lhe pareça mais adequada ao caso concreto. Ao tratar da individualização da pena (art. 42), também fica perceptível a liberdade atribuída pelo legislador ao juiz:

Com a adoção de tão extenso *arbitrium iudicis*, na identificação ético-social do réu, visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo, para que rotular aprioristicamente sub-espécies de criminosos?

Para Roberto LYRA, em Comentários ao Código Penal de 1942, os códigos penais da época fixavam uma só qualidade de pena, mas por vezes, atribuíam ao juiz a faculdade de escolher entre duas ou mais penas. O Código de 1940, neste sentido, foi o que mais avançou ao admitir a substituição da pena e o perdão judicial para alguns crimes(1942, 180-181), ainda que reconheça a imposição de limites mínimos e máximos como regra no texto legal. O autor, em diversas passagens, entende que a lei só pode fornecer critérios gerais para a imposição da pena, pois “quanto mais avança a civilização e se desenvolve a idéia justa do direito penal, tanto mais vem a alargar-se a medida judiciária” (p. 182), cabendo ao juiz analisar cada caso em concreto. Contudo, fazia-se necessária a regulação cautelosa do arbítrio judicial: “enquanto se mantiver, com a seleção moral e intelectual, a independência da magistratura, o arbítrio judicial, regulado cautelosamente, como fez o Código, só poderá ser salutar. Quando desaparecer aquela condição vital, não haverá juízes e sim funcionários sujeitos ao automatismo de violência ilegítima”(p. 183).

Ao reconhecer a necessidade de o legislador regulamentar a atividade do juiz penal, Roberto Lyra aduz que a proposta do art. 42 do Código de 1940 cria “meios para individualizar a pena, e por isso avultaram as desvirtuações do arbítrio judicial. Os grandes juízes repeliram sempre os antolhos legais para omitir ou afeiçoar penas de cominação rígida” (p. 187). Deste modo, “a Justiça brasileira sabe ser digna da confiança que lhe dispensou o legislador” (p. 198)

No que diz respeito à dosimetria da pena, o autor indica que o art. 42 do Código não indicava como deveria ser realizado o cálculo da pena pelo, como dispõe o atual artigo 68. Ao enfrentar esta questão, Roberto Lyra defendia o procedimento bifásico de cálculo da pena, segundo o qual a pena-base será fixada atendendo às circunstâncias judiciais como legais, e no cálculo a efetuar, deve o juiz computá-las separadamente (p. 210). Pelo método bifásico, o juiz fazia o cálculo da pena-base ponderando as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, conseqüências do crime e comportamento da vítima) mais as agravantes e atenuantes. Após esta primeira fase, incidia à pena-base as causas de aumento e de diminuição, como forma de chegar à pena definitiva. Uma vez

que, de acordo com o artigo 42 do Código Penal de 1940, a fixação da pena-base é balizada pelos limites abstratos do tipo, as circunstâncias legais⁵⁵ não poderiam reduzir a pena abaixo do mínimo abstrato, já que estas eram ponderadas já neste primeiro momento.

Nelson Hungria, por sua vez, entendia que deve haver uma pena objetiva que sirva de base, para, depois estabelecer-se o máximo e o mínimo. Logo, deve haver uma pena objetiva que sirva de base para então fazer-se o aumento ou a diminuição em vista das circunstâncias legais. Neste sentido, a pena individualizada do art. 42 seria, de acordo com Hungria, aquela obtida atendendo o juiz os antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, excluídas as circunstâncias legais. A seguir, seria efetuado cálculo da incidência das agravantes e atenuantes sobre a pena individualizada levando, ao final deste processo, à pena-base. Por fim, seriam calculadas as causas de aumento e diminuição resultantes das causas especiais sobre a pena-base calculada. Assim, são três as operações seguidas pelo juiz: (i) na primeira, a da fixação da pena-base, são consideradas as circunstâncias judiciais; (ii) na segunda operação são apreciadas as circunstâncias legais, aplicadas sobre a pena previamente estabelecida; e (iii) ao final, são consideradas as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, que incidem sobre o resultado da segunda fase.

Vale mencionar que os posicionamentos distintos levaram a uma divisão da doutrina e da jurisprudência da época. Em Comentários ao Código Penal v.2 (1958), Roberto Lyra acrescenta um tópico inteiro “26-a. Divergências doutrinárias quanto à aplicação [da pena]”. Neste item, ele apresenta uma série de decisões judiciais presentes em texto de Bento de Faria e Sironi Vasconcelos, ambos defendendo o método de cálculo de Lyra.

Nos anos 60 foram criadas uma série de Comissões para reforma dos Códigos em vigor, entre os quais o Código de Processo Penal, o Código de Execuções Penais, o Código Penal e o Código Penal Militar, sendo designado Ivo d’Aquino para elaboração deste último. No anteprojeto era previsto expressamente limites mínimos e máximos genéricos às penas: , nos crimes apenados com reclusão o mínimo era de 1 ano e o

⁵⁵ Em relação à pena-base, o art. 42 do Código Penal de 1940 mencionava as “circunstâncias do crime”, uma referência às atenuantes e agravantes. “Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime: I - determinar a pena aplicavel, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicavel.”

máximo de 40 anos; nos crimes apenados com detenção o mínimo era de 30 dias e o máximo de 20 anos (art. 45, §1º). No anteprojeto de Nelson Hungria, previa-se expressamente a necessidade de respeito aos limites mínimo e máximo da pena cominada ao crime quando incidirem circunstâncias atenuantes ou agravantes (art. 61). Apesar de a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 nada mencionar, houve alterações significativas no *quantum* das penas do Código em relação ao previsto no anteprojeto. O art. 58 do Código vigente estabelece o mínimo da pena de reclusão de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção de trinta dias, e o máximo de dez anos. O respeito aos limites quando incidirem circunstâncias legais permanece disposto no art. 73.

A elaboração do anteprojeto de Código Penal foi designada ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Hungria. Apresentado o anteprojeto em 1963, foi intensamente debatido nos centros jurídicos do país, “visando reduzir as hipóteses da pena privativa de liberdade elevada à condição de pena total para um imenso número de ilícitos independentemente de sua gravidade” (DOTTI, 2009). O “Anteprojeto Hungria” foi objeto de um grande ciclo de conferências na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, reunindo os maiores penalistas brasileiros e um grande número de participantes.

O anteprojeto foi bastante criticado, especialmente pelos juristas que escreviam na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, liderada por Heleno Cláudio Fragoso. Por tal razão, a principal fonte sobre os debates deste período são os artigos da Revista que, inclusive, publicou o texto do anteprojeto na íntegra (1963), assim como as respostas de Nelson Hungria às críticas formuladas⁵⁶.

Entre sua promulgação e revogação, que durou 10 anos, ocorreram sucessivos adiamentos da entrada em vigor do Código Penal de 1969⁵⁷, recebendo numerosas emendas. O Código, que nunca chegou a entrar em vigor, foi revogado em 1978.

Ainda que o Código não tenha entrado em vigor, a análise do texto formulado e das críticas a ele dirigidas tem grande importância para se entender como os juristas da

⁵⁶As palavras de Fragoso, em relação aos comentários de Nelson Hungria às críticas dirigidas: “Nelson Hungria, embora recolhendo com atenção as críticas, raramente lhes dava resposta. Veja-se, no entanto, a defesa que fez de seu projeto ante nossa crítica (Em torno ao projeto de Código Penal, in Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, ns. 3, 4 e 5, out.-dez. 1963, jan.-mar. e abr.-jun. 1965)” (FRAGOSO, Subsídios para a História do novo Código Penal, Revista de Direito Penal, n.º 03, p. 07-12).

⁵⁷O Decreto.-lei n.º 1.004, de 21/10/1969 (oriundo do Anteprojeto Hungria) deveria entrar em vigor em 1.º/1/1970 o que não ocorreu em face das leis de adiamento (n.º 5.573, de 1.º/12/1969; n.º 5.597, de 31/7/1970; n.º 5.749, de 1.º.12.1971; n.º 5.857, de 7/12/1972 e n.º 6.063, de 27/6/1974). Por fim, a Lei n.º 6.578, de 11/10/1978, revogou o Dec.-lei n.º 1.004/69

época tratavam a questão da margem de apreciação do juiz no momento da individualização da pena e a necessidade ou não de previsão de penas mínimas na legislação.

Dentre os autores que elaboraram comentários ao anteprojeto, era constante a crítica de que o texto seria indiferente à realidade penal e penitenciária do país, na medida em que não foram concretizadas as inovações necessárias ao sistema penal vigente. Para SALGADO,

(...) de um simples cotejo entre o anteprojeto Hungria e o atual Código Penal de 1940, verifica-se que, se inovações houve, elas foram timoratas, tênues, epidérmicas, não penetraram no âmago do problema. Ficaram na superfície, a repetir o que já havia e se considerava superado, por impropriedade e ineficiência (1964, p. 83).

No mesmo sentido é a posição de René Ariel Dotti ao comentar a manutenção, no anteprojeto, da pena privativa de liberdade para a grande maioria das infrações:

Ao longo de 40 anos mantém o nosso Código a pena privativa de liberdade como remédio para todos os males. Cerca de 260 infrações (sem contar as formas qualificadas e de especial diminuição penal) recebem, todas elas, a cominação da perda da liberdade, com maior número para a detenção. (...) A conversão da pena de prisão pela pecuniária é admitida em raras oportunidades. (1981, p. 52)

A despeito da forte preocupação com a sobrecarga dos estabelecimentos penais, em “números expostos com alarme na doutrina, nas comissões de inquérito parlamentar e nos relatórios oficiais” (DOTTI, 1981, p. 51), poucos juristas questionaram a existência de pena mínima e a ampliação dos limites da atuação judicial no anteprojeto Hungria⁵⁸.

Em relação à determinação de limites mínimos e máximos às penas, o anteprojeto apresenta disciplina específica ao estabelecer mínimos e máximos genéricos para as penas privativas de liberdade e de multa e ao limitar a incidência de atenuantes e agravantes:

Art. 35

§1º. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de 40 anos; o mínimo da pena de detenção é de 15 dias, e o máximo de 20 anos.

⁵⁸ Em artigo sobre “A pena no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria”, Cesar Salgado nada discorre sobre a individualização da pena judicial, mas limita-se a questionar individualização no momento da execução da pena e a relação com a superlotação carcerária, tema recorrente à época.

Art. 42. A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma de dinheiro, que é fixada em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, um dia-multa e, no máximo, 300 dias-multa.

Art. 55. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

Nas palavras de FRAGOSO,

Na parte relativa às penas e à sua aplicação as insuficiências do anteprojeto eram notórias. Mantinha ele os critérios anacrônicos da legislação em vigor, agravando-os pela inspiração rigorosa de toda essa parte. Convencido da necessidade de tornar a lei mais severa, HUNGRIA propunha a elevação do máximo da pena de reclusão para 40 anos (art. 35, §1º), limitando o poder discricionário do juiz na aplicação das agravantes e atenuantes (art. 55), e elevando as penas cominadas a diversos crimes na Parte Especial. (1971, p. 08)

No que diz respeito à ampliação a margem de atuação do juiz no momento da determinação da pena, a própria exposição de motivos do Código Penal de 1969 reconhece esta tendência nas legislações penais, de forma a realizar justiça material e “à escolha da medida adequada para que se cumpram os fins das penas, dos quais não se exclui a justa retribuição”. Nota-se, no próprio texto da exposição de motivos, uma resposta legislativa à maneira pela qual os juízes vinham aplicando as penas:

O sistema de lei vigente obrigando à imposição da pena de reclusão, sem alternativas, é um dos motivos determinantes das graves distorções que atualmente se verificam na aplicação das leis penais. Os juízes resistem à aplicação de penas inadequadas e injustas.

Referência semelhante é feita na mesma exposição de motivos no tópico “aplicação da pena”, na qual se impõe a obrigação do juiz em motivar sua decisão, contrariamente ao que vinha sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal e ao impor limites ao seu poder discricionário, como forma de garantia do réu:

O condenado tem direito a saber porque recebe esta pena. Não basta a simples referência aos critérios genéricos, como tem proclamado reiteradamente o Supremo Tribunal Federal. Não só a pena aplicada acima do mínimo deve ser fundamentada. Se a lei lhe amplia o poder discricionário do juiz na aplicação da pena, exige-lhe, em contrapartida, a fundamentação do exercício desse poder, como elemento essencial de garantia para o réu.

Em outro artigo, que trata exclusivamente da cominação das penas no Código Penal de 1969 (então promulgado), Fragoso discorre longamente sobre a desproporcionalidade entre o *quantum* das penas mínimas e máximas e sua relação com o bem tutelado que foram atribuídas por Hungria. Em outra oportunidade, asseverou:

Indaguei, certa feita, de Nelson Hungria, qual o critério para a cominação das penas no código penal vigente. E ele me respondeu que não houve critério algum, nem se fez qualquer estudo comparativo. As penas foram fixadas de forma inteiramente arbitrária, dando lugar a manifestas incongruências. (1983, p. 11)

Ao comentar o Código Penal de 1969, Fragoso argumenta que o legislador é obrigado a manter a lógica interna do sistema que ele estabelece na cominação das penas (1975, p. 24). Neste sentido, pugna pela maior ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, de forma atender às exigências político-criminais. Como forma de defender mudanças nas penas mínimas de inúmeros tipos penais, Fragoso apresenta dois argumentos centrais para o debate. O primeiro é o de que as penas privativas de liberdade curtas não devem ser aplicadas, pois o efeito intimidativo da pena é mais duvidoso e a agravação das penas estaria longe de ser o remédio adequado para combater à criminalidade (p. 25). O segundo é decorrência deste, qual seja, de que “a história do direito punitivo demonstra que a cominação de penas desproporcionadas e injustas termina por não ser observada pelos juízes”. Contudo, é de se ressaltar que o autor não defende a abolição da pena mínima ou a possibilidade de ultrapassar os limites legais, mas apenas que “penas iguais sejam previstas para fatos de igual gravidade. Em segundo lugar, que os mesmos critérios, na técnica de cominação, sejam observados” (p. 26).

Em 1980, o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi Ackel constituiu Comissão presidida pelo Professor Assis Toledo a fim de rever a Parte Geral. Acabou transformado o anteprojeto na Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. O procedimento trifásico proposto por Hungria foi adotado na Reforma Penal de 1984, conforme se verifica na redação do artigo 68, *caput*⁵⁹, do CP.

A modificação legislativa imposta pelo artigo 68 encerrou a divergência doutrinária de se interpretar o procedimento de cálculo da pena de duas maneiras (bifásico e trifásico), dado que o artigo dispõe expressamente sobre o número e a ordem

⁵⁹ “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

das fases do cálculo da pena. Desta maneira, não haveria razão para manter a impossibilidade de atenuar a pena abaixo do mínimo legal, que até então só era incompatível com o método binário proposto por Roberto Lyra. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência continuaram a defender a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal. Para a minoria dos juristas, o atual Código não apresenta qualquer impedimento à transposição dos limites mínimos, argumentando ainda que não fazê-lo implica em violação ao princípio da legalidade e ao da isonomia.

Entretanto, a polêmica doutrinária reside na incidência obrigatória ou não, na segunda fase do cálculo da pena, das atenuantes quando a pena-base já estiver fixada no mínimo legal cominada ao crime e não concorrerem agravantes a serem ponderadas no caso concreto⁶⁰. A aprovação da Súmula nº 231 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de certo forma encerrou o debate, uma vez que passou a ser utilizada como argumento de autoridade em decisões judiciais e textos jurídicos para afirmar a impossibilidade de romper o limite mínimo cominado no tipo penal.⁶¹

Assim, considerando o contexto no qual se insere os debates acerca da redução da pena aquém do mínimo, o presente anexo tem por objetivo apresentar uma sistematização dos principais argumentos levantados acerca do tema no Brasil. Para tanto, dividiram-se as idéias encontradas nos seguintes grupos, apresentados abaixo de forma detalhada: (i) atribuição excessiva de discricionariedade ao juiz e a possibilidade de pena indeterminada; (ii) possibilidade de ultrapassar o limite máximo do tipo penal; (iii) garantia do princípio da legalidade; (iv) garantia da individualização da pena; (v) garantia do princípio da lealdade; (vi) garantia do princípio da igualdade e (vii) garantia do princípio da proporcionalidade. O último tópico do presente anexo cuida da Súmula 231, em especial o posicionamento dos seus principais defensores e críticos.

⁶⁰ Também é objeto de debate doutrinário a forma pelo qual o sistema trifásico pode ser alterado para garantir os limites legais cominados. Um exemplo é a proposta de Ney FAYET, que reconhece a necessidade de se pensar em uma solução mais “justa” nas sentenças condenatórias quando da incidência de atenuantes em uma pena-base fixada no mínimo. Para o jurista, o disposto no art. 65 cuida diretamente da liberdade do réu, de modo que sua aplicação não pode estar presa ao sistema trifásico do art. 68, pois foram assim elencadas para que se alcançasse a plenitude da garantia da ampla defesa. Desta forma, propõe uma solução para as hipóteses em que aplicada a pena-base no mínimo legal, as atenuantes e majorantes sejam valoradas, por meio da inversão da ordem da segunda e terceira fases do art. 68 do Código Penal. Destarte, “a majorante incidiria sobre a pena-base e, após, sobre a pena provisória, a(s) atenuante(s), chegando à pena definitiva que, por óbvio, será sempre inferior àquela que resultaria se desprezada a diminuição, sob qualquer pretexto. Essa interpretação tempera excepcionalmente a ordem do art. 68; mantém o critério trifásico em sua essência; não se perde o completo “conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à fixação da pena” e possibilita a aplicação de uma pena mais justa, por impedir que seja subtraída do réu uma parte de sua liberdade por simples amor à forma” (2004, p. 188).

⁶¹ Sobre o debate jurisprudencial ver Anexo 5.

1. Atribuição de excessiva discricionariedade ao juiz e a possibilidade de pena indeterminada

Autores contrários à transposição da pena aquém do mínimo legal sustentam que a reforma do Código Penal manteve os limites para a atuação juizes. Isto é, argumenta-se que a reforma não excluiu estes limites à atuação do juiz, pois não foram acolhidas pelo sistema as penas fixas, mas tampouco se poderia falar em possibilidade de pena indeterminada.⁶² Daí a premissa de outro argumento bastante freqüente, de que a ausência de limites legais para o mínimo poderia ocorrer para o máximo, conforme enuncia Alberto Silva Franco:

O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que a pena, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos “segundos códigos” o magistrado (2002, p. 1072)⁶³.

Para Gilberto FERREIRA (1998, p. 102), a transposição dos limites legais não implica em violação ao princípio da individualização da pena, mas sim o do princípio da legalidade, pois o legislador, ao estabelecer limites mínimos e máximos o fez em obediência a tal princípio. Para este jurista, “Tal circunstância, portanto, se constitui em garantia individual, na medida em que assegura às pessoas uma pena que não superará os moldes pré-estabelecidos. Também deve ser considerado que o legislador, declaradamente, *tem medo do arbítrio judicial e, por isso, lhes traça limites para o exercício do poder discricionário*”.⁶⁴ (grifamos)

⁶² Filiam-se a esta corrente GARCIA (1990, p. 06) e DAMÁSIO (1998).

⁶³ Neste sentido, Marcos VEDOVOTTO (2006). Paulo José da COSTA JR.: “A aplicação de tais circunstâncias haverá de respeitar sempre os limites punitivos expressos no tipo. A adoção de posicionamento diverso equivaleria a trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial. (1995, p.178) e Guilherme NUCCI: “(...), pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo no mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador”. (2005, p.354-355)

⁶⁴ Acompanha este posicionamento DAMÁSIO (op. cit.), DOTTI (1980, p. 352). Em sentido oposto, XAVIER (2003); O’DWYER faz interessante colocação: “Quando tenho que fixar uma pena, sou obrigado a respeitar o mínimo que a lei impõe, ainda que eu ache que aquele mínimo é muito. Mas não posso apenar abaixo do quantitativo menor previsto, mesmo que na minha convicção seja injusta a fixação. E me pergunto: quais os critérios utilizados para colocar na lei aqueles mínimos? Foram critérios

O argumento de atribuição de excessiva discricionariedade ao juiz e de violação ao princípio da legalidade é refutado por Alberto Marques, ao demonstrar que o legislador não determinou o montante da redução na atenuante genérica, deixando a fixação deste *quantum* ao juiz. Assim, quando o juiz fixa esse valor, o juiz não infringe o princípio da legalidade, mas o atende, exercendo uma competência que lhe foi atribuída pelo legislador. Deste modo “não se trata de aplicar uma redução além do limite legal, porque a lei, ao conferir ao próprio juiz a tarefa de quantificar a redução, escolheu como limite a prudência judicial”. (2001, p. 82) A verdadeira razão de repúdio à atenuação da pena aquém do mínimo estaria não na possível violação ao princípio da legalidade, mas sim ao medo do arbítrio dos juízes. Para Marques, o legislador não deu um “cheque em branco” ao conceder ao juiz o poder-dever de fixar o *quantum* da atenuação, pois o poder quantificador do juiz está limitado por “critérios implícitos” do sistema. Em uma condenação com atenuante, há uma conduta que, além de típica e ilícita é também censurável, e esta só pode ser diminuída por força de uma atenuante. A finalidade da norma do art. 65 não é, segundo o jurista, eliminar a sanção, mas de minorá-la, tornando-a mais branda.

2. Possibilidade de ultrapassar o limite máximo do tipo penal X possibilidade de se chegar à pena zero

Os defensores da redução da pena aquém do limite mínimo cominado aduzem, em geral, a argumentos relacionados às garantias do cidadão em face do poder do Estado de aplicar a pena. Neste sentido, não seria possível admitir, por meio de agravantes, ultrapassar o máximo da pena posto que “constitui marco garantidor vinculado ao princípio da reserva legal e não pode por circunstância agravante ser ultrapassado. É o limite que o Estado se impôs” (CINTRA JÚNIOR, 1994 e XAVIER, 1999).

Autores como Damásio de Jesus refutam a hipótese de ultrapassagem dos limites mínimos do tipo penal sob o fundamento da coerência, segundo a qual:

científicos? Empíricos? E depois de tanto tempo passado desde que foram estabelecidos, ainda são válidos de fato? E, angustiado, violentado mesmo, tenho que fixar uma pena que não me parece adequada. Não seria melhor que a lei impusesse apenas máximos, para que o juiz não exorbitasse? Para mim as leis deveriam dizer assim: Pena - até tantos anos. E o juiz que, levando em conta tudo quanto estabelece o art. 59 do CP, fixasse, então, em cada caso, o que justo fosse. E seus erros, quando e se houvesse, seriam corrigidos via recurso.” (2000).

a permitir-se que as atenuantes reduzam a pena a limites inferiores ao mínimo legal, de admitir-se também, **por coerência**, que as agravantes a elevem acima do limite máximo abstrato, o que constituiria “golpe mortal” ao princípio da legalidade e das penas (ALBERTO SILVA FRANCO et. al.). Com efeito, a entender-se que o juiz, diante de atenuantes, não estaria adstrito aos limites legais, o mesmo sucederia em face de circunstâncias agravantes (grifamos).⁶⁵

A coerência do sistema é o mesmo fundamento utilizado para se chegar à conclusão oposta, qual seja, a de que tantos os limites mínimos quanto os máximos podem ser ultrapassados na segunda fase da dosimetria da pena:

(...) vemos, portanto, não haver logicidade no argumento daqueles que entendem não ser possível, na segunda fase, ser a pena fixada acima do máximo legal ou abaixo do mínimo. Tal entendimento é baseado na legislação revogada, que neste passo, foi reformada em 1984. (CARVALHO NETO, 2003, p.125)

O argumento da “pena zero” apresenta-se intimamente ligado às idéias de que não seria possível atribuir ao juiz demasiada discricionariedade, ou mesmo que este arbítrio judicial poderia levar para além dos limites máximos impostos, tal como exposto acima. Esta preocupação é exposta principalmente por DAMÁSIO e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR:

Poderia impor, ainda *ad absurdum*, qualquer pena acima do máximo abstrato, superior à resultante do aumento de um quarto. Em face delas, como para a tese contestada não há limites legais, o julgador poderia aproximar-se da “pena zero”. A adoção desse posicionamento, adverte Paulo José da Costa Júnior, “equivalaria a trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial. (DAMÁSIO, 1998)”.

Em resposta, Luís Flávio GOMES (2002):

o fantasma da pena zero é argumento *ad terrorem* (que só impressiona os incautos). O art. 65 dispõe que as atenuantes sempre atenuarão a pena (não diz que a eliminarão). Atenuar não é eliminar. O juiz que chega à pena zero, além do ridículo a que se expõe, viola patentemente o princípio de que cada um deve ser punido na medida de sua culpabilidade.

No mesmo sentido, Alberto MARQUES (2001, p. 82) entende que não seria possível admitir que uma atenuante pudesse levar à supressão da pena, ou mesmo a pena irrisória que gere impunidade, pois isso seria como equiparar os efeitos de uma

⁶⁵ Posicionamento semelhante em FERREIRA (1995, p. 103): “por isso que o juiz não pode, ao estabelecer a pena-base, ou ao apreciar as circunstâncias legais, reduzir a pena aquém ou elevá-la acima dos limites previstos no tipo. (...) Em razão de circunstâncias legais o juiz não pode diminuir a pena aquém do mínimo ou aumentá-la acima do máximo legal, porque com isto estaria burlando o princípio da legalidade”.

causa de redução de pena (menor reprovabilidade) aos de uma causa de isenção de pena (nenhuma reprovabilidade).

3. Garantia do princípio da legalidade

Para vários autores consultados, ao reduzir a pena abaixo do mínimo abstrato, o juiz estaria violando o limite mínimo da pena imposto pelo legislador e, conseqüentemente, violando o princípio da legalidade. FERREIRA (1998, p. 102) e GARCIA (1990, p. 67) defendem que a transposição dos limites legais pelo juiz constitui afronta aos limites previstos pelo próprio legislador (constituente ou do Código Penal), que os criou em respeito ao princípio da legalidade. Alberto Silva FRANCO (2002, p. 1072) atribui à superação dos limites cominados “golpe mortal” ao princípio da legalidade.

Estudiosos favoráveis à redução alegam que tal interpretação do princípio da legalidade é demasiadamente estreita, pois violar o princípio da legalidade seria agir contra o mandamento legal e, no caso das atenuantes, a violação da legalidade estaria a) na ausência de previsão legal que impeça tal operação, a despeito do entendimento de que o art. 59, II, vedaria a aplicação da pena abaixo do mínimo e b) na negativa de vigência aos dispositivos dos arts. 65 e 68, que teriam o condão de impor o reconhecimento das atenuantes.⁶⁶

Paulo de Souza Queiroz entende que, ainda que não concorram causas de diminuição de pena ou circunstâncias atenuantes, é facultada ao juiz a aplicação da pena aquém do mínimo legal, já que não haveria violação ao princípio da legalidade. Para o autor, este princípio é uma garantia ao cidadão, protegendo-o contra os excessos do Estado, e não para prejudicá-lo⁶⁷. Neste sentido,

⁶⁶ Cf., a respeito NUNES (2005).

⁶⁷ Acompanha este posicionamento Carmen Silvia de Moraes BARROS (1999), para quem “considerada a pessoa individual, o princípio da legalidade é garantia de estabelecimento do limite máximo da pena e, como conseqüência, a aplicação de uma pena abaixo do mínimo não afeta o princípio da legalidade” e Maria Celeste Cordeiro Leite SANTOS (1998, p. 364): “é possível que a pena seja estabelecida abaixo do mínimo legal. Se assim não fosse, haveria ofensas ao princípio da igualdade e da legalidade, constitucionalmente garantidos”.

representa, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressivo do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo - e da soberania popular - sobre os poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdades individuais (2002).

Assim, o caráter garantista do princípio também teria o condão de impedir que o juiz fixasse a pena para além do limite máximo cominado.

Outro argumento presente entre aqueles que defendem inconstitucionalidade da Súmula 231 é a violação ao princípio constitucional da individualização penal. Previsto no art. 5º, inciso XLVI, o princípio assegura ao condenado o direito de que sua pena seja aplicada à consideração, pelo juiz, de todos os aspectos relacionados ao crime, em especial aqueles que trazem diminuição da sanção a ser cumprida. Os que militam a favor da Súmula entendem que o dispositivo “a lei regulará a individualização da pena” esclarece não ser função do juiz, mas sim do legislador, proceder à regulação do princípio.

Percebe-se, deste modo, que o princípio da legalidade é defensável tanto pelos que são contra quanto pelos favoráveis à redução da pena aquém do mínimo legal. Sob o fundamento de proteção a este princípio ante a transposição ou não dos limites penais, verificou-se com frequência a alusão aos seguintes argumentos: a) ausência de impedimento legal e b) incidência obrigatória do art. 65 do Código Penal.

3.a) Ausência de impedimento legal

A principal questão que se apresenta na doutrina acerca do cálculo e da dosimetria da pena é a existência ou não de impedimentos legais para o rebaixamento da pena aquém do mínimo estabelecido. Juristas que defendem a transposição dos limites abstratos cominados afirmam que a não admissibilidade desta tese produz um impacto profundo como instrumento de estigmatização do condenado nos processos de criminalização. Ignorando a incidência de circunstâncias que beneficiem o réu, os juízes e tribunais reproduzem o discurso da elite que detém o poder, e interpretam a lei conforme é conveniente ao poder dominante, formando um discurso dogmático penal desfavorável aos criminalizados⁶⁸.

Luís Flávio GOMES (2002, p. 119) argumenta que, se a pena mínima não puder ser ultrapassada, inúmeros condenados que contam com situações diferentes serão

⁶⁸ Cf. a respeito, BALOCK (2002, p. 118).

colocados numa vala comum. Para o jurista, tal impedimento só ocorria dentro do sistema bifásico de cálculo da pena, já que naquele modelo as circunstâncias agravantes e atenuantes eram analisadas juntamente com as judiciais. A partir do Código Penal de 1984, verifica-se que tanto o art. 68 quanto o art. 59, que tratam da dosimetria da pena, não impõem restrição legal à transposição do limite mínimo⁶⁹. Aduz ainda que a não incidência de uma atenuante devidamente comprovada implica em uma analogia *in malam partem*, pois se estaria utilizando contra o réu, na segunda fase da aplicação da pena, os mesmos critérios da primeira⁷⁰.

MIRABETE (2006, p. 320), em diversas edições de seu Manual de Direito Penal, admite, em nota de rodapé, a possibilidade desta interpretação, dada a ausência de restrição legal:

Diante da redação dada ao Código pela Lei nº 7.209, porém, pode-se defender solução diversa, com a conclusão de que é possível a violação dos limites máximo e mínimo da pena aplicável na hipótese de reconhecimento de agravantes ou atenuantes, respectivamente. Enquanto para a fixação da “pena base” se determina que devem ser obedecidos os “limites previstos” da pena aplicável (art. 59, II), o art. 68 não apresenta essa restrição ao dispor que, após essa fixação, “serão consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes”, liberando-se o julgador para a aplicação da pena superior ao máximo ou inferior ao mínimo. Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da “pena base” as circunstâncias judiciais e as agravantes e atenuantes. Além disso, o art. 42 da lei anterior, referente à fixação da “pena base”, mencionava as “circunstâncias do crime”, entendendo-se que se referiam elas às agravantes e atenuantes. Tal obstáculo já não existe porque as “circunstâncias” previstas no art. 59 não se referem a elas, como deixa claro o art. 68 ao estabelecer as fases do cálculo de aplicação da pena.

3.b) Incidência obrigatória do art. 65 do Código Penal

Miguel Loebmann (1992, p. 390) demonstra que além de a restrição ao limite mínimo não aparecer em nenhum dispositivo do Código Penal, o advérbio “sempre” presente no art. 65 implica em obrigatoriedade de aplicação, de forma que “a não concessão do benefício àquele que tem a pena-base em seu mínimo afronta o direito penal vigente (...), e nos coloca frente a um verdadeiro absurdo jurídico”.⁷¹

⁶⁹ No mesmo sentido, PRADO (2002, p. 636); MACHADO (1989, p. 388). O Defensor Público-Geral da União, Eduardo Flores Vieira, também trouxe o mesmo argumento em processo na 2ª Turma do STF. Para Flores: "A interpretação jurisprudencial nesse sentido viola os princípios democráticos da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da punição, impondo ônus ao condenado sem a necessária e indispensável previsão legal". In: ANADEP- Eduardo Flores Vieira defende no STF tese de fixação da pena abaixo do mínimo legal. www.dpu.gov.br, de 29 de fevereiro de 2008.

⁷⁰ Neste sentido, SANTOS (2005, p. 141).

⁷¹ No mesmo sentido, CARVALHO NETO (2003, p. 124).

Para DAMÁSIO (2006, p. 661), o “sempre” previsto em lei não tem incidência obrigatória. Assim, o “sempre” não deverá ser aplicado todas às vezes, mantendo-se a incidência das atenuantes até o limite mínimo abstratamente cominado.

Amilton Bueno de CARVALHO (1996) demonstra que a redução da pena aquém mínimo legal não implica na possibilidade de realizar caminho inverso, ou seja, de a pena, via agravante, ultrapassar o máximo em abstrato. Citando TUBENCHLAK, afirma que tal impossibilidade poderia ser resolvida pelo próprio sistema, uma vez que não expresso o limite quantitativo das circunstâncias legais, estar-se-ia aplicando a analogia em desfavor do réu. Deste modo,

o limite máximo é a garantia do cidadão contra o Leviatã e o mínimo o é daquele contra este. E o Estado pode diminuí-lo, via judicial, sem que ocorra violação ao princípio da legalidade – que é garantia do cidadão contra o Estado e não deste contra aquele.

Para Carvalho, em nível prático, é impossível que um juiz, tão-só na primeira fase da pena, considerando apenas as circunstâncias judiciais, chegue ao limite máximo abstrato.

Aliás, para mim, é de todo impossível imaginar que se possa, por exemplo, condenar alguém por furto simples a quatro anos de prisão, (...), fundado exclusivamente na primeira fase da dosimetria. E se tal é verdade, o discurso tradicional carrega encoberta, uma espécie de “invisível” que se encontra atrás da retórica: a vontade de não conceder benefício ao cidadão, usando de linha argumentativa não-verificável, como que assumindo o discurso da “Lei e da Ordem”.

LOEBMANN (1992, p. 390) entende que a discricionariedade excessiva conferida ao juiz não mereceu a atenção do legislador⁷², dado que, no anteprojeto Nelson Hungria foi definido em seu art. 59 que: “quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço (...)”. Assim, sugere balizas à redução, como forma de limitar a falta de limites na redução: “A parte final do art. 21, o §1º do art. 29, o §1º o art. 121 e o §4º do art. 129, são, sem dúvida, balizas suficientes para a aplicação do preceito”. Em tais situações, o limite máximo é de 1/3 da pena.

4. Garantia da individualização da pena

⁷² Antonio Candido LEITE (1995) faz ponderação semelhante: “Se o legislador realmente pretendesse que por ocasião da segunda fase da aplicação da pena, ficasse esta restrita aos limites da pena in abstrato, certamente teria inserido os seguintes dizeres: “(...) respeitados os limites da pena cominada”, da mesma maneira com que dispôs o artigo 59 do CP, e mais, jamais poderia prever no caput dos artigos 61 e 66 do CP, que quando da ocorrência de quaisquer das circunstâncias a pena será sempre atenuada ou agravada”.

Conforme definição do dicionário Houaiss, “individualizar” é fazer adquirir ou adquirir caracteres distintivos, distinguir-se, ou adaptar (algo) às necessidades ou circunstâncias particulares de um indivíduo.

Individualizar a sanção penal é precisá-la na sua extensão, de modo que sejam considerados o fato e suas circunstâncias, à luz da finalidade da pena e do apenado.

Desta forma, o princípio da individualização da pena tem por objetivo impor limites ao direito de punir do Estado em face dos cidadãos. De acordo com a maior parte da doutrina brasileira⁷³, tais limites se situam em diversas fases de atuação dos agentes estatais, se operando, portanto, em três momentos distintos:

a) fase legislativa: o legislador formula a norma de conduta e estabelece a sanção, ou seja, a pena cominada;

b) fase judicial: o juiz, após aferir um leque de circunstâncias judiciais, fixará a pena aplicável entre as cominadas, em quantidade necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, assim como definirá o regime inicial de cumprimento da sanção prisional, de acordo com o Código Penal de 1984.

c) fase executória: momento no qual se inicia o cumprimento da sanção criminal, no qual se conjugam ações judiciais e administrativas.

De acordo com a Constituição de 1988 (art. 5º, XXXIX e XLVI), a individualização da pena tem seus limites impostos por lei ordinária. Neste sentido, há quem entenda ser inconstitucional extrapolar os limites legais, não atendendo ao disposto em lei ordinária, como não aplicar atenuante legal, posto que o art. 65 do Código Penal (lei ordinária) determina expressamente que as atenuantes “são circunstâncias que sempre atenuam a pena” (BITENCOURT, 2008).

Estudiosos que defendem a transposição dos limites legais também argumentam que os limites de cominação devem ser vistos com finalidades diferentes em cada um dos extremos. Enquanto o máximo de pena estipulada deve ser interpretado como uma garantia do indivíduo (NUNES, 2005), o limite mínimo indica um referencial na individualização da pena, e não uma barreira. Esta interpretação concede maior eficácia ao direito fundamental da liberdade. Deste modo, a proibição de aplicação de atenuantes para levar a pena abaixo do mínimo seria inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena, pois estar-se-ia punindo em excesso ao aplicar uma pena maior que culpa do condenado⁷⁴.

⁷³ Ver, nesse sentido, GOMES (2002), MIRABETE (2006) e MORAES (2003), entre outros.

⁷⁴ Neste sentido, VARGAS e RODRIGUES (2008).

Neste diapasão, BITENCOURT afirma que a não aplicação de uma circunstância atenuante para manter o limite legal viola o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Ao final, afirma que

“deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza-se uma inconstitucionalidade manifesta. (...) e por outro lado, reconhecê-la [circunstância atenuante] na decisão condenatória, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal”. (2008, p. 15)

5. Garantia do princípio da lealdade na confissão espontânea

A necessidade de se assegurar o princípio da lealdade na segunda fase do cálculo da pena foi mencionada somente por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em “*Aplicação da pena*”. Para o professor, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d) não pode deixar de ser considerada pelo juiz, por uma exigência do princípio da lealdade. Uma vez feita a advertência pelo juiz, no interrogatório, de que a confissão espontânea será causa da atenuação da sua pena, o fato de o réu confessar a autoria do delito e assim fornecer elemento para a sua condenação criaria uma situação irreversível, exigindo do juiz que usou da confissão para fundamentar a condenação, manter a promessa feita pela lei de que sempre seria atenuada a pena do réu que confessasse espontaneamente a autoria do delito. A base deste argumento está no princípio da boa-fé objetiva que, de acordo com Rosado de Aguiar, “preside o sistema jurídico e exige de todos um comportamento leal, aplica-se também no âmbito do Direito Penal, a regular as relações do Estado com o réu no processo” (2003).

6. Garantia do princípio da igualdade em situação de co-autoria

A igualdade entre os cidadãos se dá pelo tratamento, de todos aqueles que estão em situação igual, de maneira idêntica e os desiguais tratados de maneira desigual na medida de sua desigualdade, sendo vedado ao legislador ou ao juiz criminalizar de maneira diversa condutas que estejam dentro de uma mesma situação jurídica.

Um exemplo dado por Agapito Machado bem ilustra como o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante acarreta em violação ao princípio da igualdade: em um mesmo processo por descaminho, no qual os dois acusados sejam primários e de

bons antecedentes, mas que um, na data do fato, fosse menor de 21 anos. Para Machado, o juiz tem duas alternativas:

Ou não lhes aplica a pena-base no mínimo legal, para poder, então, considerar a atenuante daquele que era menor e aplicar em definitivo as penas em quantidades diferentes, tratando, destarte, desigualmente pessoas desiguais, (...) apenando em definitivo o menor em um ano de reclusão e o outro em um ano e dois meses.

Ou, (...) aplica a ambos a pena-base no mínimo legal (um ano) e, em seguida, baixa em dois meses a do que era menor, levando em conta a atenuante, sob pena de, não o fazendo, tratar igualmente pessoas desiguais (...), após fixação da pena-base no mínimo legal, a reduz em 2 meses, aplicando 10 meses de reclusão ao menor de 21 anos na data do fato e de 1 ano ao outro acusado.⁷⁵

7. Garantia do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem como sede, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o próprio conceito de “Estado democrático de direito”, expresso no art. 1º da Constituição Federal. O Estado de Direito democrático, em sua dimensão clássica, caracteriza-se pela existência de direitos oponíveis ao poder público, na qual se tutela a esfera privada dos cidadãos, e a restrição de seus direitos do cidadão além do mínimo necessário será reconhecida como abusiva. Assim, cabe ao princípio da proporcionalidade delimitar a incidência de um valor juridicamente tutelado restritivo de normas igualmente fundamentais ao cidadão, tal como consequência necessária do Estado de Direito.

Dentre os princípios que embasam o legislador na elaboração das normas penais, atribui-se ao princípio da proporcionalidade o papel de máxima delimitadora da atividade punitiva do Estado. A proporcionalidade assume a posição de parâmetro

⁷⁵ Moura TELES (2006, p. 44) dá exemplo semelhante ao considerar a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal em virtude da incidência de atenuante de menoridade. José de Campos AMARAL também questiona a forma pela qual a individualização da pena é realizada atualmente: “Imagine-se o caso de dois sujeitos que cometem um crime. O primeiro, com 20 anos, nega o fato, prejudica a instrução criminal ameaçando testemunhas, tendo que ser preso preventivamente. Este não tem uma boa conduta social e tem sua pena-base aplicada acima do mínimo legal, mas não num patamar muito elevado, e, em face da atenuante, responderá pela pena mínima cominada ao crime ou bem próximo a esta. O segundo, com 20 anos, confessa o crime e ajuda na elucidação do caso, apresentando provas que venham a ser a base da condenação de ambos os criminosos, sendo que, sem a sua colaboração, seria praticamente impossível a condenação. Este tem boa conduta social, bons antecedentes, é primário, e tem sua pena-base aplicada no mínimo legal, o que equivaleria a dizer, na opinião que ora predomina em nossos tribunais, que este réu não tem direito à atenuação de sua pena. Pergunta-se: Onde está a individualização da pena determinada por nossa Constituição Federal? É justo que ambos os réus tenham que cumprir a mesma pena, ou mesmo que a diferença entre estas seja mínima, embora seja tão evidente a diferença na reprovabilidade da conduta de ambos? Deve-se, então, aumentar a pena-base do primeiro réu, já que não podemos diminuir a do segundo, punindo-o em razão da boa conduta do segundo réu, punição esta não prevista em lei?”.

obrigatório à limitação do poder punitivo estatal, necessário à garantia da mais ampla liberdade dos cidadãos e à vedação de medidas arbitrárias excessivas.

A maior parte da literatura brasileira⁷⁶ entende que o princípio da proporcionalidade se decompõe em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o subprincípio da adequação, a medida adotada pelo Estado deve ser apta a atingir o fim perseguido pelo Estado, isto é, o meio empregado deverá ser capaz de realizar o fim constitucionalmente relevante. Já o subprincípio da necessidade tem por objeto limitar a medida proposta ao indispensável para a obtenção de um fim legítimo. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que o sacrifício decorrente da adoção de determinada medida deva estar em uma relação devidamente ponderada com o fim a ser atingido.

Neste sentido, pode-se afirmar que, no momento de elaboração da lei, faz-se necessário o respeito a uma relação de proporcionalidade entre a importância do bem tutelado, a gravidade da ofensa ou ameaça a esse bem, tal como a gravidade da pena imposta pela prática do fato delituoso.

Além disso, exige-se que exista proporção entre a intensidade da pena imposta e a gravidade do delito cometido. Tal proporcionalidade deve ser observada tanto na relação entre a gravidade do delito e a pena cominada na lei, como na relação entre a pena imposta concretamente ao autor do fato e a gravidade do delito cometido, a ser ponderada pelo juiz. Ao legislador é dirigida a proporcionalidade abstrata, dado que deverá estabelecer penas proporcionais em abstrato à gravidade do delito. Ao juiz cabe a proporcionalidade concreta, devendo impor penas proporcionais à concreta gravidade do delito praticado pelo agente.

De acordo com Mariângela de Magalhães GOMES, a fixação do mínimo legal da pena em abstrato cumpre a função de ratificar a colocação hierárquica do bem tutelado, “evidenciando o último grau ao qual pode ser baixada a sua tutela jurídico-penal” (2003, p. 161). Isto é, o mínimo cominado corresponde à medida da sanção necessária e proporcionada a sua proteção. Desta forma, ela aduz que, na hipótese em que a conduta amolda-se apenas formalmente à descrição típica, de modo que a ofensa causada ao bem possa ser considerada como insignificante, doutrina e jurisprudência

⁷⁶ Ver ÁVILA (2005), BARROSO (2005) e BASTOS (2005).

pugnam pela absolvição do indivíduo. Isso se justifica, segundo Gomes, pelo fato de que nas situações em que o bem jurídico é lesionado de forma ínfima, o conteúdo do injusto é pequeno demais para prosperar imposição de pena, e mesmo a pena mínima seria desproporcional à gravidade do fato. A ressalva da autora está no fato de que caso não fosse exigível a pena mínima correspondente ao desvalor do fato, esta pena poderia ser diminuída até o ponto em que correspondesse ao desvalor concreto da conduta, e o direito penal estaria tutelando uma gama de comportamentos “cujo conteúdo ofensivo é penalmente desprezível (posto não ofender o bem jurídico a ponto de merecer, nem mesmo, a pena mínima cominada)” (2003, p. 163). Isto é o que justificaria a necessidade da pena mínima no plano legislativo, com a garantia do respeito ao princípio da ofensividade no plano judicial.

II. A SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Brasil, as reiteradas discussões quanto à possibilidade de aplicação de circunstância atenuante para levar a pena abaixo do mínimo cominado levaram o Superior Tribunal de Justiça, após reiteradas decisões, editar a Súmula 231. Tal dispositivo tem o condão de restringir a incidência de circunstâncias atenuantes, limitando-as ao mínimo legal.

Aqueles que argumentam em favor da idéia posta pela Súmula entendem que levar a pena aquém do mínimo legal implica em violação aos princípios constitucionais da reserva legal e da pena determinada (BITENCOURT, 2004, p. 617). Uma vez que a pena só existe em razão de cominação legal, o juiz não pode ultrapassar os limites impostos pelo legislador, tão somente nos casos em que é permitido, tal como ocorre nas causas de aumento e de diminuição. No mesmo sentido, defende-se a violação ao princípio da individualização da pena, dado que não caberia ao juiz tomar para si a prerrogativa de proceder ele mesmo à regulação do princípio.

Os juristas que postulam pela inconstitucionalidade da Súmula 231 afirmam sua afronta ao princípio da individualização da pena e ao princípio de que não há pena sem culpa, pois deixar de considerar as circunstâncias atenuantes quando presentes seria como punir em excesso, “é punir além da culpa, é aplicar uma pena sem culpa”. (VARGAS, p. 09).

José Gerardo de OLIVEIRA (2001), ao analisar os precedentes do STJ que compuseram a Súmula, conclui que

“após essas incursões pelos precedentes da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, sou forçado a sentir-me fortalecido nas minhas convicções, segundo as quais não existe amparo legal para a não aplicação das atenuantes, quando a pena-base é estabelecida no mínimo legal, e que a desconsideração das atenuantes, na hipótese aventada, fere os princípios constitucionais da individualização da pena, o da legalidade e o do devido processo legal, além de afrontar normas infraconstitucionais, como os arts. 59 e 68, do Código Penal. Tenho para mim, ainda, que toda a decisão que traz como fundamento, apenas, a invocação à Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, desprovida de razões jurídicas, é sem motivação e, por consequência, nula de pleno direito, por afrontar o inciso IX, do art. 93, da Lei Maior.”

Neste diapasão, André Pires GONTIJO (2005) conclui que “portanto, o que se observa é um encadeamento de sucessivos erros, causados pela aplicação do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, o qual, (...) se apresenta como uma afronta ao dispositivo cogente da lei federal e aos princípios constitucionais a ela conexos, beirando, dessa forma, a inconstitucionalidade (...)”.

Defensores da inconstitucionalidade da Súmula 231 entendem haver violação ao princípio, dado que o reconhecimento da incidência de uma atenuante, pelo juiz, em determinada conduta, a lesão que iria ser produzida é mitigada, o que valeria ao agente, à luz do princípio da proporcionalidade, um abrandamento de sua pena, na proporção da redução do dano.

Segundo Plínio Nunes LEITE (2004), não considerar uma atenuante em razão de a pena-base já estar fixada no mínimo

termina por beneficiar o agente que, pelo desfavorecimento das circunstâncias judiciais, teve sua pena-base fixada acima do mínimo legal. Chega-se ao absurdo de se premiar o agente que obteve reprovação quantos às circunstâncias do artigo 59 do CP, ensejadoras da fixação da reprimenda em grau distante do mínimo, em detrimento daquele que se encontra em situação oposta, isto é, que teve a pena estabelecida no mínimo, ante o quadro favorável das circunstâncias judiciais.

Assim, caso não haja incidência da atenuante sobre a pena-base fixada no mínimo, o condenado não terá direito a ver em sua pena a medida de sua culpabilidade, pela consideração de eventual atenuante, ante o fato de que todas as circunstâncias

judiciais lhe serem inteiramente favoráveis, não havendo que se falar em qualquer juízo de reprovação nesse sentido. No entanto, apenas o agente que teve sua pena fixada acima do mínimo será beneficiado pela atenuante.

É a mesma conclusão a que chega Miguel LOEBMANN (1992):

Podemos então afirmar, sem medo de erro, que a não redução abaixo do mínimo legal, em presença de atenuantes nos coloca frente a um verdadeiro absurdo jurídico: a redução da pena na presença de atenuantes só se aplica aos réus que, pelas circunstâncias judiciais tenham a sua pena-base fixada acima do mínimo legal, isto é, em face de sua culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, etc. apresentem maior reprovação.

III. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/Discursos/0001102/APLICA%C3%87%C3%83OPENA-agosto-2003-4a.ed.-22.8.doc> . Último acesso: 23.01.2009.

AMARAL, José de Campos. Atenuação da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em <http://www.imag-df.org.br/omagistrado/numero1/dout-3.htm>

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, David Teixeira de. Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Individualização penal e suspensão condicional da pena. *Ciência Penal*. São Paulo, v.3, n.1. 1976.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.7, n. 26, abr./jun. 1999.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. e MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEMFICA, Francisco Vani. Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Uma revisão conceitual da aplicação da pena. Pena aquém mínimo: uma garantia constitucional. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_revisao_conceitual_CB.php. Último acesso: 22.01.2009.

BONAT, Luiz Antonio. Pessoa jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. In: Revista de Direito Ambiental. V.11, F. 42. Abril/Jun. 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Atenuantes (em especial da confissão) – Pena aquém do mínimo: uma abordagem crítica, 1996. Disponível em: www.alessandramoraes.com. Último acesso em: 20.10.2008.

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

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

CERNICHIARO, Luiz Vicente. Aplicação da pena. Disponível em: http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/aplicacao_pena.htm. Último acesso em: 20.10.2008.

COSTA, Hélio Martins. -- Individualização da pena: repercussão na determinação do regime de cumprimento e na substituição por pena alternativa. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 89, n.781, p.459-78, nov. 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

D'AQUINO, Ivo. Anteprojeto de Código Penal Militar. Revista Brasileira de criminologia e direito penal, n. 6, jul-set/ 1964, p. 197-213.

DOTTI, René Ariel. A Reforma Penal e Penitenciária 25 anos depois (I) - As profundas alterações determinadas pelas leis n.ºs 7.209 e 7.210/84. Jornal "O Estado do Paraná", caderno "Direito e Justiça" de 12.07.2009. Disponível em: http://www.dottieadvogados.com.br/artigosjp_318.html.

_____. A Reforma Penal e Penitenciária 25 anos depois (II) - A discussão nacional em 1975 e a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Jornal "O Estado do Paraná", caderno "Direito e Justiça" de 19.07.2009. Disponível em: http://www.dottieadvogados.com.br/artigosjp_319.html.

_____. A Reforma Penal e Penitenciária 25 anos depois (Final) - A recepção das leis nºs 7.209 e 7.210/84 à Constituição de 1988. Jornal "O Estado do Paraná", caderno "Direito e Justiça" de 26.07.2009. Disponível em: http://www.dottieadvogados.com.br/artigosjp_320.html.

_____. A Reforma Penal e Penitenciária 25 anos depois (Final) - A recepção das leis nºs 7.209 e 7.210/84 à Constituição de 1988. Jornal "O Estado do Paraná", caderno "Direito e Justiça" de 26.07.2009. Disponível em: http://www.dottieadvogados.com.br/artigosjp_320.html.

_____. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: RT, 1998.

_____. Penas e medida de segurança no anteprojeto de Código Penal. Revista de Direito Penal e Criminologia, nº32, jul-dez/1981, p. 47-69.

FAYET, Ney. Da pena-base no mínimo legal e reconhecimento de atenuantes e majorantes: aplicação da pena mais justa. In: FAYET JÚNIOR, Ney, WEDY, Miguel Tedesco (Org.). Estudos críticos de direito e processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

FERRAZ, Nelson. Dosimetria da Pena. In: Fascículos de Ciências Penais, V.5, F.3, p. 70-77, jul/ago/set, 1992.

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

FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Circunstâncias agravantes. Revista brasileira de criminologia e Direito Penal, nº6, p. 109 a 113.

_____. A reforma da legislação penal. Revista de direito penal e criminologia, nº35, jan-jun/1983. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo28.pdf. Último acesso: 20.10.2009.

_____. Subsídios para a história do novo Código Penal. Revista de Direito Penal, nº3, jul-set/1971, p.7-12.

_____, SIQUEIRA, Lídia. A cominação das penas no novo Código Penal. Revista de Direito Penal, nº17/18, jan-jun/1975.

_____. A reforma da legislação penal – I. Revista brasileira de criminologia e Direito Penal, nº3. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo47.pdf. Último acesso: 20.10.2009.

_____.A reforma da legislação penal – II. Revista brasileira de criminologia e Direito Penal, nº3. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo49.pdf. Último acesso: 20.10.2009.

_____.A reforma da legislação penal – III. Revista brasileira de criminologia e Direito Penal, nº4. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo48.pdf. Último acesso: 20.10.2009.

GARCIA, Dionisio. -- As circunstancias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceara. Fortaleza. v.52. n.152. p.66-8. out./dez. 1990.

GOMES, Luiz Flávio. Reformas Penais: Pena abaixo do mínimo legal. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 22.01.2003.

GONTIJO, André Pires. A revisão do enunciado nº 231 da súmula do STJ: por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da individualização da pena. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7398>. Último acesso em: 22.02.2008

HUNGRIA, Nelson. Sobre o anteprojeto de novo Código Penal.

HUNGRIA, Nelson. Anteprojeto de Código Penal. Revista Brasileira de criminologia e direito penal, n. 1,abr-jun/1963, p. 169-227.

JESUS, Damásio Evangelista de. A individualização da responsabilidade penal nos crimes cometidos por meio de empresa. in: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Direito penal empresarial. São Paulo, Dialética, 1995

JESUS, Damásio E. de." Comentários ao Código Penal" , ed. 2005, Saraiva, 2º vol., p. 661.

JESUS, Damásio de. O Juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato? Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=956>>. Acesso em: 20 out. 2008

LEITE, Antonio Candido Reis de Toledo. Agravantes e atenuantes. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.32, p. 04, ago. 1995.

LEITE, Plínio Nunes. A atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Revista Jus Vigilantibus, maio de 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/899>. Último acesso em: 20.10.2008.

LOEBMANN, Miguel. -- As circunstâncias atenuantes podem sim a fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.81. n.676. p.390-3. fev. 1992.

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal, vol. II. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1942.

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.

MARQUES, Alberto. Atenuantes e pena mínima. Revista Jurídica. Porto Alegre. v.49. n.288. p.75-84. out. 2001.

MARQUES, Jader. Apontamentos sobre a individualização da pena. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v.6, n. 36, fev./mar, 2006.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Teoria dos tipos penais: parte especial do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Nelson Pizzoti. As novas concepções individualizadoras e as técnicas da individualização processual: a função do ministério público na repressão ao crime : atribuições, poderes e meios de atuação. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo, n.22, out./dez, 1972.

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.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Plínio Leite. A possibilidade da circunstância atenuante conduzir à redução da pena para aquém do mínimo legal, segundo uma visão constitucionalmente orientada do direito penal contemporâneo. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 03.10.2005

O'DWYER, Edson. Se eu fosse juiz criminal. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.86, p. 8, jan. 2000.

OLIVEIRA, José Gerardo de. Pena aquém do mínimo legal - Circunstância atenuante - Súmula 231 - STJ. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/julho/1307/ARTIGOS/A2.htm>. Último acesso em 20.01.2009.

PEIXOTO, Renato Cramer. Dosimetria da pena: breve análise sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. In: Fascículos de Ciências Penais, V.6, F.4, p. 63-67, out/nov/dez 1993.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 3.Ed. São Paulo:RT, 2002,v.1

QUEIROZ, Hermenegildo Virgílio de. Ministério Público e a sentença penal condenatória – algumas considerações sobre a fixação da pena – existência de parâmetros e percentuais e não fórmulas – dever do Ministério Público de examinar a dosimetria da pena. In: Revista do Ministério Público do Estado da Bahia. V. 8, N. 10, p.628, jan-dez 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Pode o juiz fixar pena abaixo do mínimo legal?. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.112, p. 12, mar. 2002.

RODRIGUES, Francisco Cesar Pinheiro: “Desconsideração da pena mínima” e “O Tribunal do Júri e o caso Dorothy”: AMB, www.amb.com.br.

ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo penal militar. Revista Direito Militar, 67, set-out. 2007.

ROTH, Ronaldo João. Reconhecimento das agravantes e das atenuantes pelo Conselho de Justiça. In: Revista de Direito Militar, v. 48, jul-ago 2004.

SÁ, Pedro Teófilo de. Princípio da proporcionalidade como garantia constitucional. In: Direito Penal e Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SALGADO, J. A César. A pena no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria. In: Revista Brasileira de criminologia e direito penal, n. 7,out-dez/1964, p. 83-93.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. A atenuante pode ultrapassar o limite mínimo da pena cominada [Comentário de jurisprudência]. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.6, n.65, p. 244, abr. 1998.

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

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. -- Questões hermenêuticas: individualização da pena. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v.93. p.361-8. jan./dez. 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo de Pena e o Dever de Motivar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.2, n. 6, 1994.

SILVA, Wagmar Roberto. A política criminal da lei antitóxico em face do princípio da individualização da pena e do direito penal moderno. Revista do Curso de Direito, v.5, n.1. 2004

VARGAS, Jorge de Oliveira. A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Disponível em: http://www.fagundesjunha.org.br/amapar/revista/artigos/jorge_felipe_inconstitucionalidade.doc. Último acesso: 22.01.2009.

VEDOVOTTO, Marcos. Individualização da pena: um pouco de pelicano. Revista Instituto de Ciências Penais. Belo Horizonte, n.1, 2006.

TELES, Ney Moura. Direito Penal: Parte Geral. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

TUBENCHLAK, James. -- Atenuantes - pena abaixo do mínimo. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.86. n.312. p.15-7. out./dez. 1990.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. Circunstâncias atenuantes e a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal. Disponível na internet: www.ibccrim.com.br, 02.06.2001.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Individualização da pena: da liberdade, da discricionariedade, do automatismo e de outras coisas (jurisprudência comentada). Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo – v.6 n. 22. Abr./jun 1998.

III.1 Sítios eletrônicos de associações de classe

Representantes da Defensoria Pública

- Associação Nacional dos Defensores Públicos (<http://www.anadep.org.br>)
- Associação Nacional dos Defensores Públicos da União (<http://www.andpu.org.br/>)
- Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal (<http://www.adepdf.org.br/?cont=associacao&tit=A>)
- Associação dos Defensores Públicos do Estado do Amazonas (<http://www.adepam.org.br/>)
- Associação dos defensores públicos do Estado do Acre (www.adpacre.org.br):
- Associação dos Defensores Públicos do Estado da Bahia (<http://www.adepbahia.com.br/>)
- Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará
- Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais (<http://www.adepmg.org.br/>)

- Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (<http://www.adperj.com.br/artigos.asp>)
- Associação Paulista de Defensores Públicos (<http://www.apadep.org.br/>):
- Associação dos defensores públicos do Estado do Piauí (<http://www.apidep.org.br/app/listaArtigos.action>)
- Associação dos Defensores Públicos do Estado do Pará (http://www.adpep.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=67&Itemid=81)
- Sindicato dos Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul (<Http://www.Sindep-ms.com.br/>)
- Associação dos Defensores Público do Estado de Roraima (<http://www.adper.com.br/>):
- Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (<http://www.adpergs.org/?oxi=links>)
- Associação dos Defensores Públicos do Estado do Maranhão (<http://www.adpema.org/?portal/listar/tjma-defensoria/1>)

Representantes do Ministério Público

- Associação Nacional dos Procuradores da República (<http://www.anpr.org.br>)
- Ministério Público Democrático (<http://www.mpd.org.br>)
- Associação nacional dos membros do Ministério Público – CONAMP (<http://www.conamp.org.br/>)
- Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (<http://www.amprs.org.br/index.php/comunicacao/artigos/>)
- Associação cearense do Ministério Público (<http://www.acmp-ce.org.br/pecas.php>)
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal e territórios (<http://www.ampdf.org.br/index.jsp>)
- Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (<http://www.ampern.org.br>)
- Associação do Ministério Público de Pernambuco (<http://www.amppe.com.br/>)
- Associação do Ministério Público do estado do Pará (<http://www.ampep.com.br/>)
- Associação paraibana do Ministério Público (<http://www.apmp.org.br>)
- Associação paranaense do Ministério Público (<http://www.apmppr.org.br>)
- Associação do Ministério Público do estado da Bahia (<http://www.ampeb.org.br>)

- Associação tocatinense do Ministério Público (<http://www.atmp.org.br/>)
- Associação do Ministério Público do estado de Alagoas (<http://www.ampal.com.br/artes.php>)
- Associação paulista do Ministério Público (<http://www.apmp.com.br/>)
- Associação amazonense do Ministério Público (<http://www.aamp.com.br/>)
- Associação sul matogrossense do Ministério Público (<http://www.asmmp.org.br>)
- Associação matogrossense do Ministério Público (<http://www.ampmp.com.br/>)
- Associação mineira do Ministério Público (<http://www.ampmp.org.br>)
- Associação espírito santense do Ministério Público (<http://www.aesmp.org.br/index.asp>)
- Associação goiana do Ministério Público (<http://www.agmp.org.br/index.php>)
- Associação do Ministério Público do Estado do Acre (<http://www.ampac.org.br/>)
- Associação catarinense do Ministério Público (<http://www.acmp.org.br/>)
- Associação do Ministério Público do Estado do Amapá (<http://www.ampap.com.br>)
- Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (<http://www.amperj.org.br>)

Representantes da Magistratura

- Instituto dos Magistrados do Brasil (<http://www.imb.org.br/index.php>):
- Associação dos Magistrados Brasileiros (<http://www.amb.com.br/>)
- Associação dos Juízes Federais do Brasil (<http://www.ajufe.org.br/>)
- Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (<http://www.amajme-sc.com.br/>)
- Associação Juízes para a democracia (<http://www.ajd.org.br/>)
- Associação dos Magistrados Mineiros (<http://www.amagis.com.br/index.php>)
- Associação dos Magistrados do Espírito Santo (<http://www.amages.org.br/>): em artigo de Ronaldo Guimarães Gallo, membro do AMAGES, posiciona-se contra a redução aquém do mínimo legal(<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>)
- Associação Paulista de Magistrados (<http://www.apamagis.com.br/links/>)
- Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (<http://www.amaerj.org.br>)

- Associação dos Magistrados catarinenses (<http://www.amc.org.br/new/>)
- Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul (<http://www.ajuris.org.br>)
- Associação dos Magistrados do Rio Grande do Norte (<http://www.amarn.com.br/>)
- Associação cearense de Magistrados (<http://www.acmag.com.br/novo/index.php>)
- Associação dos Magistrados de Sergipe (<http://linux.alfamaweb.com.br/amase/v2/index.php>)
- Associação dos Magistrados da Paraíba (<http://www.ampb.org.br/>)
- Associação dos Magistrados do Maranhão (<http://www.amma.com.br/portal.php>)
- Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco (<http://www.amepe.com.br>)
- Associação Alagoana de Magistrados (<http://www.almagis.com.br/>)
- Associação dos Magistrados de Roraima (<http://www.amarr.com.br/>)
- Associação dos Magistrados de Rondônia (<http://www.ameron.org.br/index.asp>)
- Associação dos Magistrados do Mato Grosso do Sul (<http://www.amamsul.com.br/index.php>)
- Associação Mato-grossense de Magistrados (<http://www.amamcba.org.br/>)
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás (<http://www.asme-go.org.br/>)
- Associação dos Magistrados da Bahia (<http://www.amab.com.br/site/index.php>)
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal (<http://www.amagis.org.br/amagis/static.php?file=congresso.html>)
- Associação dos Magistrados do Paraná (<http://www.amapar.com.br/>)

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil

- Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (<http://www.oab.org.br/default.asp>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia (<http://www.oab-ba.com.br/novo/index.asp>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Mato Grosso do Sul (<http://www.oab-ms.org.br/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (<http://www.oab-rj.org.br/>)

- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Minas Gerais (<http://www.oabmg.org.br/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Santa Catarina (<http://www.oab-sc.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Paraná (<http://www.oabpr.com.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio Grande do Sul (<http://www.oabrs.org.br/home.php>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de São Paulo (<http://www.oabsp.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Rondônia (www.oab-ro.org.br)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Mato Grosso (<http://www.oabmt.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Paraíba (<http://www.oabpb.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio Grande do Norte (<http://www.oab-rn.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Distrito Federal (<http://www.oabdf.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Ceará (<http://www.oabce.org.br/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Goiás (<http://www.oabgo.org.br/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Tocantins (<http://www.oabto.org.br/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Espírito Santo (<http://www.oabes.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Acre (<http://www.oabac.org.br/principal>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Amapá (<http://www.oabap.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Roraima (<http://www.oabrr.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Alagoas (<http://www.oab-al.org.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Amazonas (<http://www.oabam.org.br/principal/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Maranhão (<http://www.oabma.org.br/Index.aspx>)

- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Sergipe (<http://www.oabsergipe.com.br>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Piauí (<http://www.oabpi.org.br/oabpi/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Pará (<http://www.oabpa.org.br/>)
- Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de Pernambuco (<http://www.oabpe.org.br/>)

ANEXO 2

A pena mínima na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros

INTRODUÇÃO

O estudo de jurisprudência dos Tribunais brasileiros teve como objetivo mapear a tematização da pena mínima no âmbito do poder judiciário. A análise busca identificar os debates nos quais qualquer discussão acerca da pena mínima se insere, mesmo que periféricamente, com o intuito de compreender a função que esta desempenha no sistema de direito criminal. Mesmo que o significado e a função da pena mínima não sejam diretamente debatidos na esfera legislativa ou doutrinária, o papel desempenhado por ela no cálculo e na aplicação da pena fornece informações importantes sobre a forma como esse instituto é concebido pelos operadores do sistema de direito criminal e sobre o papel que desempenha no momento da decisão jurídica.

O mapeamento da tematização jurisprudencial da pena mínima envolve três dimensões: em primeiro lugar, encontrar discussões relevantes que envolvam o uso argumentativo da pena mínima; em segundo lugar, identificar o posicionamento consolidado dos tribunais, câmaras e magistrados acerca destas discussões; por último, buscar referências bibliográficas e jurisprudenciais citadas nas decisões que possam auxiliar no aprofundamento da pesquisa.

Por meio dessa análise, é possível não só traçar o posicionamento geral dos tribunais (item 1), mas também identificar a posição de magistrados sobre a pena mínima, como foi possível identificar nos acórdãos levantados no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (item 2).

1. A TEMATIZAÇÃO DA PENA MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A busca por acórdãos foi realizada diretamente nos *sítios eletrônicos* dos cinco Tribunais Regionais Federais brasileiros.⁷⁷ Foram utilizadas, nos sistemas de busca dos

⁷⁷ Os processos que entram na Justiça Federal, de modo geral, somente serão apreciados pelos Tribunais Regionais Federais - Justiça Federal de 2º grau - quando houver recurso das decisões proferidas pelos juízes federais de 1º grau, ou seja, quando qualquer das partes não se conformar com a sentença prolatada, recorrendo da mesma. Além disso, os Tribunais Regionais Federais também têm competência originária,

tribunais, as seguintes palavras-chave: “pena & abaixo & mínimo”, “pena & aquém & mínimo”, “pena & aquém”, “pena & mínima” e “pena & abaixo & mínimo & legal”. A partir dos resultados encontrados, foram sistematizados os acórdãos que exprimiam a posição jurisprudencial atual dos tribunais em relação ao uso da pena mínima e os acórdãos que traziam argumentos ou referências novas ao debate.

A sistematização foi feita por meio do tabelamento das decisões. Para tanto, foram elaboradas tabelas contendo as seguintes informações (cada uma das quais corresponde a uma coluna da tabela): a) tribunal onde foi proferida a decisão; b) data do julgamento; c) número do acórdão; d) tipo penal imputado; e) relator do acórdão; f) relator do voto; g) revisor; h) assunto tratado (assunto ao qual se relaciona a discussão da pena mínima na decisão. P. ex – redução abaixo do mínimo diante da aplicação de atenuantes genéricas ou causas de diminuição de pena, relação entre pena mínima e culpabilidade, etc.); i) posicionamento do tribunal (a favor ou contra); j) unanimidade do julgamento; k) posicionamento do juiz de primeira instância; l) nome do juiz de primeira instância; m) qual parte provocou a tematização da pena mínima (defesa / acusação); n) referências jurisprudenciais citadas no acórdão; o) referências doutrinárias citadas no acórdão; p) informação sobre o uso da Súmula 231 para fundamentar a decisão proferida (sim ou não); e q) outras decisões semelhantes proferidas pelo mesmo desembargador.

A escolha dos acórdãos tabelados foi feita com base em dois critérios: foram selecionadas, primeiramente, decisões que mostraram posicionamento de todos os desembargadores das câmaras criminais em matérias que envolvessem pena mínima. Depois que o posicionamento atual de todos os magistrados estivesse sistematizado nas tabelas, seriam analisados apenas aquelas decisões que trouxessem novos argumentos e referências ao debate.

Foram tabelados, no total, 153 acórdãos, conforme a seguinte distribuição por tribunal e palavra-chave usada na busca:

nas seguintes ações: (i) mandados de segurança contra ato dos próprios Tribunais Regionais Federais; (ii) *habeas corpus* em que seja indicado como coator um juiz federal; (iii) conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao mesmo Tribunal; (iv) ação rescisória de sentenças proferidas por juízes federais vinculados ao Tribunal ou de acórdãos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais. Para o referido levantamento jurisprudencial, foi realizada a busca nos seguintes sítios: www.trf1.gov.br; www.trf2.gov.br; www.trf3.gov.br; www.trf4.gov.br e www.trf5.gov.br, durante os dias 28.07.2008 e 15.08.2008.

	TRF 1	TRF 2	TRF 3	TRF 4	TRF 5
pena abaixo mínimo	11	23	23	17	
pena aquém mínimo	10	0	24	9	
pena aquém		8			
pena mínima					5
pena abaixo mínimo legal					23

a. *Tematizações da pena mínima*

Por meio da análise destas decisões, foi possível constatar que a tematização da pena mínima ocorre predominantemente (e quase unicamente) no âmbito do debate acerca da redução da pena abaixo do mínimo legal previsto pelo legislador em decorrência da aplicação de atenuantes genéricas pelo magistrado. A questão que se coloca é a seguinte: quando o juiz, seguindo os passos do art. 59 do Código Penal, fixa a pena no mínimo legal, o que fazer com as eventuais atenuantes aplicáveis ao caso? Ignorá-las, posto que apenas as “causas de diminuição” podem reduzir a pena aquém do mínimo ou fixar uma quantia e realizar a dedução (já que o art. 61 não indica de quanto deve ser a redução das atenuantes)?

Dos 153 acórdãos tabelados, o problema da redução da pena abaixo do mínimo em decorrência da aplicação de atenuantes era o assunto central tratado em 150 decisões. Muito raros foram os casos nos quais os tribunais se manifestavam a favor da redução da pena aquém do mínimo, e tal posicionamento era na maior parte das vezes adotado em decorrência do princípio *non reformatio in pejus*, ou seja, o juiz de segunda instância não poderia aumentar a pena determinada pelo juiz de primeira instância sem que haja recurso da acusação, mesmo que tal pena esteja abaixo do mínimo legal.

No âmbito deste debate, a pena mínima cumpre uma série de funções na argumentação dos juízes e na determinação do *quantum* das penas aplicadas. Ela é um elemento estruturante do sistema trifásico de determinação da pena, impossibilitando ao juiz ir aquém do *quantum* mínimo estipulado pelo legislador na aplicação das atenuantes genéricas, ou seja, na segunda fase da aplicação da pena estipulada no artigo 59 do Código Penal. As atenuantes e agravantes não dizem respeito ao fato típico e, portanto, não têm o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo. É neste sentido que

segue a argumentação de um desembargador do TRF 4 ao proferir sua decisão sobre a dosimetria da pena:

As atenuantes e as agravantes não dizem respeito ao fato típico, que ocorreu independentemente das circunstâncias judiciais ou legais do caso. A este fato típico, o legislador estabeleceu um limite mínimo, que é uma exigência mínima de punição em decorrência da gravidade deste delito, independentemente das circunstâncias judiciais ou legais que o caracterizaram. (TRF 4, Apelação Criminal n.º 2001.71.04.000058-5, Sétima Turma, Relator Des. Fábio Bittencourt da Rosa)

De acordo com as sentenças que foram analisadas, os magistrados percebem tal proibição como uma conseqüência do princípio da reserva legal e da pena determinada. Se o legislador, para cada fato típico, estabeleceu uma pena mínima e máxima, argumenta-se que a individualização da pena realizada pelo juiz somente pode ocorrer dentro dos limites traçados pelo legislador, sob pena de violação do princípio da legalidade. Como o *quantum* a ser reduzido em decorrência da aplicação de atenuante não foi definido pelo legislador, o juiz não poderá, partindo de sua própria discricionariedade, determinar tal diminuição, fato que atentaria contra o princípio da pena determinada. Tal argumento pode ser visto no seguinte trecho, retirado de outro acórdão do TRF 4:

Argumenta a recorrente que, como corolário da ampla defesa, lhe assiste o direito de ver computada no cálculo da pena a atenuante da confissão espontânea, fixando-se a sanção abaixo do mínimo legal. Ocorre que, na esteira do entendimento inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a "incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula nº 231). Isto porque, ao realizar a individualização da pena a ser atribuída em face do cometimento de fato delituoso, o magistrado deve pautar-se pelo princípio da reserva legal (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"). Além de se tratar de uma garantia do réu, consubstancia-se numa garantia da sociedade, de sorte que a aplicação da pena privativa de liberdade não pode se dar de forma diversa da prevista no sistema legal (ao qual a Carta Maior remeteu a regulação da individualização da reprimenda penal - art. 5º, inc. XLVI), evitando-se a imprevisibilidade e a incerteza das conseqüências advindas da prática de conduta penalmente típica. (...) Caso fosse prescindível a observância dos limites legais nas duas primeiras etapas da dosagem da pena privativa de liberdade, estar-se-ia frente a um sistema que desbordaria dos parâmetros mínimos postos pela Constituição Federal para o processo de individualização da pena, por afronta ao princípio da reserva legal, incompatibilizando-se com a ordem constitucional. De conseqüência, a conclusão que se impõe é pela impossibilidade da extrapolação, em decorrência da incidência de agravante ou atenuante, dos limites mínimo e máximo das penas definidas pela lei para cada tipo penal. (TRF 4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.71.00.000497-7/RS, Sétima Turma, Relator Des. Néfi Cordeiro, julgado 12.12.2006, grifamos).

Portanto, a submissão pelo juiz à pena mínima estabelecida pelo legislador aparece vinculada às idéias de legalidade, de segurança jurídica para o réu e para a própria sociedade, garantindo que a aplicação da pena privativa de liberdade não se dará de forma distinta daquela prevista em lei. A sua função é limitar a discricionariedade do juiz para impedir abusos na dosimetria da pena.

Outro argumento muitas vezes encontrado, mas nunca fundamentado, afirma que se for possível ir aquém do mínimo na aplicação da pena, seria também possível ir além do máximo previsto em lei, o que levaria a uma situação de insegurança jurídica absurda para o réu. Quer-se argumentar que sem um mínimo, também não haveria um máximo. No entanto, tal afirmação desconsidera que as funções da pena mínima e da máxima são distintas e que seria possível manter a última e eliminar a primeira.

Por estes motivos, a discussão sobre a pena mínima é bastante limitada. Poucas são as situações em que os juízes explicitamente articulam seus argumentos contra a redução da pena abaixo do mínimo, como foi colocado nas citações acima. Na esmagadora maioria dos acórdãos encontrados, os magistrados se limitavam a citar a Súmula n. 231 do STJ como fundamentação de sua decisão, sem explicar o significado desta súmula, o porquê de sua aplicação no caso concreto, ou a adotar uma postura crítica em relação a ela. A Súmula n. 231 tornou-se, em matéria de aplicação de atenuante para redução da pena, uma espécie de súmula vinculante, limitando as discussões que poderiam ocorrer em torno da pena mínima, uma vez que a sua aplicação é automática e incontroversa. Pela análise de jurisprudência realizada, constata-se que a existência da súmula supre qualquer necessidade de justificação ou argumentação.

Além do debate acerca das atenuantes, foram encontrados alguns casos isolados em que a pena mínima está inserida em outras discussões no âmbito dos tribunais. Assim, foi encontrada uma decisão na qual se defendeu a redução abaixo do mínimo em decorrência da aplicação do princípio da insignificância⁷⁸. Em outro caso, a pena mínima estabelecida pelo legislador é tida como um reflexo da culpabilidade do agente,

⁷⁸ “A pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal em decorrência de atenuante. No entanto, a pena aplicada pode ir aquém do mínimo em razão da aplicação do princípio da insignificância”. (TRF 4, Apelação Criminal n.º 94.04.34103-7, Segunda Turma, Rel. Des. José Fernando Jardim de Camargo, julgado 07/12/1005).

sendo que as considerações acerca da função preventiva geral e especial da pena “permitem ajustar a dosimetria da pena abaixo desse limite”⁷⁹.

b. Posicionamento dos Tribunais

A partir da leitura e tabelamento dos acórdãos, foi possível constatar o posicionamento dos magistrados dos TRFs em relação à pena mínima. Como a quase totalidade dos casos encontrados referia-se à discussão sobre aplicação de atenuantes e dosimetria da pena, é nesta discussão que a os posicionamentos encontrados se colocam. Os dados analisados não permitem, portanto, extrair conclusões sobre as opiniões dos desembargadores em todas as matérias que envolvem a pena mínima, mas tão somente na matéria de aplicação de atenuantes. Encontramos os seguintes resultados:

○ **TRF 1:** Dos seis desembargadores que atuam em turmas criminais, apenas um não se manifestou acerca da possibilidade de redução da pena aquém do mínimo em decorrência da aplicação de atenuantes. Dos cinco desembargadores cujos posicionamentos foram encontrados nos acórdãos que sistematizamos, todos eram contra a redução da pena abaixo do mínimo legal. Portanto, o posicionamento do Tribunal é como segue:

3ª Turma

Desembargador Federal Cândido Ribeiro - contra

Desembargador Federal Tourinho Neto - contra

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – contra

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz - contra

Desembargador Federal Mário César Ribeiro - contra

⁷⁹ “O grau de culpabilidade é o limite máximo da pena-base, ao passo que as considerações sobre a prevenção especial e geral permitem ajustar a dosimetria da pena abaixo desse limite. Este é o modo adequado de se compreender os indicadores previstos no art. 59 do Código Penal (...). Na culpabilidade do agente reside o principal elemento para a dosimetria da pena, sendo a primariedade e a ausência de antecedentes dados auxiliares na avaliação da censura”.

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes - contra

○ **TRF 2:** Encontramos uma desembargadora na composição atual deste Tribunal que se posicionou a favor de reduzir a pena abaixo do mínimo pela aplicação da atenuante da menoridade. Todos os outros magistrados atuantes são contra tal compreensão. No entanto, foram encontrados nomes de desembargadores que não fazem mais parte do Tribunal e que já se manifestaram a favor da redução abaixo do mínimo legal; são eles: Paulo Barata e Andréa D'Ávila. Quanto à composição atual do tribunal, temos:

1ª Turma

Desembargadora Federal Maria Helena Cisne – a favor

Desembargadora Federal Abel Gomes – contra

Juíza Federal convocada Marcia Helena Ribeiro Pereira Nunes – nada encontrado

2ª Turma

Desembargador Federal André Fontes – nada encontrado

Desembargador Federal Messod Azulay Neto - contra

Desembargadora Federal Liliane Roriz – contra

○ **TRF 3:** Todos os integrantes da turmas criminais do TRF 3 que já se manifestaram acerca do assunto se posicionaram contra a redução da pena aquém do mínimo por aplicação de atenuantes:

1ª Turma

Desembargador Federal Luís Antonio Johonsom Di Salvo - contra

Desembargador Federal Luiz De Lima Stefanini- contra

Desembargadora Federal Vesna Kolmar - contra

Desembargador Federal Márcio Satalino Mesquita (Juiz Federal Convocado) -
contra

2ª Turma

Desembargador Federal Nelton Agnaldo Moraes Dos Santos - contra

Desembargador Federal Luís Paulo Cotrim Guimarães - contra

Desembargadora Federal Maria Cecília Pereira De Mello - contra

Desembargador Federal Henrique Geaquinto Herkenhoff - contra

5ª Turma

Desembargador Federal Paulo Octávio Baptista Pereira – nada encontrado

Desembargador Federal Otávio Peixoto Júnior - contra

Desembargador Federal Ramza Tartuce Gomes Da Silva - contra

Desembargador Federal André Custódio Nekatschalow - contra

○ **TRF 4:** Todos os desembargadores se manifestaram contra a possibilidade de redução abaixo do mínimo. O único posicionamento destoante foi do Juiz Federal José Fernando Jardim de Camargo (não mais atuante no Tribunal), que reduziu a pena abaixo do mínimo em decorrência da aplicação do princípio da insignificância.⁸⁰ De resto, todos os Desembargadores se posicionaram contra a redução da pena aquém do mínimo.

No entanto, apesar da aparente homogeneidade dos posicionamentos, foi também possível constatar que alguns Juízes Federais, como por exemplo, o Des. Luiz Fernando Wowk e o Des. Néfi Cordeiro se manifestaram reiteradas vezes acerca da pena mínima, sendo a quantidade de acórdãos que se referem ao tema sob a relatoria destes juízes bastante elevada. Quanto à composição atual do tribunal, temos:

7ª Turma

Desembargador Federal Amaury Chaves Athayde – contra

Desembargador Federal Tadaaqui Hiroshi – nada encontrado

Desembargador Federal Néfi Cordeiro – contra

8ª Turma

Desembargador Federal Élcio Pinheiro De Castro - contra

Desembargador Federal Afonso Brum Vaz - contra

⁸⁰ Ver: TRF 4, Apelação Criminal 94.04.34103-7, Segunda Turma, Rel. Des. José Fernando Jardim de Camargo.

Desembargador Federal Fernando Wowk Penteado - contra

- o **TRF 5:** Todos os integrantes da turmas criminais do TRF 5 que já se manifestaram acerca do assunto são unânimes no posicionamento contrário à redução da pena aquém do mínimo por aplicação de atenuante:

1ª Turma

Desembargador Federal Ubaldo Ataíde - contra

Desembargador Federal Francisco De Queiroz Bezerra Cavalcanti - contra

Desembargador Federal José Maria De Oliveira Lucena – nada encontrado

2ª Turma

Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel De Faria - contra

Desembargador Federal Manoel De Oliveira Erhardt – nada encontrado

Desembargador Federal Rogério De Meneses Fialho Moreira - nada encontrado

3ª Turma

Desembargador Federal Paulo Roberto De Oliveira Lima - contra

Desembargador Federal Francisco Geraldo Apoliano Dias – nada encontrado

Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho – nada encontrado

c. Referências jurisprudenciais e bibliográficas encontradas

i. Referências jurisprudenciais

A sistematização dos acórdãos levantados também teve enfoque no levantamento das referências bibliográficas e de precedentes jurisprudenciais, de modo a buscar alguma possível relação entre a fundamentação do posicionamento acerca da pena mínima e os precedentes mencionados. Para tanto, também foram tabeladas os precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), tribunais dos quais são citados praticamente todos os precedentes. Assim, nosso critério de tabelamento destes acórdãos foi apenas sua referência em decisões dos TRFs, não sendo realizado nenhum levantamento junto aos sítios

eletrônicos destes tribunais. Foram tabeladas 38 decisões, destas 25 oriundas do STF e 13 do STJ.

A partir desta análise foi possível verificar que, além da citação da Súmula n. 231, os acórdãos provenientes dos TRFs buscam precedentes para reforçar a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. O total de 37⁸¹ das 38 decisões levantadas tiveram posicionamento majoritário⁸² contrário à aplicação de atenuantes que reduzissem a pena aquém do estabelecido em lei.

Assim como nas decisões dos TRFs, as decisões das Cortes Superiores também têm por objeto a questão da atenuante reduzir a pena abaixo do mínimo legal, em especial nos casos de menoridade do réu ou de sua confissão espontânea em juízo.

No que concerne à menção da Súmula n. 231 do STJ, percebeu-se que ela não é realizada em momento algum nas decisões do Supremo Tribunal Federal, nem ao menos como reforço à fundamentação realizada. É perceptível, apenas, a citação de alguns poucos acórdãos da própria Corte, que fazem auto-referências entre eles próprios.

Já em relação ao Superior Tribunal de Justiça, a Súmula foi citada em todas as decisões, à exceção do Recurso especial n. 178.493, de novembro de 1999. Ainda assim, tal julgado teve posicionamento contrário à possibilidade de redução dos limites mínimos da pena.

Assim como nos acórdãos tabelados dos TRFs, não foi possível constatar o posicionamento dos Ministros do STJ e do STF em relação à pena mínima, mas tão somente quanto à aplicação de atenuantes na dosimetria da pena.

ii. Referências bibliográficas

Como já detalhado, também foi objeto de nossa investigação as referências doutrinárias feitas nas decisões. Ao contrário do grande número de precedentes jurisprudenciais citados, no âmbito da literatura as referências limitam-se às

⁸¹ No Recurso Especial n. 68.120, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 09.12.1996, é admitida, por unanimidade, redução da pena aquém do mínimo legal, por força da atenuante da confissão espontânea. Note-se, todavia, que a decisão é anterior à Súmula n. 231.

⁸² Da totalidade das decisões analisadas, apenas uma delas não foi julgada de forma unânime. No Recurso Especial 172.844, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.04.2001, o Min. Vicente Leal, vencido, diverge do entendimento do Relator, sendo acompanhado pelo Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Leal, favorável à fixação da pena abaixo do limite estabelecido, entende que o advérbio “sempre” contido no art. 65, CP (“São circunstâncias que sempre atenuam a pena”) aponta para um rigor de comando, sem impor qualquer restrição advinda da pena mínima. Para tanto, aduz que tal limite é desconsiderado quando da incidência de causa especial de diminuição de pena. Todavia, o Min. Vicente Leal não faz quaisquer referências a outros precedentes jurisprudenciais.

obras de Celso Delmanto, Júlio Fabrini Mirabete, Alberto Silva Franco, Damásio de Jesus e Guilherme de Souza Nucci. Destes, citam-se publicações referentes a códigos penais comentados. Excepcionalmente, julgados do TRF4 mencionaram o autor José Antônio Paganella Boschi e Luiz Alberto Machado.

2. (IN) APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA PARA O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR: ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao longo da pesquisa jurisprudencial encontrar mais um exemplo de quebra da pena mínima pelo Poder Judiciário brasileiro. A partir da notícia “Atentado violento ao pudor não pode ser igualado a estupro”⁸³ foi possível resgatar decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), nas quais é entendida como “absolutamente desproporcional” a pena mínima de 6 anos ao crime de atentado violento ao pudor, alteração esta trazida pela Lei nº 8.072/90. Todas as decisões são de relatoria do desembargador Figueiredo Gonçalves, que reconhece a inconstitucionalidade da equiparação das penas mínimas de atentado violento ao pudor e de estupro. Para o relator, não se pode enxergar no ato praticado pelo réu a mesma gravidade do estupro, aplicando a mesma pena deste crime.

O levantamento feito no sítio eletrônico do TJSP, utilizando o termo “atentado violento ao pudor” e os filtros “relator Figueiredo Gonçalves” e “Apelações criminais” e variantes⁸⁴ resultou 13 julgados, dos quais 9 absolvições⁸⁵, 3 condenações com redução da pena para 2 anos⁸⁶, e 1 reconhecimento de extinção de punibilidade⁸⁷.

Nas três relatorias de Figueiredo Gonçalves, acolhidas por maioria de votos, o desembargador aduz que na Constituição Federal não há uma norma explícita acerca do princípio da proporcionalidade, e que ele seria decorrência do preâmbulo constitucional

⁸³ CONJUR de 18 de fevereiro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-fev-18/atentado_pudor_igualado_estupro. Último acesso em: 02.02.2009.

⁸⁴ Apelação criminal com revisão, apelação criminal sem revisão, apelação criminal c/c recurso em sentido estrito, apelação criminal c/c recurso *ex officio*, apelação criminal em mandado de segurança e apelação criminal c/c agravo em execução penal.

⁸⁵ Apelação Criminal com revisão nº 990.08.040345-1, Apelação Criminal com revisão nº 993.02.014484-6, Apelação Criminal com revisão nº 993.02.016918-0, Apelação Criminal com revisão nº 993.06.067679-2, Apelação Criminal com Revisão nº 993.07.028434-0, Apelação Criminal com revisão nº 993.08.020604-0, Apelação Criminal com Revisão nº 993.03.053624-0, Apelação Criminal com revisão nº 993.03.076165-1 e Apelação Criminal com Revisão nº 993.08.023471-0.

⁸⁶ Apelação Criminal com revisão nº 993.07.104998-0, Apelação Criminal 9783103300 e Apelação Criminal 4658833100.

⁸⁷ Apelação Criminal com revisão nº 993.05.075173-2.

e dos direitos fundamentais que arrola, em especial da dignidade da pessoa humana. Deste modo, “afastada a graduação da resposta penal em face da lesão causada pelo crime, há nítida violação do princípio da proporcionalidade”. O relator prossegue ao ponderar que é inadmissível que o autor de um crime de atentado violento ao pudor - em se cuidando de ato de menor lesividade – possa estar sujeito a uma pena desproporcional, o que

implica em admitir que essa punição se faça, não em atenção ao dano causado, mas à necessidade de marcar indelevelmente a prática do ato com nota de ignomínia, regredindo-se a séculos de evolução do Direito Penal, retornando-se à censura de caráter nitidamente infamante.

Ao final dos acórdãos, reforça a necessidade de que seja imposta a justa medida da sanção penal ao reduzir a pena do apelante a 2 anos, e declara a inconstitucionalidade na Lei nº 8.072/1990, em relação ao dispositivo que elevou a pena do atentado violento ao pudor, “ao não diferenciar a gravidade das lesões ao bem jurídico tutelado, impossibilitando aplicação de penas proporcionais à ofensa causada”.

3. PRECEDENTES DA SÚMULA 231

Um dos principais argumentos encontrados nas decisões que negam a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal é a existência da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que esta modalidade de súmula só tenha o condão de uniformizar a jurisprudência do tribunal que a profere, vinculando seus juízes, ela foi argumento recorrente nos Tribunais Regionais Federais, objeto deste estudo. Mas a leitura dos acórdãos permitiu que identificássemos também várias decisões de instâncias inferiores que se opõem ao entendimento da Súmula.

Os cinco acórdãos que indicados pelo STJ como precedentes da Súmula nº 231 tiveram como recorrente o Ministério Público e, em um deles, o Ministério Público Federal.⁸⁸ Três destas decisões eram provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, uma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e uma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁸⁸ Em realidade são mencionados seis precedentes. No entanto um deles, o Recurso Especial 32344, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, j. 06.04.1993, não trata diretamente do tema, mas sim da distinção entre atenuantes e causas de diminuição.

No Recurso Especial nº 15.691⁸⁹, o Ministério Público do Paraná recorre da sentença de primeira instância que aplicou as sanções do art. 157, §2º, I e II abaixo do mínimo legal, por força da atenuante menoridade:

(...) é primário, razão pela qual fixo a pena-base em quatro anos de reclusão, que aumento de um terço, dadas as qualificadoras acima verificadas, o que dá o total de cinco anos e quatro meses de reclusão: sendo menor de 21 anos, diminuo um ano e quatro meses, totalizando quatro anos de reclusão, que torno definitiva.

O acórdão do TJ/PR confirmou a condenação, rebatendo o argumento do recorrente de que a pena deveria ser aplicada acima do mínimo legal, por se tratar do crime de roubo qualificado:

(...) Também a pena que lhe foi imposta não merece reparo, pois, além de ser levado em conta o fato de ele ser primário e menor de 21 anos, não houve qualquer erro no doseamento da mesma reprimenda, que não podia ser menor, nem maior, do que aquela fixada. Quanto à pretensão do Ministério Público, (...) conforme já observado na ocasião em que foi negado provimento ao seu recurso, vale repetir que a mesma foi fixada corretamente, não devendo ser diminuída, nem aumentada.

No Recurso Especial nº 49.500⁹⁰, apenas consta a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, decisão que reduziu a pena imposta no mínimo por força da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, alínea 'd'):

Confissão espontânea. Delito de autoria conhecida. Irrelevância. Atenuante obrigatória. Inteligência do art. 65, III, d, CP. A confissão espontânea perante a autoridade policial ou judiciária, ainda que não se trate de delito de autoria ignorada ou atribuída a outrem, configura a atenuante obrigatória. Pena. Fixação da pena básica. Incidência das agravantes e atenuantes obrigatórias. Inexistência de restrições pelos limites máximo e mínimo da cominação em abstrato. Exegese do art. 68 do CP.

As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65, todos do CP, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato.

Vale a pena chamar a atenção para o fato de o Tribunal admitir a inexistência de restrições à transposição dos limites das penas cominadas em abstrato, a partir da exegese do art. 68 do Código Penal.

⁸⁹ Recurso Especial nº 15.691, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, j.. 01.12.1992.

⁹⁰ Recurso Especial nº 49.500, Rel. Ministro Francisco de Assis Toledo, j. 29.06.1994.

Por fim, o Recurso Especial nº 46.182⁹¹ tem como recorrente o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios pleiteando a reforma de decisão do Tribunal de Justiça que também reduziu a pena aquém mínimo em razão da incidência da atenuante menoridade do réu. A decisão do Tribunal de Justiça confirmou decisão do juízo singular que condenou o réu como infrator do art. 157, §2º, II do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal e diminuiu 6 meses em virtude da menoridade e acrescentou um terço devido a causa de aumento prevista no inciso II do §2º do art. 157. Segundo o Ministério Público, esta decisão viola o art. 68 do Código, pois “somente as causas de aumento e de diminuição permitem a fixação da pena aquém ou além dos limites previstos no tipo”. O Tribunal de Justiça, por sua vez, manteve a decisão do juiz de primeiro grau, ao decidir ser

admissível a incidência da circunstância atenuante da menoridade relativa, sobre a pena-base fixada no mínimo legal, se o quantum em definitivo concretizado resta superior ao mínimo abstratamente cominado para sancionar o delito, desde que suficiente para que se reedueque o agente e preserve o organismo social.

Neste caso, o Tribunal parece haver recuado um pouco em relação às decisões mencionadas anteriormente. A possibilidade de redução aquém do mínimo parece ter sido permitida em razão da existência de causas de aumento, que colocaram a pena de volta acima do mínimo legal na terceira fase do cálculo. De todo modo, vale também chamar a atenção para a menção do tribunal à finalidade de “reeducação” do autor do delito. Uma finalidade que, como vimos no decorrer do relatório, não se encontra mencionada pelo legislador nas regras referentes à determinação judicial da pena, mas sim nas regras referentes à sua execução.

⁹¹ Recurso Especial nº 46.182, Rel. Ministro Jesus Costa Lima, j. 04.05.1994.

ANEXO 3

A pena mínima nas medidas de segurança.

INTRODUÇÃO

As medidas de segurança e, por extensão, seus prazos mínimo e máximo de execução, são objeto de poucos estudos jurídicos. Uma pesquisa realizada em fontes doutrinárias constatou que se menciona brevemente o instituto, em geral, no contexto de comentários à Parte Geral do Código Penal. Ainda mais escassos são os comentários às penas mínimas de 1 a 3 anos, previstas pelo art. 97, freqüentemente tratada de modo acrítico e superficial. Deste modo, o estudo da medida de segurança torna-se fundamental pois constitui um novo campo para a tematização da pena mínima no direito brasileiro.

O presente anexo não tem a intenção de apresentar exaustivamente todas as questões que envolvem a presença das medidas de segurança no direito atual, mas apenas sistematizar alguns argumentos doutrinários sobre a constitucionalidade ou não da aplicação da medida e de seu tempo de execução.

1. A MEDIDA DE SEGURANÇA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Código Penal de 1940 as medidas de segurança se dividiam em patrimoniais – interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco – e pessoais. As medidas de segurança pessoais, por sua vez, se dividiam em medidas detentivas (internação em manicômio judiciário ou em casa de custódia, tratamento e internação em colônia agrícola) e não detentivas (liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados lugares e exílio local). Neste Código, pela primeira vez, há previsão expressa de prazo mínimo para a medida de segurança.⁹² Na Exposição de

⁹² O Código Criminal de 1830 prevê, em seu art. 12.º, a destinação de inimputáveis que cometeram crimes: “Os loucos que tiverem commettidos crimes, serão recolhidos á casas para elles destinadas, ou entregues ás sua famílias, como ao Juiz parecer mais conveniente”. Redação semelhante está presente no art. 29 do Código Penal de 1890: “Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim o exigir para segurança do publico”.

Motivos do Código, os limites mínimos apresentam-se como uma limitação a atuação do juiz no momento da aplicação da medida de segurança:

Por sua própria natureza e fim, a medida de segurança é imposta por tempo indeterminado, isto é, até que cesse o “estado perigoso” do indivíduo a ela submetido. Está ela subordinada, estritamente, na sua aplicação e continuidade, à sua própria necessidade, cuja medida é a periculosidade do indivíduo, embora o projeto fixe, casuisticamente, a duração mínima, como um necessário limite ao arbítrio judicial.⁹³

O Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/1969), por sua vez, apresenta as mesmas espécies de medida de segurança do Código Penal de 1940 – pessoais ou patrimoniais – e ela pode ser imposta a civis, militares ou assemelhados, condenados a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, ou aqueles que de outro modo hajam perdido função, posto e patente, ou hajam sido excluídos das forças armadas. A internação aqui também tem o prazo mínimo entre 1 e 3 anos.

⁹³ O Código Penal de 1940 prevê os seguintes prazos de duração para as medidas de segurança: Art. 92. São internados em casa de custódia e tratamento, não se lhes aplicando outra medida detentiva:

I - durante três anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a dez anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;

II - durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a cinco anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;

III - durante um ano, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo não inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22

IV - durante seis meses, pelo menos, ainda que a pena aplicada seja por tempo menor, o condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez.

Parágrafo único. O condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22, é internado em casa de custódia e tratamento durante seis meses, pelo menos, ou, se mais conveniente, submetido, por igual prazo, a liberdade vigiada.

Internação em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.

Art 93. São internados em qualquer dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1º, n. III, segundo pareça ao juiz mais conveniente:

I - durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime doloso, se reincidente;

II - durante um ano, pelo menos:

a) o condenado a reclusão por mais de cinco anos;

b) o condenado a pena privativa de liberdade, se o crime se relaciona com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição.

Liberdade vigiada

Art. 94. Fora dos casos já previstos, aplica-se a liberdade vigiada durante um ano, pelo menos:

I - ao egresso dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1º, ns. II e III;

II - ao liberado condicional;

III - nos casos dos arts. 14 e 27;

IV - ao transgressor da proibição resultante do exílio local;

V - ao transgressor da proibição de frequentar determinados lugares;

VI - se a lei não especifica a medida de segurança aplicável.

A reforma penal de 1984 preservou somente as medidas detentivas e restritivas, sendo que a primeira consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a segunda, na sujeição ao tratamento ambulatorial.

A nova parte geral do Código Penal abandonou o sistema “duplo binário”, em que se aplicavam conjuntamente as pena e as medidas de segurança aos imputáveis e os semi-imputáveis e adotou o sistema vicariante ou unitário, ou seja, não mais se aplicam as medidas de segurança e pena, mas tão-somente uma ou outra, conforme a situação pessoal do infrator.

As medidas de segurança caracterizam-se pelo seu caráter indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade (art. 97, §1º, Código Penal), e não podem ser aplicadas aos imputáveis.

Com base nesse entendimento, enquanto não cessar a periculosidade do agente, a medida de segurança deverá ser mantida e aplicada com todos os seus caracteres (art. 97, §1º, CP).

A aplicação da medida de segurança exige a demonstração da existência de nexos causal entre a doença mental e o ato ilícito praticado, pois, a partir daí será analisada a periculosidade do agente sob o aspecto da probabilidade de reiteração da prática de outros crimes.

Após a promulgação da Constituição de 1988 e no contexto do Movimento de Luta Antimanicomial, diversos juristas passaram a defender a inconstitucionalidade da medida de segurança, seja pelas semelhanças em relação à aplicação de pena, seja pelo seu caráter indeterminado de duração.

De acordo com Paulo Jacobina, a reforma psiquiátrica descaracterizou a abordagem manicomial da medida de segurança e que a internação compulsória, tal como ela é feita com a medida de segurança, se dá somente em benefício da sociedade que se considera “agredida e ameaçada pelo inimputável que cometeu um fato descrito pela lei como típico” (2006, pg. 20). Deste modo, o modelo de medida de segurança, tal como é aplicado hoje, têm caráter claramente punitivo e, portanto, inconstitucional, pois foi aplicado a quem foi absolvido (impropriamente, na definição doutrinária), implicando responsabilização sem culpa.

Os autores que consideram a medida de segurança inconstitucional em razão de seu caráter indeterminado sustentam, em síntese, dois argumentos: (i) a não limitação

do art. 97 do Código Penal afronta a vedação constitucional a penas perpétuas (art. 5º, inc. XLVII, *b*), dado que é necessária a comprovação por laudo médico da cessação de periculosidade; (ii) a existência de prazos mínimos de internação são incompatíveis com o princípio da utilidade terapêutica do internamento (art.4º, §1º, Lei 10.216/2001) ou com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes crônicos (art. 5º, Lei 10.216/2001).

Assim, considerando o contexto no qual se insere os debates acerca da (in) constitucionalidade da medida de segurança e seus limites, o presente anexo tem por objetivo apresentar uma sistematização dos principais argumentos levantados acerca do tema no Brasil. Para tanto, ele está dividido em dois grandes tópicos: (i) o histórico do Movimento pela Lei de Reforma Psiquiátrica brasileira, documento fundamental para a discussão do tratamento da pessoa portadora de transtorno mental; e (ii) os argumentos preponderantes na doutrina brasileira acerca da existência ou não dos limites da medida de segurança.

2. MOVIMENTO PELA LEI DE REFORMA PSIQUIÁTRICA (LEI Nº 10.216/2001)

A partir da criação da Organização Mundial de Saúde surgiu uma nova concepção do termo “saúde”, que passou a ser considerado como “um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste somente em uma ausência de doença ou enfermidade” (SILVA FILHO, p. 84). Esta mudança também é percebida no campo da Psiquiatria, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando insurgem movimentos e comunidades que visam uma releitura da Psiquiatria e do próprio modelo asilar tradicional. No entanto, esta mudança limitou-se apenas aos aspectos técnicos da Psiquiatria, sem abordar a mudança do sistema de isolamento, que seria discutido somente no Movimento Italiano.

No final da década de 70 iniciou-se no Brasil um processo de questionamento e de forte crítica aos paradigmas do tratamento do paciente com transtorno mental, objetivando transformar o modelo de assistência centrada no hospital psiquiátrico, por meio de uma nova abordagem no tratamento desses pacientes. No ano de 1978 surge o movimento social denominado “Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental” (MTSM) constituído tanto por profissionais da área de saúde mental quanto por

familiares e pessoas com histórico de internações. O movimento denunciava maus tratos, negligência, más condições de trabalho e de higiene dos hospitais psiquiátricos, além de reivindicar os direitos dos pacientes psiquiátricos. Segundo Amarante (1998, p. 57) “o MTSM caracteriza-se por seu perfil não-cristalizado institucionalmente - sem a existência de estruturas institucionais solidificadas. A não institucionalização faz parte de uma estratégia proposital: é uma resistência à institucionalização”. O conceito “manicômio” não era entendido apenas como uma instituição, mas também todo aparato social que sustentava esta instituição. A principal consequência da resistência promovida pelo MTSM é a adesão de outros segmentos ao Movimento, como familiares e pessoas portadoras de transtornos mentais, culminando no “Movimento de Luta Antimanicomial”.

Em meados dos anos 80 solidifica-se a idéia de desconstrução do modelo antigo de instituição, já falido, e a criação de um novo, como parte das políticas de saúde do Estado. Em 1987, profissionais da saúde realizaram o II Congresso Nacional MTSM, e adotam o lema: “Por uma sociedade sem manicômio”. No Congresso, o Projeto de Lei nº 3.657/1989, de autoria de Paulo Delgado traz ao debate social a realidade da assistência psiquiátrica, consolidando a proposta de desinstitucionalização e o papel da Reforma no âmbito jurídico-social.

O Projeto de Lei tinha como principal proposta a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios no país. Estabelecia tratamentos alternativos e previa a interferência de uma autoridade judiciária para decidir pela internação ou não, medida que deveria ser solicitada pelo próprio paciente.

A Lei Paulo Delgado acabou sendo rejeitada, mas, em compensação, foi aprovado um substitutivo que aperfeiçoou muitos aspectos do modelo assistencial psiquiátrico brasileiro. No ano de 2001 é aprovada a Lei n. 10.216, na qual foi estabelecido um novo modelo assistencial psiquiátrico brasileiro. Optando por um sistema regionalizado, a Lei propugna a criação de equipes multidisciplinares, abarcando não somente profissionais da área de saúde, mas toda a sociedade. Pode-se afirmar que a lei visa proteger estes cidadãos de violações sistemáticas de seus direitos e garantias, promovendo um tratamento justo e igual em todos os âmbitos da vida, uma vez que a lei considera como finalidade permanente do tratamento a reinserção social do paciente em seu meio (art. 4º, §1º).

De acordo com Paulo Jacobina (2006, p. 16), a reforma psiquiátrica promovida contempla os seguintes parâmetros: “**a)** abordagem interdisciplinar da saúde mental, sem prevalência de um profissional sobre o outro. **b)** Negativa do caráter terapêutico do internamento. **c)** Respeito pleno da especificidade do paciente, e da natureza plenamente humana da sua psicose. **d)** Discussão do conceito de “cura”, não mais como “devolução” ao paciente de uma “sanidade perdida”, mas como trabalho permanente de construção de um “sujeito” (eu) ali onde parece existir apenas um “objeto” de intervenção terapêutica (isso). **e)** A denúncia das estruturas tradicionais como estruturas de repressão e exclusão. **f)** A não-neutralidade da ciência. **g)** O reconhecimento da interrelação estreita entre as estruturas psiquiátricas tradicionais e o aparato jurídico-policial”.

A Lei trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, sem excluir do seu texto os portadores de transtornos que tenham cometido crime, de modo que também esses são atingidos pela nova regulamentação.

3. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS DA MEDIDA DE SEGURANÇA

3.1 Limites máximos

De acordo com o disposto no §1º do art. 87 do Código Penal, a medida de segurança será por tempo indeterminado, persistindo até a cessação de periculosidade do agente, a ser comprovada por laudo médico. Não há qualquer referência à primeira internação do inimputável ou mesmo prorrogação da medida de segurança. “Isso significa, na prática, que a medida de segurança no Brasil pode ter caráter perpétuo” (GOMES, 2005).

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 proíbe a pena de caráter perpétuo, diversos juristas indicam limites ao instituto. Luís Flávio Gomes entende que o limite imposto pela constituição e pelo art. 75 do Código Penal – que limita o cumprimento da pena de prisão em trinta anos – também incide nas medidas de segurança, pois a medida de segurança detentiva tem caráter aflitivo. “Na essência, portanto, a pena de prisão não

difere em nada da internação: ambas privam a pessoa de sua liberdade em razão do cometimento de um delito, ambas são aflitivas”.⁹⁴

LEVORIN (2004) remete o problema ao princípio da legalidade, segundo o qual está assegurado ao inimputável o conhecimento da quantidade da intervenção estatal, seja imputável, seja inimputável, na pena ou na medida de segurança. “Se a intervenção estatal deve ser regrada e limitada, a medida de segurança só poderá ser aplicada na quantidade e limites previamente conhecidos pela legalidade penal, não podendo ser absolutamente indeterminada na duração, sob pena de intervenção perpétua”.

Assim, entende que o limite máximo de intervenção estatal, será o máximo de pena prevista em abstrato e, por decorrência, também o será para a medida de segurança. Reconhece, deste modo, a inconstitucionalidade do §1º do art. 97, pois afronta o princípio constitucional da legalidade.⁹⁵

Há ainda posicionamentos que restringem o limite temporal de cumprimento da medida de segurança para os semi-imputáveis, que tiveram suas penas substituídas por medida de segurança, o cumprimento desta não poderia exceder a duração da pena⁹⁶ e o

⁹⁴ GOMES menciona um julgamento de *Habeas Corpus*, ainda não concluído no Supremo Tribunal Federal, no qual se discute o limite máximo de duração da medida de segurança: “STF (HC 84.219, j. de 09.11.04, ainda não concluído) – cf. Informativo 369 do STF, rel. Min. Marco Aurélio – que está enfatizando o seguinte: “A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a extinção de medida de segurança aplicada à paciente, diagnosticada como doente mental pela prática do delito de homicídio, cujo cumprimento, em hospital de custódia e tratamento, já ultrapassara trinta anos. A impetração é contra decisão do STJ que indeferira a mesma medida, sob o fundamento de que a lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, somente condicionada à cessação da periculosidade do agente. Sustenta-se, na espécie, com base no disposto nos artigos 75 do CP e 183 da LEP, estar a medida de segurança limitada à duração da pena imposta ao réu, e que, mesmo persistindo a doença mental e havendo necessidade de tratamento, após a declaração da extinção da punibilidade, este deve ocorrer em hospital psiquiátrico, cessada a custódia. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o writ para que se implemente a remoção da paciente para hospital psiquiátrico da rede pública, no que foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. **Considerou que a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua se aplica à custódia implementada sob o ângulo de medida de segurança, tendo em conta, ainda, o limite máximo do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a que alude o art. 75 do CP, e o que estabelece o art. 183 da LEP, que delimita o período da medida de segurança ao prever que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, dessa forma, ser mais gravosa do que a própria pena.** Com base nisso, concluiu que, embora o §1º do art. 97 do CP disponha ser indeterminado o prazo da imposição de medida de segurança, a interpretação a ser dada a esse preceito deve ser teleológica, sistemática, de modo a não conflitar com as mencionadas previsões legal e constitucional que vedam a possibilidade de prisão perpétua. Após, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence”. (grifamos)

⁹⁵ No mesmo sentido, PELUSO (2007).

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral, volume 1. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 605.

mesmo raciocínio caberia para aqueles que forem acometidos de doença mental no curso do cumprimento da pena.⁹⁷

3.2 Limites mínimos

Ainda que a maior parte das referências bibliográficas encontradas refira-se exclusivamente à regulação dos limites máximos da medida de segurança, foi possível encontrar alguns autores que defendem a inconstitucionalidade do instituto sob a perspectiva do prazo mínimo de 1 a 3 anos .

Para Fábio Roque ARAÚJO (2007), o estabelecimento prévio deste prazo mínimo de cumprimento colide com os fundamentos e objetivos almejados pela medida de segurança, uma vez que pode ocorrer de o juiz, na sentença, fixar período mínimo de 3 anos de cumprimento da medida de segurança e, em menos de 1 ano, haver sanado a doença ou perturbação da saúde mental que originava a periculosidade do agente. Araújo sustenta ainda que a edição da Lei 10.216/2001 restringiu as hipóteses de aplicação da medida de segurança, consagrando a necessidade de aferição casuística, não apenas da periculosidade do inimputável, mas da viabilidade de sua recuperação mediante a adoção da internação, em qualquer circunstância.

Paulo QUEIROZ (2006, p. 22) reconhece que a fixação de prazos mínimos restou revogada, pois são incompatíveis com o princípio da utilidade terapêutica do internamento (art.4º, §1º) ou com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes crônicos (art. 5º). Além disso, defende que a presunção de periculosidade e seu tratamento em função do tipo de delito que cometeu, baseado em prazos fixos e rígidos, estão incompatíveis com as normas que visam a reinserção social do paciente⁹⁸.

Ao comentar o estudo de JACOBINA⁹⁹, QUEIROZ defende a existência do caráter punitivo das medidas de segurança, além de que as finalidades das penas e medidas de segurança seriam essencialmente as mesmas: “prevenir, em caráter geral e

⁹⁷ DELMANTO, Celso; MIRABETE, Júlio, *apud* PRADO, Luis Régis, op. cit., p. 610.

⁹⁸ Eduardo Reale FERRARI (2001, p. 196) menciona que a Comissão que elaborou Anteprojeto à Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 enunciou expressamente a possibilidade de realizar a perícia médica a qualquer tempo, sendo obrigatória, no mínimo, a cada seis meses. “De acordo com o Anteprojeto, portanto, inexistirão limites mínimos obrigatórios quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais, a demonstrar que seu fim essencial constitui o tratamento e não a prevenção geral positiva”.

⁹⁹ JACOBINA, Paulo. Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Artigo publicado no Boletim dos Procuradores da República nº. 70. Disponível em <http://www.anpr.org.br/boletim/>. Último acesso em 23.03.2009.

especial, novos crimes, como forma subsidiária de proteção de bens jurídicos” (2006, p. 23). Deste modo, entende que a única distinção possível a ser feita entre ambas é que as penas são aplicadas aos imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis. Em conclusão, QUEIROZ argumenta que a sentença que aplica medida de segurança há de exigir todos os pressupostos da pena, devendo-se proceder, inclusive, à individualização nos termos do determinado, quanto ao tempo mínimo e máximo de duração, ajustando-a aos princípios constitucionais.

É neste mesmo sentido que se posiciona Amilton Bueno de Carvalho:

PROCESSUAL PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DE PENAS PERPÉTUAS OU DE outro MODO ABUSIVAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DOS LIMITES MÁXIMO E MÍNIMO.

- É inconstitucional a indeterminação de limite máximo, bem como, abusivo, prolongado e excessivo o prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade do agente, previstos no art. 97, do Código Penal, à imposição de Medidas de Segurança.

- A Constituição Federal veda expressamente a imposição de sanção penal que possa assumir caráter perpétuo ou que possa ser, de qualquer forma, abusiva (art. 5, XLVII e alíneas) – assim, ancorada nos princípios fundamentais (freios libertários ao poder punitivo estatal) impõe a maior aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos.

- A dignidade da pessoa humana, isonomia e mitigação da dupla violência punitiva – dos delitos e das penas arbitrárias (no dizer de Ferrajoli) – restam, então, aqui contempladas da seguinte forma: **fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como, a fixação do prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade em 01 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se a comece a investigar no menor tempo possível)**, devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo.

- À unanimidade deram parcial provimento ao apelo. (Apelação Crime Nº 70010817724, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Cachoeira do Sul, Jorge Eloy Nascimento Barbosa, apelante e Ministério Público apelado)” (grifamos).

4. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AMARANTE, Paulo. Rumo ao fim dos manicômios. Revista Mente e Cérebro. Edição 164, setembro de 2006. Disponível em: http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/rumo_ao_fim_dos_manicomios.html. Último acesso em 23.03.2009

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Medida de segurança: caráter residual da internação. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1494, 4 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10216>>. Acesso em: 22 03. 09.

- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Prazos (mínimo e máximo) das medidas de segurança. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1738, 4 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11119>>. Acesso em: 23 mar. 2009
- DIAS TEIXEIRA, Francisco. Medida de segurança, interdição ou prisão civil? Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.73, p. 06-07-08, dez. 1998.
- FERRARI, Eduardo Reale. Medida de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, v.1, tomo II. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Coordenação Maíra Rocha Machado, Denise Garcia.
- GOMES, Luis Flávio. O Louco Deve Cumprir Medida De Segurança Perpetuamente? Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/{B1EB1120-5CB9-4E75-95C7-B82AE42055DC}_1.pdf. Último acesso: 23.03.09.
- JACOBINA, Paulo. Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Artigo publicado no Boletim dos Procuradores da República nº. 70. Disponível em <http://www.anpr.org.br/boletim/>. Último acesso em 23.03.2009.
- LEVORIN, Marco Polo. Direitos humanos e medida de segurança. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.141, p. 6-7, ago. 2004.
- MENEZES, Ana Paula dos Santos. O tratamento previsto na Lei de Tóxicos e a Medida de Segurança - Aspectos e Diferenças. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 21.07.2004.
- PANTALEÃO, Juliana Fogaça. Medida de segurança e reforma da Lei de Execução Penal. Disponível na internet www.ibccrim.org.br, 09.06.2004.
- PENTEADO, Jaques de Camargo, MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.58, p. 10, set. 1997.
- PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A medida de segurança de internamento para inimputáveis e seu prazo máximo de execução. Disponível em: www.editorajuspodivm.com.br/i/f/%7B1D000601-34CD-453A-A7CD-F866160363D4%7D_amedida.pdf. Último acesso em 23.03.2009.
- PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral, volume 1. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- QUEIROZ, Paulo. Inconstitucionalidade das medidas de segurança? Artigo publicado no Boletim dos Procuradores da República nº. 70. Disponível em <http://www.anpr.org.br/boletim/>. Último acesso em 23.03.2009.
- QUEIROZ, Paulo. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: ano 12, nº 147, fevereiro, 2005.
- SILVA, Claudine Menezes da. Limitação temporal da medida de segurança. Disponível na internet www.ibccrim.org.br 01.02.2008.
- SILVA FILHO, J. F.. A medicina, a psiquiatria e a doença mental. In: TUNDIS, S.A. e COSTA N.R. (org). Cidadania e Loucura: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis, Vozes-Abrasco, 1987.

ANEXO 4

As formas de expressar a pena mínima na legislação em vigor e a ausência de tematização sobre esses formatos nos debates parlamentares.

INTRODUÇÃO

A partir do SISPENAS¹⁰⁰ foi possível identificar com precisão as formas de redigir normas de sanção na legislação penal em vigor.

Na primeira parte do anexo apresentaremos as principais informações que podem ser extraídas do SISPENAS em relação às penas mínimas: o montante de tipos penais vinculados a normas de sanção que estabelecem um mínimo e um máximo de pena de prisão (1.1.) e a quantidade de tempo que aparece com mais frequência em nossa legislação (1.2.).

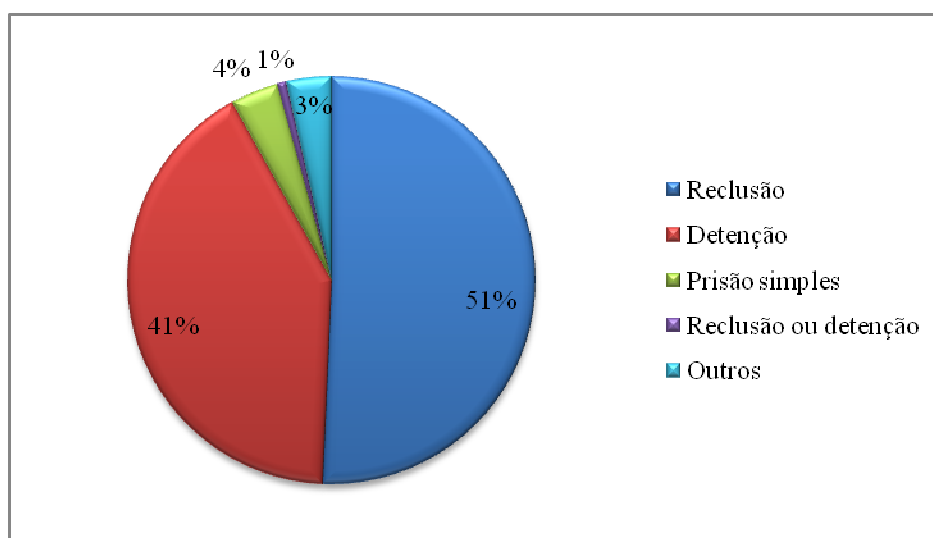
Na segunda parte, percorremos as pontuais exceções à regra “mínimo e máximo de pena de prisão” com vistas a ilustrar algumas das possibilidades e alternativas que nossa legislação contempla, ainda que muito residualmente (2.1.). Em seguida, indicamos a lista de debates legislativos em que poderíamos haver encontrado justificativas para essas alterações no padrão de redigir normas penais (2.2.)

1.1 Tipos penais que estabelecem um mínimo e um máximo de pena de prisão

O Gráfico 1 apresenta a frequência de utilização das penas de reclusão, detenção e prisão simples no ordenamento jurídico brasileiro. Nos 4% classificados como “outros” estão os tipos penais para os quais está prevista apenas a pena de multa, além de situações especiais como a incidência de perdão judicial ou os crimes aos quais não está prevista punição, como o aborto humanitário e o aborto terapêutico.

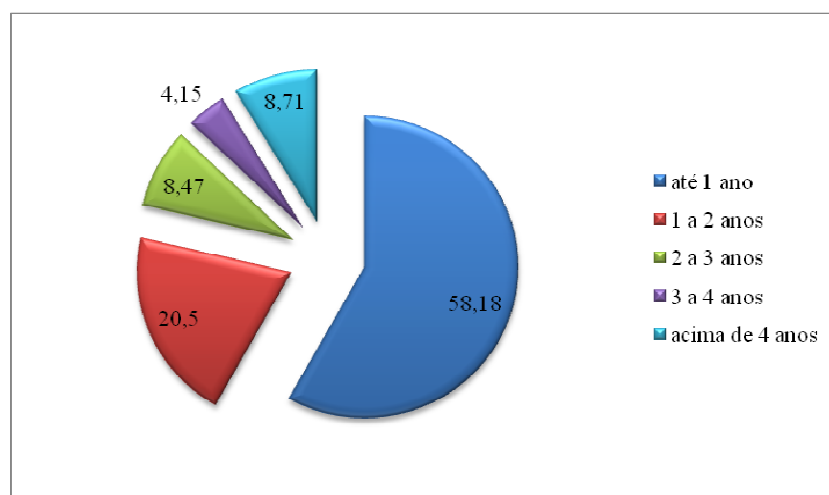
¹⁰⁰ Para mais informações sobre o Sispensas, ver MACHADO e MACHADO, 2008, em <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B812AA745-664D-467C-BC46-1A9F2ED05E27%7D&ServiceInstUID=%7B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%7D>.

Gráfico 1 – Espécies de pena previstas nos tipos penais (em porcentagem)



Em relação ao limite inferior da pena, é interessante notar que a maior parte dos tipos penais em vigor prevê pena mínima de até dois anos (78,68% do total), com uma expressiva concentração na faixa de pena até um ano (58,18%).

Gráfico 2 – Distribuição dos tipos (em porcentagem) de acordo com a pena mínima (intervalo de 1 ano)



Quando se estratifica o total de tipos com pena mínima de até um ano, verifica-se que as faixas que concentram o maior número de tipos penais são (1) até dois meses, que abarca mais de 20% do total de tipos e (2) de 10 a 12 meses. É importante observar que mais de 18% do total de tipos, considerando tanto o Código Penal quanto a

legislação penal especial, têm a pena mínima igual a um ano. No intervalo entre um e dois anos, o valor mais expressivo é o da faixa que vai de 22 meses a dois anos (13,03%), sendo que a quase totalidade dessa porcentagem corresponde a tipos com previsão de pena mínima igual a dois anos.

1.2 Distribuição dos percentuais de tipos penais de acordo com a pena mínima

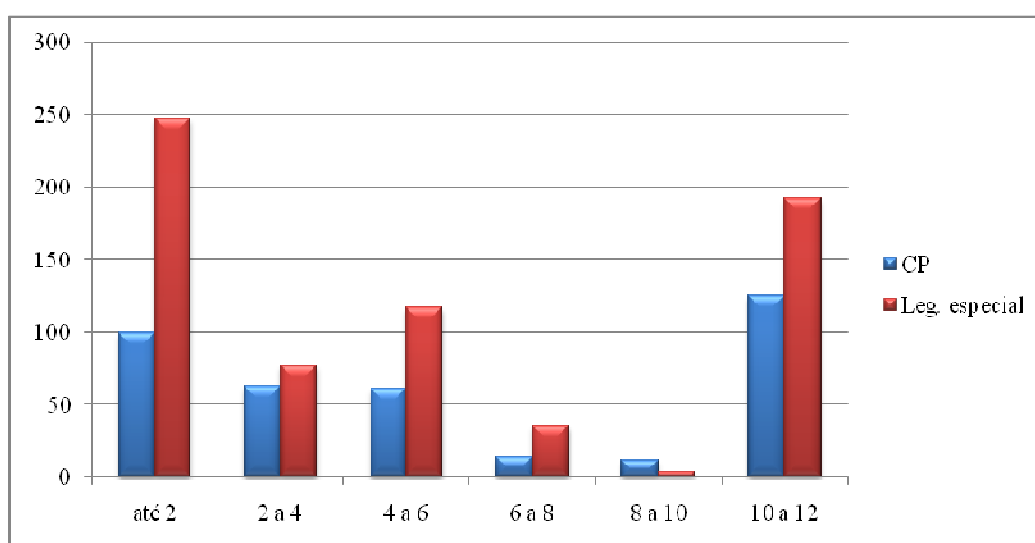
Tabela 1 – Distribuição dos tipos (em porcentagem) com pena mínima até 1 ano

	Até 2	+2 a 4	+4 a 6	+6 a 8	+8 a 10	+10 a 12
CP	5,92	3,73	3,61	0,83	0,71	7,41
Leg. Especial	14,69	4,56	6,93	2,13	0,24	11,43
Total	20,61	8,29	18,83	2,96	0,95	18,84

Tabela 2 – Distribuição dos tipos (em porcentagem) com pena mínima de 1 a 2 anos (por intervalo de 2 meses)

	+12 a 14	+14 a 16	+16 a 18	+18 a 20	+20 a 22	+22 a 24
CP	0,47	2,25	0,77	0	0	5,09
Leg. Especial	1,01	1,42	0,65	0,53	0,36	7,94
Total	1,48	3,67	1,42	0,53	0,36	13,03

Gráfico 3 – Distribuição dos tipos (em porcentagem) com pena mínima até 1 ano (por intervalo de 2 meses)



2.1 Estruturas normativas presentes na legislação penal em vigor no Brasil

Em uma consulta ao SISPENAS, aferiu-se que 96% dos tipos penais cadastrados apresentam a norma de comportamento ligada à norma de sanção de privação de liberdade com previsão de um mínimo e um máximo. Os 4% restantes dizem respeito a quatro possibilidades:

1. Norma de comportamento justaposta exclusivamente a uma norma de sanção de multa. É o caso de dispositivos presentes na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/1941):

Art. 22. Receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental:

Pena: multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

2. Normas de comportamento e de sanção justapostas, e a pena mínima localizada em local diverso da mesma lei. No Código Eleitoral, a indicação de pena mínima situa-se nas “Disposições Preliminares” do Capítulo I do Título IV (Disposições Penais):

Art. 284. Sempre que êste Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.

A norma de comportamento, por sua vez, encontra-se localizada nos crimes em espécie (Capítulo II), sem a indicação de grau mínimo para a pena privativa de liberdade. A pena de multa, sim, é redigida na forma mínimo-máximo:

Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente eleitor:

Pena: Reclusão até cinco anos e pagamento de cinco a 15 dias-multa.

3. A norma de sanção está ligada à norma de comportamento, mas não há indicação de grau mínimo de pena privativa de liberdade, nem no próprio tipo nem em disposições gerais da lei. É o que ocorre na Lei 6.538/1978:

Art. 36 - Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal:

Pena: reclusão, até oito anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

4. A norma de comportamento está atrelada à norma de sanção que não pena de prisão e tampouco de multa, mas sim por penas que são comumente denominadas como “alternativas”, como dispõe o art. 28 da Lei 11.343 de 2006¹⁰¹:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Dessa forma, podemos perceber que a justaposição de norma de conduta a norma de sanção aflictiva (prisão ou multa) é a regra geral de nossa legislação. A única exceção, nesse sentido, é o art. 28 da Lei de Drogas que acabamos de mencionar. Apenas esse caso e a Lei de Correios não indicam um patamar mínimo obrigatório.

2.2 Debates legislativos

A fim de identificar possíveis debates sobre a opção legislativa das estruturas acima especificadas, solicitamos à Secretaria de Assuntos Legislativos exposições de motivos e debates legislativos das seguintes leis:

- **Lei 4.117/1962** (Código Brasileiro de Telecomunicações);
- **Lei 4.898/1965** (Lei de Abuso de Autoridade);
- **Lei 6.416/1977** (dá nova redação ao art. 323 do Código de Processo Penal para vedar a fiança nos crimes punidos com pena de reclusão, quando “superior a dois anos o máximo da pena cominada”, os crimes cuja “pena mínima cominada for superior a dois anos”);
- **Lei 6.538/1978** (Lei dos Serviços Postais);

¹⁰¹ Em 2006, com a entrada em vigor da nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06), o direito penal brasileiro volta a ter norma penal em formato distinto do padrão “norma de conduta + norma de sanção (mínimo e máximo de reclusão ou detenção)”. Abaixo da descrição típica do porte de drogas, que permaneceu sendo denominado “crime”, a nova lei estabeleceu como sanção penal a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa. Trata-se de alteração que inovou o sistema de justiça criminal, mesmo que acidentalmente. Ver, nesse sentido, PIRES e CAUCHIE (2008).

- **Lei 8.072/1990** (Lei dos Crimes Hediondos);
- **Lei 8.930/1994** (altera a redação do art. 1º da Lei 8.072);
- **Lei 9.034/1995** (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas);
- **Lei 9.099/1995** (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais);
- **Lei 9.303/1997** (altera o art. 8º da Lei 9.034);
- **Lei 9.695/1997** (acrescenta incisos ao art. 1º da lei 8.072);
- **Lei 10.217/2001** (altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034);
- **Lei 10.259/2001** (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais);
- **Lei 11.343/2006** (Lei de Tóxicos);
- **Lei 11.464/2007** (dá nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/1990)

Na análise destes documentos não encontramos qualquer menção às penas mínimas.

3. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. SISPENAS: Sistema de Consultas sobre Crimes, Penas e Alternativas à Prisão. Revista Jurídica Virtual. Presidência da República, v. 10, p. 23, 2008

PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos” in Novos Estudos CEBRAP, n º 68, março de 2004, p. 39-60

PIRES, Alvaro, CAUCHIE, Jean-François. Un cas d’innovation ‘accidentelle’ en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues. Disponível em: <http://champpenal.revues.org/document1541.html>. Último acesso em 14.08.2009.

ANEXO 5

Alteração das normas de sanção da Parte Especial do Código Penal brasileiro¹⁰²

INTRODUÇÃO

Entre as 69 alterações à Parte Especial do Código Penal brasileiro entre 1940 e outubro de 2009: 8 dizem respeito apenas à norma de comportamento; 13 dizem respeito à norma de sanção; e 48 dizem respeito a ambas.

Entre as 61 normas de sanção modificadas, em 42 casos houve modificação dos mínimos e máximos de pena de prisão previstos no tipo. Os 19 casos restantes englobam as situações descritas a seguir. Em 8 casos houve apenas a eliminação do valor da multa prevista no tipo. São os casos da receptação (art. 180, *caput*), receptação culposa (art. 180, §3º), crime contra a patente de invenção ou de modelo de utilidade (art. 184, *caput*), concorrência desleal (art. 195, *caput*), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203, *caput*), aliciamento para o fim de emigração (art. 206, *caput*), fraude de lei sobre estrangeiro (art. 309, parágrafo único) e falsidade em prejuízo de nacionalização de sociedade (art. 310, *caput*). Em 7 casos houve acréscimo da pena de multa (art. 149, *caput*; art. 215, parágrafo único; art. 228, *caput*; art. 231, *caput*; art. 231, §2º, III; art. 231, §2º, IV; art. 242, parágrafo único). Em outros 3 casos houve modificação nas causas de aumento ou de diminuição: receptação de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista (art. 180, §6º), tráfico de influência (art. 332, parágrafo único), corrupção ativa de testemunha ou perito (art. 333, parágrafo único). A última modificação em norma de sanção sem

¹⁰² Além das normas presentes na parte especial do Código Penal, estão incluídas as normas referentes à propriedade industrial, presentes nos arts. 183 – 196 da Lei nº. 9.279 de 14 de maio de 1996. Esta lei revogou os arts. 187-196 do Código Penal, que tinham por objeto os crimes contra o privilégio da invenção, os crimes contra as marcas de indústria e comércio e os crimes de concorrência desleal. A Lei nº.9.279 tipifica crimes contra as patentes, crimes contra os desenhos industriais, crimes contra as marcas e crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda e crimes de concorrência desleal. Para o levantamento apresentado neste anexo, no que diz respeito aos crimes contra a propriedade intelectual, foram comparadas as penas dos crimes já previstos no Código Penal e que tiveram redação alterada pela nova lei. Foram desconsiderados os tipos que criaram condutas não previstas originariamente pelo legislador de 1940. É o caso, por exemplo, do antigo artigo 190, que trata do crime de falsa declaração de depósito em modelo ou desenho, e não tem correspondente na Lei n. 9.279.

alteração da pena privativa de liberdade diz respeito à inclusão da possibilidade de perdão judicial no parto suposto (art. 242, parágrafo único).

As 42 modificações nas normas de sanção que alteraram o quantum da pena privativa de liberdade podem ser agrupadas da seguinte forma:

- **21 aumentaram o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade** (art. 187, *caput*; art. 188, *caput*; art. 191, *caput*; art. 207, *caput*; art. 213, *caput*; art. 215, *caput*; art. 218, *caput*; art. 244, *caput*; art. 245, *caput*; art. 272, *caput*; art. 272, §2º; art. 273, *caput*; art. 273, §2º; art. 274, *caput*; art. 275, *caput*; art. 276, *caput*; art. 277, *caput*; art. 316, §1º; art. 317, *caput*; art. 333, *caput*; art. 343, *caput*);
- **11 aumentaram apenas o mínimo da pena privativa de liberdade** (art. 157, §3º - resultado lesão corporal e resultado morte; art. 159, *caput*; art. 159, §1º; art. 159, §2º; art. 159, §3º; art. 184, §1º; art. 184, §2º; art. 267, *caput*; art. 270, *caput*; art. 332, *caput*);
- **1 aumentou apenas o máximo da pena privativa de liberdade** (art. 172, *caput*);
- **4 diminuíram o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade** (art. 184, *caput*; art. 185, *caput*; art. 192, *caput*; art. 193, *caput*);
- **1 diminuiu apenas o mínimo da pena privativa de liberdade** (art. 183, *caput*);
- **1 diminuiu apenas o máximo da pena privativa de liberdade** (art. 194, *caput*);
- **1 aumentou o mínimo e diminuiu o máximo da pena privativa de liberdade** (art. 172, *caput*);
- **1 diminuiu o mínimo e aumentou o máximo da pena privativa de liberdade** (art. 129, §9º);
- 1 eliminou a pena de multa (art. 230, §2º).

Essas mesmas 42 normas de sanção podem ser agrupadas de acordo com a modificação ou manutenção do mínimo e do máximo. Dessa forma, temos:

- **Em 21 casos houve aumento da mínima e a da máxima;**
- **Em 11 casos houve aumento da mínima e manutenção da máxima;**

- **Em 4 casos houve diminuição da mínima e diminuição da máxima;**

As demais hipóteses de combinação contemplam um único caso. São elas: manutenção da mínima e aumento da máxima; manutenção da mínima e diminuição da máxima; diminuição da mínima e manutenção da máxima; aumento da mínima e diminuição da máxima; diminuição da mínima e aumento da máxima; e, enfim, uma hipótese de eliminação da pena de multa, com manutenção do mínimo e máximo.

ANEXO 6

Estudo de legislação estrangeira: o papel da pena mínima, a dosimetria e o quantum em crime de homicídio e furto simples a partir dos códigos penais de treze países

INTRODUÇÃO

Para a realização desse estudo sobre o papel da pena mínima em legislações estrangeiras, propusemo-nos a identificar a forma de redação das sanções penais nos códigos penais em 13 países. A escolha foi determinada por três critérios: (i) o acesso à informação e sua confiabilidade¹⁰³ e (ii) a relevância do material encontrado para o debate sobre a pena mínima. Do ponto de vista das fontes utilizadas para esse estudo, limitamo-nos aos códigos penais de cada país, deixando de lado leis extravagantes, bem como a doutrina e a jurisprudência.

Os códigos penais dos países que atendiam a esses critérios foram localizados na internet. Foram desconsiderados os códigos que não puderam ser encontrados em um sítio eletrônico governamental, por ausência de confiabilidade da informação¹⁰⁴.

Tendo em vista que o objetivo é explorar a diversidade de formulações em legislações estrangeiras, também foram excluídos países cujo sistema de aplicação de penas fosse muito semelhante a algum já analisado¹⁰⁵.

Por último a complexidade do sistema e a dificuldade de compreensão na sua aplicação também levaram à exclusão do sistema moçambicano.

Assim, os países ou territórios constantes nesta comparação são:

- Andorra;
- Cabo-Verde;
- Chile;
- Colômbia;
- Cuba;
- Espanha;
- Macau;

¹⁰³Assim, para este relatório foram selecionados países cuja língua oficial seja o português, o inglês, o francês, o espanhol, o italiano e o catalão. Os códigos da Alemanha e Áustria não foram observados. No caso da Suíça, utilizou-se o Código na versão em italiano.

¹⁰⁴Caso da Itália.

¹⁰⁵Em razão deste filtro, os códigos da Bolívia, Costa Rica e Guatemala não foram aproveitados.

- México;
- Nova Zelândia;
- Portugal;
- Suíça;
- Uruguai e
- Venezuela.

Feita a seleção final daqueles países que seriam úteis ao relatório, decidiu-se pelos principais pontos para análise.

Tentou-se ao máximo manter a redação original das normas, para que não houvesse nenhuma influência do tradutor na explicação dos sistemas. Assim, sempre que possível o texto estará na língua original.

1. RESULTADOS OBTIDOS

1.1 Formas de expressar a pena

Reunimos essas codificações ao redor de 4 modelos, apresentados a seguir. Há códigos que utilizam mais de um modelo e, portanto, aparecem mais de uma vez

1.1.1 Sistema de mínimos e máximos previstos no tipo penal (Código Penal Francês de 1810)

- Andorra
- Cabo-verde
- Colômbia
- Cuba
- Espanha;
- Macau
- México
- Portugal
- Suíça
- Uruguai
- Venezuela

1.1.2 Sistema sem menção a pena mínima obrigatória na codificação

- Andorra
- Nova Zelândia

1.1.3 Sistema com mínimo definido na parte geral

- Cabo-verde
- Macau
- México
- Portugal
- Suíça

1.1.4 Sistema de penas graduadas

- Chile

1.2 A possibilidade de redução aquém da pena mínima

a) Na Suíça, há disposição legal que permite ao juiz reduzir a pena mínima imposta na parte especial qualquer seja o crime.

1.3 O sistema utilizado para o cálculo da pena

a) No Chile, as penas são todas pré-definidas na parte geral. Na parte especial, os tipos somente fazem referência àquelas penas, assim, qualquer alteração quantitativa em uma das penas da parte geral afetará igualmente todos os crimes aos quais aquela pena é cominada;

b) Na Nova Zelândia, o juiz deve primeiramente definir os objetivos que ele espera para então definir qual a pena aplicável.

1.4 A influência da pena mínima no cálculo da pena

a) Na Colômbia, dependendo de algumas circunstâncias – como a gravidade do crime, por exemplo – o juiz deve estabelecer novos mínimos e máximos dentro daqueles já definidos na pena;

b) Na Venezuela, a pena mínima é utilizada para a fixação da pena média e esta é pena base para a dosimetria.

1.5 A existência de fatores que diminuam o quantum da pena mínima

a) Em Cabo-Verde, há atenuantes que permitem a redução livre da pena e que permitem sua redução para aquém do mínimo legal, até o limite de um terço do valor da pena mínima;

b) Em Cuba, quando houver a incidência de diversas atenuantes, o tribunal pode reduzir a pena para até metade do mínimo cominado;

c) Em Macau, as atenuantes especiais previstas na parte geral podem reduzir o limite mínimo da pena de prisão a um quinto se esta for igual ou superior a 3 anos ou ao mínimo legal (um mês) se for inferior;

d) Portugal, quando incide uma atenuação especial da pena, o limite mínimo previsto para o tipo deve ser reduzido para um quinto do seu valor original, mas deve ficar acima do limite mínimo de um mês estabelecido na parte geral.

1.6 A liberdade do juiz ao sopesar os fatores que aumentam ou diminuem a pena

a) Em Andorra, nos crimes considerados de menor potencial ofensivo (pena máxima inferior a dois anos) não há nenhum tipo de previsão de mínimo legal;

b) Em Cabo-Verde, havendo o concurso de mais de uma atenuante, o tribunal pode isentar o réu da pena;

c) Na Colômbia, caso o réu viva em situação de extrema marginalização, ignorância ou pobreza e estas situações tenham influenciado no cometimento do delito, a pena deve ser estabelecida entre a metade da pena máxima aplicável e um sexto do valor da pena mínima previstas para o tipo;

1.7 Quando há exposição de motivos, há referência as razões da existência da pena mínima?

a) Em Andorra, a exposição de motivos afirma que para os crimes de menor potencial ofensivo o juiz deve ter total liberdade no momento da imposição da pena, por isso não há mínimo obrigatório;

b) Em Cabo-Verde, há um mínimo de três meses de prisão definido na parte geral. A exposição de motivos afirma que esse período é o mínimo necessário para a reabilitação do indivíduo;

1.8 *Publicação de sentence como alternativa à prisão*

a) No México, há 13 alternativas à prisão, entre elas a publicação especial da sentença e o *apercebimiento* – uma ameaça do poder judiciário ao condenado para que este não volte a cometer o delito.;

b) Na Suíça, há uma sanção alternativa cujo único efeito é a publicação da sentença.

1.9 *A obrigatoriedade da imposição da pena*

a) Em Andorra, nos crimes considerados de menor potencial ofensivo, o tribunal pode isentar o réu de pena, caso este já tenha demonstrado estar reinserido na sociedade ou caso se considere que a pena só prejudicaria sua situação.

b) Na Nova Zelândia, mesmo após a condenação, o tribunal pode adiar a imposição da pena para permitir ao acusado reparar o dano e participar de programas de reabilitação. Ao final desse período, o tribunal pode eximir o condenado da pena;

c) Em Portugal, o Tribunal pode eximir alguém da pena, apenas declarando-o culpado, caso a pena de prisão seja inferior a seis meses e sejam pequenas a ilicitude do fato e a culpa do acusado.

2. EXPOSIÇÃO POR PAÍS

2.1 *Andorra*

O Código Penal andorrano de 2005 (Códi Penal – Llei 9/2005)¹⁰⁶ é um dos poucos códigos analisados que trata diretamente com a problemática da pena mínima, tanto na exposição de motivos quanto no corpo do código.

Há uma distinção entre crimes maiores (*delictes majors*), crimes menores (*delictes menors*) e contravenções. São considerados crimes maiores todos aqueles cuja pena máxima é superior àquelas específicas dos crimes menores (pena máxima de até 2 anos) e as contravenções são tipos específicos constantes no livro 3 do Código.

As penas aplicáveis para os crimes maiores são (art. 35):

- Até vinte e cinco anos de prisão;

¹⁰⁶ Disponível em catalão em <<http://www.bopa.ad>>. Último acesso em 03.03.2009.

- Multa de até 300.000 Euros ou até quatro vezes o benefício obtido com o crime;
- Inabilitação de até vinte anos para exercer cargos públicos, direitos públicos, direitos de família ou empregos específicos; e
- Proibição por até vinte anos para contratar com o poder público.

Para os crimes considerados menores as penas aplicáveis são (art. 36):

- Até dois anos de prisão;
- Detenção (*arrest*) de finais de semana por até 24 finais de semana;
- Prisão domiciliar por até seis meses;
- Prisão parcial diária por até seis meses¹⁰⁷;
- Multa de até 60.000 euros ou até o triplo do obtido com o crime;
- Trabalho comunitário por até um ano;
- Inabilitação por até seis anos para exercer cargos públicos, direitos públicos, direitos de família ou empregos específicos;
- Suspensão por até seis anos para exercer cargos públicos, direitos públicos, direitos de família ou empregos específicos;
- Cassação do direito de dirigir por até seis anos;
- Cassação da permissão para armas por até seis anos;
- Cassação da licença de pesca ou caça por até seis anos;
- Proibição de emitir cheques ou utilizar cartões de crédito por até seis anos; e
- Proibição por até seis anos para contratar com o poder público.

Além de um maior número de alternativas à prisão entre as penas aplicáveis, para os crimes menores não há previsão de pena mínima obrigatória. A razão para isto está delineada na exposição de motivos do Código:

La regulació de les penes respon a dues preocupacions essencials. La primera, fer possible que la resposta al delictes s'atingui a exigències de proporcionalitat, segons criteris de mereixement i de necessitat de la pena. Em segon lloc, es preveu un ampli ventall de formes punitives, en què s'incorporen les experiències d'altres països i amb la preocupació prioritària de preveure possibilitats alternatives a la presó, a fi d'evitar quan sigui possible els greus costos personals i socials inherents a aquesta pena.

(...)

El sistema d'individualització de la pena tracta d'harmonitzar les exigències de seguretat jurídica i de permetre la realització del principi de

¹⁰⁷ Restrição da liberdade do condenado somente em períodos específicos do dia.

proporcionalitat amb la flexibilitat pròpia de la tradició andorrana. Així, per exemple, es manté, com a regla general, la decisió de no fixar una pena de presó mínima per als delictes menors. El model establert suposa un alt grau de confiança en el tribunal a l'hora d'adoptar criteris que permetin arribar a la concreció necessària allí on les previsions legals tenen un caràcter més abstracte, sempre segons els principis consagrats en aquest Codi i amb la finalitat d'aconseguir una aplicació segura i igual de la llei penal¹⁰⁸ (grifamos).

Assim, os crimes menores têm uma fórmula para expressar a sanção diferenciada daquela constante nos crimes maiores. Nos crimes menores só há a definição da pena máxima no tipo¹⁰⁹.

A dosimetria da pena¹¹⁰ deve ser fundamentada dentro dos limites legais estabelecidos, observadas as reduções qualificadas possíveis - como tentativa (art. 54, I), cumplicidade (art. 53) e menoridade¹¹¹ - e valorar possíveis atenuantes e agravantes concorrentes, a gravidade do fato, as circunstâncias pessoais do acusado e a função da pena como instrumento de reinserção social.

Além disso, o Tribunal pode aplicar a isenção da pena aos condenados por crimes menores (Dispensa de pena) (art. 57). Esta ocorre quando o tribunal percebe que a pena aplicável ao condenado pode lhe ser prejudicial e este já demonstrou certo grau de reinserção social, que pode ser demonstrada por indícios de reabilitação, pela reparação do dano ou pela compensação das vítimas. O Tribunal pode, inclusive, suspender a execução de pena já imposta por até um ano caso um destes requisitos ainda esteja em andamento, para só então analisar a possibilidade de isenção da pena.

¹⁰⁸ Tradução livre:

A regulação das penas responde a duas preocupações essenciais. A primeira, possibilitar que a resposta ao delito se atenha às exigências de proporcionalidade, segundo critérios de merecimento e necessidade da pena. Em segundo lugar, está previsto um amplo leque de formas punitivas, em que se incorporam as experiências de outros países e com a preocupação prioritária de prever possibilidades alternativas à prisão, a fim de se evitar, quando possível, os graves custos pessoais e sociais inerentes a esta pena [de prisão].

(...)

O sistema de individualização da pena trata de harmonizar as exigências da segurança jurídica e de permitir a concretização do princípio da proporcionalidade com a flexibilidade própria da tradição andorrana. Assim, por exemplo, se mantém como regra geral a decisão de não fixar uma pena de prisão mínima para os crimes menores. O modelo estabelecido oferece um alto grau de confiança ao tribunal no momento de adotar critérios para se chegar à concreção necessária que nas previsões legais possuem um caráter mais abstrato, sempre segundo os princípios consagrados neste Código e com a finalidade de se conseguir uma aplicação segura e igual à lei penal.

¹⁰⁹ Um exemplo de crime menor é a violação de domicílio, art. 197, no qual se lê: “*El qui, sense habitar-hi, entri en el domicili d'un altre o s'hi mantingui contra la voluntat de qui hi habita, ha de ser castigat amb pena de presó fins a dos anys*” (grifamos).

¹¹⁰ Arts. 52 a 60.

¹¹¹ Art. 54, 3 – condenado menor de 21 anos.

Para o crime de furto simples a pena é diferente de acordo com o valor da coisa furtada. Quando o valor é inferior a 600 euros, o furto é considerado contravenção e a pena é de detenção (*arrest*) (art. 39) ou multa no valor do dobro da coisa furtada (art. 481); para objetos cujo valor excede 600 euros, o furto é considerado crime menor e a pena é de até 2 anos de prisão (art. 197).

Para o crime de homicídio simples a pena mínima aplicável é de 10 anos de prisão e a máxima de 17 anos.

2.2 *Cabo-Verde*

O Código Penal¹¹² de 2004 substituiu o antigo código colonial português¹¹³, a fim de adaptar o Direito Penal cabo-verdiano à Constituição de 1992 respeitando

a dignidade da pessoa humana e o afastamento de qualquer idéia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo; a renúncia a formas de tratamento que conduzam ou potenciem atitudes de conformismo e a técnicas de segregação incompatíveis com o respeito pela dignidade da pessoa humana; a aposta na recuperação do homem; o culto do humanismo e a defesa de uma antropologia otimista.¹¹⁴

Outra alteração, esta relativa à obrigatoriedade das penas, foi a eliminação dos efeitos automáticos da punição penal nos campos político e civil. Com isto, teve fim a vinculação direta entre a pena e a perda de direitos civis, políticos ou profissionais. Estas ainda podem ser um acessório da pena, mas não uma imposição mandatória da condenação.

Em contrapartida, Cabo-Verde decidiu não adotar algumas penas não-restritivas de liberdade em função da dificuldade de execução ou incompatibilidade com a realidade do país¹¹⁵. Dentre as penas que não foram adotadas estão a prestação de

¹¹² Disponível em português em < www.mj.gov.cv >. Último acesso em 03.03.2009.

¹¹³ Que era uma cópia do Código Penal português de 1886.

¹¹⁴ Preâmbulo do Código Penal

¹¹⁵ Da exposição de motivos: “O Código Penal, tendo em conta as possibilidades do país, nomeadamente em matéria de criação de estruturas de execução e acompanhamento das sanções criminais, não foi tão longe, como, eventualmente seria desejável, no que diz respeito à consagração de medidas sancionatórias não institucionais. Apesar de experiências estrangeiras surgirem como muito positivas de um ponto de vista de obtenção de finalidades de prevenção especial, não se avançou na consagração de algumas delas, seja pela tal incapacidade de meios para as pôr em prática (casos dos regimes de semidetenção e da prova), seja pura e simplesmente porque pareceram desajustadas para o país (casos das penas de admoestação e de prestação de serviços a favor da comunidade)”.

serviços à comunidade, a admoestação verbal ou as substituições de penas restritivas de liberdade por períodos de prova¹¹⁶.

Quanto à pena mínima, Cabo-Verde adota um sistema de penas mínimas obrigatórias, inclusive para tipos cuja sanção seja expressa apenas com a pena máxima. Para este último tipo, o limite mínimo vem expresso na parte geral do Código e é de três meses (art. 51). No entanto, penas inferiores a um ano podem ser substituídas por multa e inferiores a cinco meses por restrição de finais de semana, o que deve ser decidido caso a caso pelo tribunal competente¹¹⁷.

Este limite mínimo é explicado na exposição de motivos:

[O Código Penal] Elevou o limite mínimo da pena de prisão, que hoje é de três dias, para 3 meses (artigo 51º), em função do que hoje se entende ser a melhor solução de um ponto de vista de política criminal balizada pela ideia da recuperação do delinquente.

Assim, é a reabilitação do condenado – e não a proteção de determinado bem-jurídico ou o grau de reprovabilidade da conduta – que justifica a imposição de penas mínimas obrigatórias em Cabo-Verde.

Quanto à dosimetria da pena, Cabo-Verde dá alguma liberdade ao tribunal, especialmente no momento da decisão entre uma pena restritiva de liberdade ou outra restritiva de direito¹¹⁸.

O art. 83 deixa claro que a pena deve ser estabelecida entre o mínimo e o máximo legal e que para a sua fixação devem ser valoradas as seguintes circunstâncias:

- Os objectivos perseguidos pelo agente e os motivos que o levaram à prática do facto;
- Os sentimentos manifestados através da realização do facto;
- O grau de ilicitude do facto, incluindo o modo de execução deste;
- A natureza e a extensão das consequências do facto, nomeadamente em relação à vítima;
- A intensidade, consoante os casos, do dolo ou da negligência;
- As condições pessoais e a situação económica do agente; e

¹¹⁶ A suspensão condicional do processo é um exemplo de instituto que requer um período de prova.

¹¹⁷ Para a substituição da pena restritiva de liberdade, devem ser observados os “condicionalismos do caso” ou se o cumprimento da prisão é “ditado por exigências da prevenção geral” – Art. 52.

¹¹⁸ Art. 82: “Sempre que ao facto punível forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dará preferência à segunda, salvo se esta não satisfizer as exigências de reprovação e prevenção ou se mostrar inadequada ou insuficiente para a reintegração do agente na vida social”.

- A conduta anterior e posterior à prática do facto.

Há atenuantes genéricas¹¹⁹ que permitem a redução livre da pena, podendo inclusive reduzi-la para aquém do mínimo legal, até o limite de um terço do valor da pena mínima, mas nunca inferior à pena mínima geral de três meses. Caso haja combinação de duas ou mais atenuantes genéricas, o tribunal pode isentar o réu da pena (art. 85)

Em contrapartida, a reincidência tem o condão de elevar a pena mínima prevista no tipo de um terço até a metade, de acordo com o número de condenações prévias (art. 88).

O furto simples é punido com a pena mínima de prisão de 6 meses ou 80 dias-multa. A pena mínima para o homicídio simples é de 10 anos de prisão.

2.3 Chile

Promulgado em 12.11.1874¹²⁰ o Código Penal chileno divide os feitos puníveis em crimes, delitos simples e faltas.¹²¹

As penas para os crimes são:

- Morte;
- Presídio perpétuo;
- Reclusão perpétua;
- Presídio maior;
- Reclusão maior;
- *Relegación* perpétua;
- Confinamento maior¹²²;
- *Extrañamiento* maior¹²³;
- *Relegación* maior¹²⁴;
- Inabilitação absoluta e perpétua para cargos e empregos públicos, direitos políticos e profissões;

¹¹⁹ Art. 84. São atenuantes genéricas, por exemplo, ter o agente praticado o crime quando fosse menor de 18 anos, por motivo honroso ou de compaixão, após injusta provocação da vítima etc.

¹²⁰ Disponível em espanhol em <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/1984.pdf>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹²¹ Art. 3º *Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21.*

¹²² Art. 33. *Confinamiento es la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado.*

¹²³ Art. 34. *Extrañamiento es la expulsión del condenado del territorio de la República al lugar de su elección.*

¹²⁴ Art. 35. *Relegación es la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.*

- Inabilitação especial perpétua para algum cargo ou emprego público ou profissão;
- Inabilitação absoluta temporal para cargos e empregos públicos ou profissões;
- Inabilitação especial temporal para cargos e empregos públicos ou profissões.

As penas para os delitos simples são:

- Presídio menor;
- Reclusão menor;
- Confinamento menor;
- Extrañamiento menor;
- Relegación menor; e
- *Destierro*¹²⁵.

As penas para as faltas são:

- Prisão;
- Suspensão de cargo ou emprego público ou profissões;
- Inabilitação perpétua para conduzir veículos automotores ou de tração animal;
- Suspensão temporária para conduzir veículos automotores ou de tração animal;

Penas comuns para as três classes de fatos puníveis:

- Multa;
- Perda dos instrumentos ou produtos do crime;
- Penas acessórias; e
- Incomunicabilidade com pessoas de fora do estabelecimento penal.

A diferença entre as penas de presídio, reclusão e prisão, além da duração, é a obrigatoriedade do condenado trabalhar durante o cumprimento da pena de presídio, o que não é obrigatório nos outros dois tipos (art. 32).

O art. 25 determina os limites temporais de todas as penas maiores e menores¹²⁶. Além disso, há penas principais que obrigatoriamente levam consigo penas acessórias definidas nos arts. 27 a 31.

¹²⁵ Art. 36. *Destierro es la expulsión del condenado de algún punto de la República.*

¹²⁶ Art. 25. *Las penas temporales mayores duran de cinco años y un día a veinte años, y las temporales menores de sesenta y un días a cinco años; Las de inhabilitación absoluta y especial temporales para cargos y oficios públicos y profesiones titulares duran de tres años y un día a diez años; La suspensión de cargo u oficio público o profesión titular, dura de sesenta y un días a tres años; Las penas de destierro y de sujeción a la vigilancia de la autoridad, de sesenta y un días a cinco años; La prisión dura de uno a sesenta días.*

A fórmula para se calcular a pena é extremamente complexa, pois é baseada em blocos de penas com valores pré-definidos em graus. As agravantes e atenuantes definem em que patamar (mínimo, médio ou máximo) o juiz poderá julgar (art. 67), levando em consideração o mal produzido pelo delito (art. 69).

Há no código, inclusive, uma tabela com todas as penas e os seus diversos graus:

<i>Penas</i>	<i>Tiempo que comprende pena</i>	<i>Tiempo de su grado mínimo</i>	<i>Tiempo de su grado medio</i>	<i>Tiempo de su grado máximo</i>
<i>Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.</i>	<i>De cinco años y un día a veinte años.</i>	<i>De cinco años y un día a diez años.</i>	<i>De diez años y un día a quince años.</i>	<i>De quince años y un día a veinte años.</i>
<i>Inhabilitación absoluta y especial temporales.</i>	<i>De tres años y un día a diez años</i>	<i>De tres años y un día a cinco años</i>	<i>De cinco años y un día a siete años</i>	<i>De siete años y un día a diez años.</i>
<i>Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y destierro.</i>	<i>De sesenta y un días a cinco años.</i>	<i>De sesenta y uno a quinientos cuarenta días.</i>	<i>De quinientos cuarenta y un días a tres años.</i>	<i>De tres años y un día a cinco años.</i>
<i>Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular.</i>	<i>De sesenta y un días a tres años.</i>	<i>De sesenta y un día a un año.</i>	<i>De un año y un día a dos años.</i>	<i>De dos años y un día a tres años</i>
<i>Prisión.</i>	<i>De uno a sesenta días.</i>	<i>De uno a veinte días</i>	<i>De veintiuno a cuarenta días.</i>	<i>De cuarenta y uno a sesenta días.</i>

Além disso, para se calcular a pena de cúmplices, encobridores ou de crimes tentados, o Código traz uma escala de penas dentro da qual o juiz, após definir a pena principal do autor ou a pena aplicável ao crime consumado, reduz em graus já pré-definidos para saber a o valor da pena nestes outros casos¹²⁷.

Há também penas divisíveis, indivisíveis ou uma confluência entre penas divisíveis e indivisíveis. Para isso, o código traz outra tabela explicativa para a definição da pena¹²⁸:

¹²⁷ Arts. 59 a 61.

¹²⁸ As situações na coluna da esquerda são definidas no art. 61. E são elas:

Art. 61. La designación de las penas que corresponde aplicar en los diversos casos a que se refiere el artículo 59, se hará con sujeción a las siguientes reglas: 1.ª Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado. Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables relacionados en el artículo 59, se

REGLAS	Pena señaladas al crimen o simple delito	Pena de los autores de crimen o simple delito frustrado y cómplices de crimen o simple delito consumado.	Pena de los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado.	Pena de los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado.	Pena de los encubridores de tentativa de crimen o simple delito.
1°	Relegación perpetua	Relegación mayor en su grado máximo	Relegación mayor en su grado medio	Relegación mayor en su grado mínimo	Relegación menor en su grado máximo
2ª En el caso de pena compuesta de 2 grados	Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo	Presidio mayor en su grado medio	Presidio mayor en su grado mínimo	Presidio menor en su grado máximo	Presidio menor en su grado medio.
2ª En el caso de pena compuesta de 3 grados	Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua.	Inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo	Suspensión en su grado máximo	Suspensión en su grado medio	Suspensión en su grado mínimo
2ª En el caso de pena compuesta de 4 a más grados	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado máximo.	Reclusión menor en su grado medio.	Reclusión menor en su grado mínimo.	Prisión en su grado máximo.	Prisión en su grado medio.
3ª	Presidio mayor en su grado medio o confinamiento mayor en su grado máximo	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo	Confinamiento menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado mínimo.

bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números, siguiendo el orden que en ese artículo se establece. 2.ª Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles o bien una o dos indivisibles y uno o más grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley. Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables se observará lo prescrito en la regla anterior. 3.ª Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza. 4.ª uando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa a las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas 1.ª y 2.ª, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone al autor de crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos. 5.ª Si al poner en práctica las reglas precedentes no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación o suspensión, se impondrá siempre la multa.

4ª	Reclusión mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua y multa	Reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte sueldos vitales	Reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal en su grado medio y multa de diez sueldos vitales.	Reclusión menor en su grado mínimo y multa de cinco sueldos vitales.	Prisión en su grado máximo, suspensión en su grado máximo y multa de dos y medio sueldos vitales.
5ª	Suspensión en sus grados medio a máximo.	Suspensión en su grado mínimo.	Multa de cuatro sueldos vitales.	Multa de dos sueldos vitales.	Multa de un sueldo vital.

Dependendo da pena, as atenuantes podem gerar diversos efeitos. Caso a pena seja indivisível, uma quantidade significativa de atenuantes pode reduzir a pena em alguns graus para uma pena mais leve (art. 65).

Além disso, a pena prevista na parte especial do código faz referência somente ao tipo e ao grau previstos na parte geral.

As penas mínimas para o furto simples são:

- Presídio menor em seu grau máximo e multa de vinte uma a trinta unidades tributárias mensais, se o valor da coisa furtada exceder quatrocentas unidades tributárias mensais (3 anos);
- Presídio menor em seus graus médio ou máximo e multa de onze a quinze unidades tributárias mensais, se o valor da coisa furtada exceder quarenta unidades tributárias mensais (541 dias ou 3 anos);
- Presídio menor em seu grau médio e multa de seis a dez unidades tributárias mensais, se o valor da coisa furtada exceder quatro unidades tributárias mensais, mas não exceda quarenta unidades (541 dias); e
- Presídio menor em seu grau mínimo e multa de cinco unidades tributárias mensais, se o valor da coisa furta exceder uma unidade tributária mensal mas não quatro unidades (61 dias).

A pena para o homicídio simples é a de Presídio Maior em seus graus mínimo ou médio (5 ou 10 anos).

2.4 Colômbia

Promulgado em 24.07.2000, o Código Penal colombiano¹²⁹ adota diversas teorias sobre a pena, quais sejam a prevenção geral, a retribuição, a prevenção especial, a reabilitação e a proteção do condenado (art. 4º).

Há previsão de penas restritivas de liberdade, restritivas de direito e multa (art. 34).

A pena restritiva de liberdade é somente a prisão, que, em casos específicos, pode ser substituída pela prisão domiciliar (art. 38). Para a substituição, é necessário que a pena mínima prevista para o tipo seja inferior a cinco anos de prisão.

As penas restritivas de direito (art. 43) – principais ou substitutivas – são:

- Vigilância eletrônica¹³⁰;
- Inabilitação para exercícios de funções ou direitos públicos;
- Exoneração;
- Inabilitação para o exercício de profissão, arte, ofício, indústria ou comércio;
- Inabilitação para o exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela;
- Proibição de conduzir veículos;
- Proibição do porte e posse de arma;
- Proibição de residir em determinado lugar ou visitá-lo;
- Proibição de consumir bebidas alcoólicas ou substâncias estupefacientes ou psicotrópicas; e
- Expulsão do território para estrangeiros.

Todas as penas na parte especial do código são expressas entre um mínimo e um máximo.

Para a fixação da pena, o juiz deve, primeiramente, observar o índice de culpabilidade do réu.¹³¹ Após, deve fixar os limites mínimo e máximo da pena, os quais podem ser modificados dependendo de circunstâncias especiais (art. 60).

Então, o juiz deve dividir este lapso temporal em 3 termos, um mínimo, um médio e um máximo (art. 61). Se não há agravantes, ou se há somente atenuantes, o juiz

¹²⁹ Disponível em espanhol em <<http://www.secretariasenado.gov.co>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹³⁰ Art. 38ª. É faculdade do juiz da execução que pode permiti-la para réus condenados a penas menores a oito anos de prisão, além de diversos outros requisitos subjetivos e objetivos.

¹³¹ Art. 55 e 58.

deve se mover dentro do parâmetro mínimo; quando há agravantes e atenuantes utiliza o termo médio; quando há só agravantes se atem ao período máximo.

Estabelecido qual o termo aplicável, deve o juiz, analisando questões como gravidade do crime, dano real ou potencial causado, intensidade do dolo, função e necessidade da pena, além de outros pontos, fixar a pena em concreto.

As atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. Há, no entanto, uma exceção. Caso o réu viva em situação de extrema marginalização, ignorância ou pobreza e estas situações tenham influenciado no cometimento do delito, a pena deve ser menos que a metade da pena máxima aplicável, mas deve ficar acima de um sexto do valor da pena mínima previstas para o tipo.¹³²

A pena mínima para o furto simples é de 32 meses (2 anos e 8 meses - aumentada em 2005).

A pena mínima para o homicídio simples é de 208 meses (17 anos e 4 meses - aumentada em 2005).

2.5 Cuba

O Código Penal cubano¹³³, de 29.12.1987, se auto-intitula um código de direito socialista. Esta idéia já vem expressa no art. 1º:

Este Código tiene como objetivos:
—proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal;
—salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y las leyes;
—promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos;
—contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista.
2. A estos efectos, especifica cuáles actos socialmente peligrosos son constitutivos de delito y cuáles conductas constituyen índices de peligrosidad y establece las sanciones y medidas de seguridad aplicables en cada caso.

As penas previstas são:

- Morte;
- Privação de liberdade;

¹³² Se P é a pena aplicável ao caso concreto; Pmin a pena mínima prevista no tipo; Pmáx a pena máxima prevista para o tipo, então: $P_{min}/6 < P < P_{máx}/2$.

¹³³ Disponível em espanhol em <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html>. Último acesso em 03.03.2009.

- Trabalho correcional com internação;
- Trabalho correcional sem internação;
- Limitação de liberdade;
- Multa; e
- Admoestação.

Todos os tipos definidos na Parte Especial contêm penas mínimas e máximas, assim como o Código Penal brasileiro.

No entanto, os crimes culposos têm sua pena disposta na parte geral do código, a não ser que haja disposição contrária na parte especial. A pena de prisão mínima é de cinco dias e a máxima de oito anos ou, caso seja aplicada pena de multa, de cinco a mil e quinhentas cotas. Para se calcular a pena o tribunal deve analisar, caso a caso, a gravidade da infração, a facilidade de se antever ou evitar o seu cometimento e se o réu é reincidente em crimes culposos (art. 48).

A dosimetria da pena deve atender à “*conciencia jurídica socialista*” e atender ao “*grado de peligro social del hecho*”, além das circunstâncias atenuantes e agravantes, a personalidade do agente, seus antecedentes, sua motivação, seu comportamento após o cometimento do delito e suas características pessoais (art. 47).

Caso haja o concurso de diversas atenuantes, o tribunal pode diminuir a pena mínima legalmente prevista para até metade (art. 54, 1). No entanto, caso o agente cometa o crime enquanto estiver durante o período de prova por outro crime ou tenha fugido da prisão após ser condenado ou preso cautelarmente, o tribunal pode dobrar a pena mínima prevista no tipo¹³⁴.

A pena mínima para o furto simples é de um ano.

Para o homicídio simples a pena mínima é de sete anos.

2.6 Espanha

Promulgado em 24.11.1995, o Código Penal espanhol¹³⁵ prevê penas restritivas de liberdade, restritivas de direito e multa.

Em razão de sua duração e natureza, as penas são divididas em graves, menos graves e leves. (art. 33) A parte geral já define os limites mínimos e máximos para todas as penas.

São Penas Graves (art. 33, 2):

- Prisão superior a três anos;

¹³⁴ Art. 54, 4. Inciso acrescentado em 1999.

¹³⁵ Disponível em espanhol em <<http://www.boe.es>>. Último acesso em 03.03.2009.

- Inabilitação absoluta;
- Inabilitações especiais por período superior a três anos;
- Suspensão de cargo ou emprego público por período superior a três anos;
- Proibição de dirigir veículos automotores por período superior a seis anos; e
- Proibição de residir em determinados lugares ou visitá-los por período superior a três anos.

São penas menos graves (art. 33, 3):

- Prisão de seis meses a três anos;
- Inabilitações especiais por até três anos;
- Suspensão de cargo ou emprego público por até três anos;
- Proibição de dirigir veículos automotores de um a seis anos;
- Proibição de residir em determinados lugares ou visitá-los de seis meses a três anos;
- Proibição do porte e posse de arma de 1 ano e um dia a seis anos;
- Multa acima de dois meses;
- Multas proporcionais ao dano;
- Detenção de sete a vinte e quatro finais de semana e
- Trabalho comunitário de 96 a 384 horas.

São penas leves:

- Proibição de dirigir veículos automotores de três meses a um ano;
- Proibição do porte e posse de arma de três meses a um ano;
- Multa de cinco dias a dois meses;
- Detenção de um a seis finais de semana; e
- Trabalho comunitário de 16 a 96 horas.

A forma de se calcular a pena é pré-estabelecida¹³⁶, assim o juiz deve observar as seguintes regras:

- Quando não há circunstâncias atenuantes ou agravantes ou há ambas, o juiz deve, de acordo com as características pessoais do réu e a gravidade do delito, individualizar a pena;

¹³⁶ Arts. 61 a 79.

- Quando há só circunstâncias atenuantes, os juízes devem fixar a pena na metade inferior do tipo (abaixo do termo médio entre as penas máxima e mínima);
- Caso haja somente circunstâncias agravantes, a pena deve ficar acima do termo médio e
- Quando há duas ou mais circunstâncias atenuantes ou uma atenuante qualificada, o juiz pode aplicar pena inferior em grau àquela prevista no tipo.

A pena mínima para o furto simples é de seis meses de prisão.

A pena mínima para o homicídio simples é de 10 anos de prisão.

2.7 Macau

No Código Penal de Macau¹³⁷ a função da pena é “*a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*” (art. 40, 1) e a sua execução “*deve orientar-se no sentido da reintegração do recluso na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes*” (art. 43, 1), além de buscar a “*defesa da sociedade, prevenindo o cometimento de crimes*” (art. 43, 2).

A duração mínima da pena de prisão está prevista na parte geral do código e é de um ano (art. 41, 1) e a de multa 10 dias-multa (art. 45, 1). No entanto, é possível converter a pena de multa em prisão, quando aquela não for paga. Neste caso o limite mínimo previsto na parte geral pode ser desconsiderado (art. 47, I).

A pena de prisão inferior a três anos pode ser substituída quando o Tribunal acreditar que, devido à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, a simples censura do fato e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.¹³⁸

O período de prova deve ser fixado no limite mínimo de um ano e máximo de cinco. Durante este período o Tribunal pode definir as seguintes obrigações ao condenado (art. 50, 2):

- a) Não exerça determinadas profissões;
- b) Não freqüente certos meios ou lugares;
- c) Não resida em certos locais;

¹³⁷ Disponível em português em <<http://bo.io.gov.mo>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹³⁸ Além disso, o Tribunal pode exigir que o condenado pague, dentro de certo prazo, no todo ou na parte que o tribunal considerar possível, indenização devida ao lesado ou garantir o seu pagamento por meio de caução idônea; dar ao lesado satisfação moral adequada; entregar a instituições de solidariedade social ou ao Território uma contribuição monetária ou prestação em espécie de valor equivalente (art. 49, 1).

- d) Não acompanhe, aloje ou receba determinadas pessoas;
- e) Não frequente certas associações ou não participe em determinadas reuniões;
- f) Não tenha em seu poder objectos capazes de facilitar a prática de crimes;
- g) Se apresente periodicamente perante o tribunal, o técnico de reinserção social ou entidades não policiais.

Além disso, há a previsão de um “plano individual de readaptação social” (art. 52), não há explicação aprofundada do que seria este plano, mas ele serve para aperfeiçoar “*o sentimento de responsabilidade social do condenado*”. Para tanto o juiz também pode determinar ao condenado:

- a) Responder a convocatórias do magistrado responsável pela execução do plano e do técnico de reinserção social;
- b) Receber visitas do técnico de reinserção social e comunicar-lhe ou colocar à sua disposição informações e documentos comprovativos dos seus meios de subsistência;
- c) Informar o técnico de reinserção social sobre alterações de residência e de emprego;
- d) Obter autorização prévia do magistrado responsável pela execução do plano para se ausentar de Macau.

Não há penas acessórias obrigatórias, mas elas podem ser aplicadas conjuntamente com as penas de prisão e multa. São elas a proibição do exercício de funções públicas e a suspensão do exercício de funções públicas.¹³⁹

Quando o tipo penal prever tanto a pena de prisão quanto uma restritiva de direitos, o Tribunal deve preferir a segunda (art. 64).

O Tribunal está vinculado aos limites previstos no tipo. Para se chegar ao valor da pena, devem ser considerados:

- a) O grau de ilicitude do fato, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
- d) As condições pessoais do agente e a sua situação econômica;

¹³⁹ Arts. 60 a 63.

e) A conduta anterior ao fato e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as conseqüências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no fato, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

Há a previsão de atenuantes especiais da pena na parte geral.¹⁴⁰ A sua incidência pode reduzir o limite mínimo da pena de prisão a um quinto se for igual ou superior a 3 anos e ao mínimo legal (um mês) se for inferior.

A reincidência também tem o condão de alterar a pena mínima, elevando-a na base de um terço (art. 70).

A pena mínima para o furto é a prevista na parte geral do código ou somente multa, além disso, a ação só pode ser iniciada após queixa¹⁴¹. Para o homicídio simples, a pena mínima é de 10 anos.

2.8 México

O Código Penal Federal mexicano¹⁴², de 14.08.1931, classifica as seguintes penas e medidas de segurança como principais (art. 24):

- Prisão;
- Tratamento em liberdade, semi-liberdade e trabalhos comunitários;
- Internamento ou tratamento em liberdade de inimputáveis e daqueles que tenham por hábito ou necessidade consumir estupefacientes ou psicotrópicos;

¹⁴⁰ Art. 66:

1. O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2. Para efeitos do disposto no número anterior são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;

b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;

c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;

d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta;

e) Ter o agente sido especialmente afectado pelas conseqüências do facto;

f) Ter o agente menos de 18 anos ao tempo do facto.

3. Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou em conjunto com outras, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial da pena expressamente prevista na lei e à atenuação prevista neste artigo.”

¹⁴¹ Semelhante à ação penal de iniciativa privada brasileira.

¹⁴² Disponível em espanhol em <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>>. Último acesso em 03.03.2009.

- Confinamento¹⁴³;
- Proibição de ir a lugar determinado;
- Sanção pecuniária;
- Perda de instrumentos, objetos e produtos do crime;
- Admoestação;
- *Apercibimiento*;
- Caução de não ofender;
- Suspensão ou privação de direitos;
- Inabilitação, destituição ou suspensão de funções ou empregos;
- Publicação especial da sentença;
- Vigilância pela autoridade;
- Suspensão ou dissolução de sociedades; e
- Perda de bens correspondentes ao enriquecimento ilícito.

Na parte geral do código consta que a pena mínima para qualquer pena de prisão é de três dias (art. 25).

A sanção pecuniária, por sua vez, não compreende só a multa, mas pode ser também – ou isoladamente – a reparação do dano.¹⁴⁴

O *apercebimiento* é uma advertência do poder judiciário ao réu que se mostra inclinado a cometer novos delitos, ameaçando-o de reincidência caso cometa o crime previsto (art. 43). Caso o juiz considere que o aviso não é o suficiente, pode exigir uma caução, que será perdida pelo réu caso cometa o delito (art. 44).

A publicação de sentença em periódicos definidos pelo juiz não é só uma pena, mas pode ser também solicitada pelo réu absolvido e será custeada pelo Estado (art. 49).

¹⁴³ Art. 28. É a obrigação de residir em um lugar específico e dele não poder sair.

¹⁴⁴ Arts. 29 e 30.

A dosimetria da pena¹⁴⁵ é feita tomando por base os limites mínimos e máximos definidos no tipo e analisando as circunstâncias exteriores da execução do delito e as características do *delincuente*.

Assim, considerando a gravidade do ato e a culpabilidade do agente¹⁴⁶ o juiz deve decidir a pena que “estimar justa e procedente” (art. 52), sem uma fórmula pré-fixada ou estabelecida no código. Há, no entanto, uma regra específica para o julgamento de indígenas, que obriga os juízes a observar os usos e costumes dos povos e comunidades para definir a pena (art. 51).

Para crimes culposos ou tentativa, o procedimento é o mesmo, mas há algumas especificidades no valor da pena¹⁴⁷, como redução dos valores em até $\frac{3}{4}$ para o primeiro e $\frac{2}{3}$ para o segundo.

A substituição da pena privativa de liberdade por trabalho comunitário pode ocorrer quando a pena for inferior a 4 anos; por tratamento em liberdade quando inferior a 3 anos; ou por multa se inferior a 2 anos (art. 70). Não é possível substituir a pena de reincidentes.

Para o furto simples de coisa com valor inferior a cem salários não há previsão de mínimo de prisão – que não os três dias previstos na parte geral – já que a construção do tipo é “*se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario*” (grifamos).

Para furtos simples de coisas avaliadas entre cem e quinhentos salários, a pena é de dois a quatro anos de prisão e multa de até cento e oitenta salários. Se o valor da coisa exceder quinhentas vezes o valor do salário, a pena é de quatro a dez anos de prisão e multa de até quinhentas vezes o valor do salário.

A pena mínima para o homicídio simples é de 12 anos de prisão.

¹⁴⁵ Arts. 51 a 54.

¹⁴⁶ Para tanto, o juiz deve observar as seguintes circunstâncias, art. 52: (i) a magnitude do dano causado ao bem jurídico ou o perigo a que este foi exposto; (ii) a natureza da ação ou omissão e os meios empregados para executá-la; (iii) as circunstâncias de tempo, lugar, modo ou ocasião do feito; (iv) a forma e o grau de intervenção do agente na comissão do delito, assim como da vítima ou ofendido; (v) a idade, a educação, o conhecimento os costumes, as condições sociais e econômicas do sujeito, assim como os motivos que o determinaram a delinquir; (vi) o comportamento posterior do acusado em relação ao delito cometido; e (vii) as demais condições especiais e pessoais em que se encontrava o agente no momento do cometimento do delito, sempre e quando sejam relevantes para determinar a possibilidade de haver alterado sua conduta às exigências da norma.

¹⁴⁷ Arts. 60 a 63.

2.9 Nova Zelândia

O Act 2002 Number 9, também conhecido como Sentencing Act¹⁴⁸, é a lei que cria as *sentencing guidelines*, as diretrizes que devem ser seguidas quando o juiz fixa a pena cabível aos condenados.

Os propósitos deste Act são (art. 3º):

- Apontar as finalidades da pena ou de outras maneiras de tratamento do acusado;
- Auxiliar a população a compreender o sistema de *sentencing*, definindo os princípios e as diretrizes aplicáveis pelas cortes ao sentenciar ou lidar com o acusado;
- Prover um leque suficiente de penas ou outros meios de lidar com o acusado;
- Garantir que a vítima tenha seus interesses defendidos.

A maior diferença deste Act para os Códigos está na forma de individualização da pena.

Ao fim do processo, nos casos de condenação, a Corte primeiramente reconhece a culpa do réu e só num segundo momento declara a pena aplicável. É possível, inclusive, que seja adiada a decisão da pena para, durante este intervalo:

- Realizar oitivas e investigações para decidir qual a melhor pena aplicável ao caso;
- Realizar um processo de justiça restaurativa; e
- Possibilitar a frequência do condenado a cursos de reabilitação.

Por exemplo, quando a pena de prisão é uma das alternativas para a punição do acusado, a corte pode requisitar a elaboração de um *pre-sentence report* por um *probation officer* que pode incluir:

- (a) *information regarding the personal, family, whanau¹⁴⁹, community, and cultural background, and social circumstances of the offender;*
- (b) *information regarding the factors contributing to the offence, and the rehabilitative needs of the offender;*
- (c) *information regarding any offer, agreement, response, or measure of a kind referred to in section 10(1) or the outcome of any other restorative justice processes that have occurred in relation to the case;*

¹⁴⁸ Disponível em inglês em <<http://www.legislation.govt.nz>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹⁴⁹ Whanau é um termo maori relativo à organização tribal típica deste povo e que pode ser entendido como família estendida. Maiores informações em <http://www.educationcounts.govt.nz/publications/maori_education/33489/33490>. Último acesso em 03.03.2009.

(d) *recommendations on the appropriate sentence or other disposition of the case, taking into account the risk of further offending by the offender;*

(e) *in the case of a proposed sentence of supervision, intensive supervision, or home detention, recommendations on the appropriate conditions of that sentence;*

(f) *in the case of a proposed sentence of supervision, intensive supervision, or home detention involving 1 or more programmes,—*

i. *a report on the programme or programmes, including a general description of the conditions that the offender will have to abide by; and*

ii. *confirmation that the report has been made available to the offender;*

(g) *in the case of a proposed sentence of supervision, intensive supervision, or home detention involving a special condition requiring the offender to take prescription medication, confirmation that the offender—*

i. *has been fully advised by a person who is qualified to prescribe that medication about the nature and likely or intended effect of the medication and any known risks; and*

ii. *consents to taking the prescription medication;*

(h) *in the case of a proposed sentence of community work,—*

i. *information regarding the availability of community work of a kind referred to in section 63 in the area in which the offender will reside; and recommendations on whether the court should authorise, under section 66A, hours of work to be spent undertaking training in basic work and living skills.*

Todos estes fatores devem ser levados em consideração no momento da sentença, quando a corte deve decidir também o objetivo da pena¹⁵⁰. Após, deve ser escolhida, dentro de uma lista de possibilidades, qual a pena que melhor se adequa ao caso.

A primeira lista, das razões da pena, contém as seguintes alternativas (art. 7 (1)):

- (a) Responsabilizar o ofensor pelo mal feito à vítima e à comunidade;
- (b) Inculcar no ofensor um senso de responsabilidade e reconhecimento sobre o mal provocado;
- (c) Garantir a satisfação dos interesses da vítima;
- (d) Garantir a reparação pelo mal provocado;
- (e) Denunciar a conduta na qual o ofensor estava envolvido;
- (f) Impedir que o ofensor ou outra pessoa cometa um ato igual ou semelhante;
- (g) Proteger a comunidade do ofensor;
- (h) Auxiliar na reabilitação e reintegração do ofensor; ou
- (i) A combinação de duas ou mais alternativas apresentadas acima.

¹⁵⁰ O código não fala em pena, mas em “*sentence or other means of dealing with the offender*”. No entanto, para facilitar a compreensão, será utilizada a palavra pena.

O próprio artigo avisa que a ordem das alternativas é aleatória e não escalonada, assim nenhuma alternativa tem uma importância superior a outra.

Para aplicar a pena de prisão, por exemplo, os objetivos desejados com a pena devem ser as alternativas (a), (b), (c), (e), (f) e/ou (g). Além disso, a corte deve ter certeza que estes fins não seriam obtidos com a aplicação de nenhuma outra pena (art. 16).

Além disso, há uma lista de princípios que devem ser observados pela Corte sentenciante. São eles (art. 8º):

- Observar a gravidade da ofensa e o grau de culpabilidade do acusado, caso a caso;
- Observar a gravidade da conduta em comparação a outros tipos criminais, utilizando para isso a pena máxima cominada para cada tipo;
- Aplicar a maior pena possível quando o acusado agiu da maneira mais grave dentro das condutas possíveis, a não ser que outras circunstâncias mostrem ser esta medida inadequada;
- Considerar a necessidade de consistência das diferentes decisões, para que acusados semelhantes que cometam crimes semelhantes sejam punidos da mesma forma;
- Considerar qualquer informação fornecida sobre os efeitos da ofensa sobre a vítima;
- Aplicar a alternativa menos restritiva, apropriada às circunstâncias, de acordo com a hierarquia das penas¹⁵¹;
- Analisar as circunstâncias particulares para evitar a aplicação de uma pena que se mostre apropriada a outros casos mas que, no caso específico, seja desproporcionalmente severa;
- Considerar a família, o Whanau, a comunidade e a cultura do acusado, quando impuser uma pena que busque a reabilitação;
- Considerar os resultados do processo de justiça restaurativa, quando aplicável;

Além desses fatores, a Corte deve também ponderar sobre (art. 10):

- Qualquer oferta de reparação feita pelo acusado para restituir a vítima;

¹⁵¹ Previstas na seção 10A.

- Qualquer acordo realizado entre a vítima e o acusado ou
- As atitudes positivas tomadas pelo acusado, sua família, seus parentes ou seu grupo familiar em relação à vítima e seus familiares (incluindo desculpas, reparações, compensações ou anulando o mal que foi feito).

A Corte pode, inclusive, adiar a decisão enquanto espera pela realização do acordo e seu cumprimento.

Após ser declarada a culpa do réu, deve ser decidida a pena a partir de uma lista pré-definida e escalonada de acordo com o nível de restrição pessoal e supervisão que cada uma delas proporciona (art. 11):

- *Discharge or order to come up for sentence if called on;*¹⁵²
- Multa ou reparação;
- Trabalho comunitário ou supervisão;
- Supervisão intensiva ou detenção comunitária;
- Detenção domiciliar¹⁵³; e
- Prisão.

A combinação das penas é possível e regulada pelos art. 19¹⁵⁴ e art. 20.¹⁵⁵

¹⁵² Isto ocorre quando o acusado assume a culpa pelo ato (*plea of guilty*) antes da condenação. Nestes casos a corte pode tomar as seguintes decisões: (i) não declarar a culpa (*discharge without conviction*), mas obrigar a reparação ou restituição; (ii) declarar a culpa e obrigar a reparação ou restituição; (iii) declarar a culpa e ordenar o acusado de comparecer caso seja imposta uma pena posteriormente.

¹⁵³ Art. 15. Utilizada como substitutivo às penas de prisão curtas.

¹⁵⁴ Art. 19.

Permitted combinations of sentences:

(1) *No court may impose a combination of sentences of different types on an offender in respect of 1 or more offences except as provided in this section.*

(2) *A sentence of reparation may be imposed with any sentence.*

(3) *A sentence of a fine may be imposed with any sentence, but may only be imposed with a sentence of imprisonment in respect of a particular offence if authorised by the enactment specifying the offence.*

(4) *A sentence of supervision may be combined with any sentence except intensive supervision, home detention, or imprisonment.*

(5) *A sentence of community work, subject to section 20(2), may be combined with any sentence except imprisonment.*

(6) *A sentence of community detention may be combined with any sentence except home detention or imprisonment.*

(7) *A sentence of intensive supervision may be combined with any sentence except supervision, home detention, or imprisonment.*

(8) *A sentence of home detention may be combined with a sentence of reparation, a fine, or community work.*

(9) *A sentence of imprisonment may be combined with a sentence of reparation or, subject to subsection (3), a fine.”*

¹⁵⁵ Art. 20.

“Guidance on use of combinations of sentences

Não há previsão de pena mínima obrigatória para a pena de prisão. Isto fica claro no art. 81, o qual afirma que quando há a possibilidade da pena máxima imposta ao réu ser perpétua ou qualquer outro período de tempo, a corte pode aplicar a pena máxima prevista ou qualquer valor inferior, desde que não haja a previsão expressa de um termo mínimo obrigatório¹⁵⁶.

No entanto, quando a pena determinada para o réu for superior a dois anos, a corte pode também impor um tempo mínimo de cumprimento (art. 86). Este tempo pode inclusive ser superior ao tempo necessário para o condenado conseguir sua liberdade condicional (*parole*)¹⁵⁷.

Não há previsão de pena mínima para o furto, apenas do máximo que varia entre três meses e sete anos, de acordo com o valor da coisa furtada¹⁵⁸.

Para o homicídio simples também não há previsão de pena mínima, apenas máxima. Caso o acusado seja condenado à prisão perpétua, o mínimo que ele deve cumprir, antes de receber a liberdade condicional é dez anos, de acordo com o art. 103 do *Sentencing Act*¹⁵⁹.

(1) A court may impose a particular combination of sentences on an offender only if satisfied that any of the sentences making up the combination, if imposed alone or in any less restrictive combination, would not be in accordance with—

(a) the purpose or purposes for which sentence is imposed; or

(b) the application of the principles in section 8 to the particular case.

¹⁵⁶ Há a previsão de um termo mínimo de prisão de 17 anos quando ocorrerem as seguintes situações (art. 104):

(a) if the murder was committed in an attempt to avoid the detection, prosecution, or conviction of any person for any offence or in any other way to attempt to subvert the course of justice; or

(b) if the murder involved calculated or lengthy planning, including making an arrangement under which money or anything of value passes (or is intended to pass) from one person to another; or

(c) if the murder involved the unlawful entry into, or unlawful presence in, a dwelling place; or

(d) if the murder was committed in the course of another serious offence; or

(e) if the murder was committed with a high level of brutality, cruelty, depravity, or callousness; or

(ea) if the murder was committed as part of a terrorist act (as defined in section 5(1) of the Terrorism Suppression Act 2002); or

(f) if the deceased was a member of the police or a prison officer acting in the course of his or her duty; or

(g) if the deceased was particularly vulnerable because of his or her age, health, or because of any other factor; or

(h) if the offender has been convicted of 2 or more counts of murder, whether or not arising from the same circumstances; or

(i) In any other exceptional circumstances.

¹⁵⁷ Definido no art. 84 do Parole Act (disponível em <<http://www.legislation.govt.nz>>). O tempo mínimo é de um terço da pena para todas as condenações. No entanto, se a pena for perpétua o tempo mínimo antes da concessão da *parole* é de 10 anos. Além disso, o juiz do *sentencing* pode definir outro valor superior a um terço.

¹⁵⁸ O crime de furto está previsto em Crimes Act de 1961, disponível em <<http://www.legislation.govt.nz>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹⁵⁹ A corte é livre para determinar qualquer valor acima de 10 anos como o período mínimo da prisão, contanto que satisfaça os seguintes propósitos (art. 103):

(a) holding the offender accountable for the harm done to the victim and the community by the offending:

2.10 Portugal

O Código Penal português¹⁶⁰ de 15.03.1995 é uma revisão do Código Penal de 1982. O motivo para essa reforma encontra-se na exposição de motivos:

Entre os vários propósitos que justificam a revisão destaca-se a necessidade de corrigir o desequilíbrio entre as penas previstas para os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património, propondo-se uma substancial agravação para as primeiras. Assume-se ainda a importância de reorganizar o sistema global de penas para a pequena e média criminalidade com vista a permitir, por um lado, um adequado recurso às medidas alternativas às penas curtas de prisão, cujos efeitos criminógenos são pacificamente reconhecidos, e, por outro, concentrar esforços no combate à grande criminalidade.

Assim, o legislador preferiu “a aplicação de penas alternativas às penas curtas de prisão, com particular destaque para o trabalho a favor da comunidade e a pena de multa”.

É também na exposição de motivos que encontramos quais as funções definidas pelo legislador para a pena. Quando afirma que “a execução da pena revelará a capacidade ressocializadora do sistema com vista a prevenir a prática de novos crimes” e que “é a concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, funcionando, assim, como referência para a comunidade”, verifica-se, portanto, que a função da pena no sistema português é a reabilitação e a prevenção geral e específica.¹⁶¹

As penas previstas no código para obter este fim são:

- Prisão (art. 41);

(b) denouncing the conduct in which the offender was involved:

(c) deterring the offender or other persons from committing the same or a similar offence:

(d) Protecting the community from the offender.

¹⁶⁰ Disponível em português em <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹⁶¹ Também da exposição de motivos:

“Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence - a questão dogmática do fim das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa”. Na mesma linha, o artigo 43.º sublinha que a execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido de reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes. “Aos magistrados judiciais e do Ministério Público caberá, pois, um papel decisivo na implementação da filosofia que anima o Código porquanto é no momento da concretização da pena que os desideratos de prevenção geral e especial e de reintegração ganham pleno sentido.”

- Multa (art. 47);
- Prestação de trabalho comunitário¹⁶²; e
- Admoestação¹⁶³.

O limite mínimo da pena de prisão, definido na parte geral do Código, é de um mês (art. 41, I). No entanto, penas de prisão inferiores a um ano devem ser substituídas por multa, restritiva de direitos (art. 43, I), vigilância eletrônica (art. 44) ou dias-livres¹⁶⁴; penas inferiores a três anos podem ser substituídas pela proibição “do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas, quando o crime tenha sido cometido pelo arguido no respectivo exercício”.

Não há penas acessórias obrigatórias que envolvam a perda de direitos civis, profissionais ou políticos (art. 65).

Quando da dosimetria da pena, caso haja a possibilidade de se escolher entre uma pena privativa de liberdade e uma não-privativa de liberdade, o Tribunal é obrigado a escolher pela não-privativa de liberdade (art. 70). Além disso, para o cálculo da pena deve ser adotado o seguinte método:

- 1) A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.
- 2) Na determinação concreta da pena, o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:
 - a) O grau de ilicitude do fato, o modo de execução deste e a gravidade das suas conseqüências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
 - b) A intensidade do dolo ou da negligência;
 - c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
 - d) As condições pessoais do agente e a sua situação econômica;
 - e) A conduta anterior ao fato e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as conseqüências do crime;

¹⁶² Art. 58. É aplicável quando a pena de prisão for inferior a dois anos.

¹⁶³ Art. 60. É substitutiva da pena de multa inferior a 240 dias.

¹⁶⁴ Art. 45. Consiste numa privação da liberdade por períodos correspondentes a fins-de-semana, não podendo exceder 72 períodos.

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no fato, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

Há a previsão de um tipo de atenuação especial da pena¹⁶⁵. Essa atenuação especial ocorre quando “existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena”. Quando ocorre a atenuação especial da pena, o limite mínimo previsto para o tipo é reduzido para um quinto do seu valor original, mas ainda deve respeitar o limite mínimo de um mês estabelecido na parte geral.

Há também um instituto chamado “dispensa da pena” (art. 74), pelo qual o Tribunal pode eximir alguém da pena, apenas declarando-o culpado, caso a pena de prisão seja inferior a seis meses (ou multa inferior a 120 dias), contanto que a ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado e à dispensa de pena não se opuserem razões de prevenção. Caso a reparação ainda não tenha sido efetuada, o juiz pode adiar a sentença, em até um ano, esperando o término da reparação.

A reincidência tem efeito direto sobre o valor mínimo das penas, mas não sobre o máximo. Quando o réu é reincidente, o mínimo legal é elevado em um terço, enquanto o máximo permanece inalterado (art. 76).

A pena mínima para o furto simples é de um mês de prisão (estabelecida na parte geral) ou multa, já que a construção do tipo é “pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

A pena mínima para o homicídio é de 8 anos.

2.11 Suíça

Promulgado em 21.12.1937 – e reformado pela última vez em 2008 – o Código Penal Suíço¹⁶⁶ possui penas restritivas de liberdade (art. 40), de direitos¹⁶⁷ e multa (art. 34).

As penas restritivas de liberdade são:

- Detenção substitutiva¹⁶⁸; e

¹⁶⁵ Arts. 71 e 72.

¹⁶⁶ Disponível em italiano em <http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/index.html>. Último acesso em 03.03.2009.

¹⁶⁷ Arts. 66 a 73.

- Prisão¹⁶⁹.

As penas restritivas de direito são:

- Caução preventiva (art. 66);
- Inabilitação para o exercício de uma profissão (art. 67)
- Suspensão do direito de dirigir (art. 67, b);
- Publicação da sentença (art. 68);
- Confisco de objetos perigosos (art. 69);
- Confisco de patrimônio (art. 70);
- Ressarcimento (art. 71); e
- Confisco de valores patrimoniais de organizações criminosas (art. 72).

As principais diferenças entre os códigos brasileiro e suíço estão na aplicação da pena e das atenuantes.

Há tipos só expressos com a pena máxima, o que poderia indicar a inexistência de penas mínimas obrigatórias. No entanto, para estes crimes a pena mínima é estabelecida na parte geral do Código (art. 40), seis meses.

Na dosimetria da pena¹⁷⁰ o juiz deve levar em conta a culpabilidade¹⁷¹, a vida anterior e as condições pessoais do autor, além dos efeitos da pena na vida do condenado (art. 47, I).

Além disso, o juiz deve atenuar a pena sempre que existirem motivos para tanto¹⁷². Inclusive, a existência de um mínimo legal para todos os crimes não impede o juiz de atenuar a pena para abaixo deste mínimo¹⁷³, o que é definido no próprio código.

¹⁶⁸ Art. 36, aplicável quando o condenado não realiza o pagamento da pena pecuniária definida na condenação. Esta prisão pode ser inferior ao mínimo legal de 6 meses, já que a equivalência é de um dia-multa para um dia de prisão.

¹⁶⁹ Art 40, limitada ao máximo de 20 anos, mas há casos específicos de pena perpétua.

¹⁷⁰ Arts. 47 a 51.

¹⁷¹ Art. 47, II:

La colpa è determinata secondo il grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico offeso, secondo la riprensibilità dell'offesa, i moventi e gli obiettivi perseguiti, nonché, tenuto conto delle circostanze interne ed esterne, secondo la possibilità che l'autore aveva di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione.

¹⁷² Art. 48:

O juiz também pode decidir por uma pena diferente daquela estabelecida na lei, mas então estará vinculado aos limites mínimos e máximos pré-estabelecidos genericamente para a pena selecionada (art. 48 a, II).

A pena mínima para o furto simples é aquela definida na parte geral (seis meses) ou multa, já a pena mínima para o homicídio simples é de 5 anos.

2.12 Uruguai

De 04.12.1933, o Código Penal uruguaio¹⁷⁴ tem como penas principais a penitenciária, a prisão, inabilitações, suspensões e multa (art. 66).

A pena penitenciária é cumprida dentro de presídios urbanos ou rurais. O trabalho, o estudo e o silêncio são obrigatórios (art. 70), são penas acessórias mandatórias para as penas penitenciárias a inabilitação para cargos, empregos e direitos públicos durante o tempo de cumprimento da pena, assim como para cargos acadêmicos e direitos civis (perda do pátrio poder e da capacidade para administrar bens) (art. 81).

Já a pena de prisão se dá somente em cárceres urbanos, mas segue os mesmos moldes da pena penitenciária (art. 71). No entanto, a única pena acessória é a suspensão para cargos públicos, acadêmicos e direitos políticos (art. 82).

Além das penas acessórias, também os limites mínimo e máximo para todas as penas principais estão definidos na parte geral do código (art. 68), são eles:

- Penitenciária – 2 a 30 anos;
- Prisão – 3 meses a 2 anos;
- Inabilitações – 2 a 10 anos; e

Il giudice attenua la pena se:

a. l'autore ha agito:

1. per motivi onorevoli,

2. in stato di grave angustia,

3. sotto l'impressione d'una grave minaccia,

4. ad incitamento di una persona a cui doveva obbedienza o da cui dipendeva;

b. l'autore è stato seriamente indotto in tentazione dalla condotta della vittima;

c. l'autore ha agito cedendo a una violenta commozione dell'animo scusabile per le circostanze o in stato di profonda prostrazione;

d. l'autore ha dimostrato con fatti sincero pentimento, specialmente se ha risarcito il danno per quanto si potesse ragionevolmente pretendere da lui;

e. la pena ha manifestamente perso di senso visto il tempo trascorso dal reato e da allora l'autore ha tenuto buona condotta.

¹⁷³ Art. 48, I: *Se attenua la pena, il giudice non è vincolato alla pena minima comminata.*

¹⁷⁴ Disponível em espanhol em <<http://www.parlamento.gub.uy>>. Último acesso em 03.03.2009.

- Suspensão – 6 meses a 2 anos.

Para a dosimetria da pena, o juiz, dentro dos limites mínimos e máximos estabelecidos para o tipo, deve levar em consideração a periculosidade do réu, seus antecedentes pessoais e a quantidade e qualidade das circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 86).

Não há fórmula específica para a definição da pena, mas é pelo confronto entre atenuantes e agravantes que o juiz deve caminhar entre o mínimo e o máximo legal.

As atenuantes não podem reduzir a pena para aquém do mínimo legal (art. 80). A única exceção é a substituição da pena de prisão pela de multa quando concorrerem diversas atenuantes excepcionais e o juiz achar cabível para o caso específico (art. 86).

A pena mínima para o furto simples é de 3 meses de prisão. Para o homicídio simples a pena mínima é de vinte meses de prisão.

2.13 Venezuela

Promulgado em 20.10.2000, o Código Penal venezuelano¹⁷⁵ traz penas restritivas de direito e restritivas de liberdade.

São penas restritivas de liberdade (art. 9º):

- Presídio¹⁷⁶;
- Prisão¹⁷⁷;
- Arresto¹⁷⁸;
- Colônia penal;
- Confinamento¹⁷⁹; e
- Expulsão do território nacional.

São penas restritivas de direito (art. 10):

- Vigilância por uma autoridade pública¹⁸⁰;

¹⁷⁵ Disponível em espanhol em <<http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/penaldevenezuela.html>>. Último acesso em 03.03.2009.

¹⁷⁶ Art. 12. Além da restrição da liberdade, a pena de presídio também comporta trabalhos forçados.

¹⁷⁷ Art. 14. Cumprida em estabelecimento diverso da pena de presídio, não há previsão de trabalhos forçados, mas apenas de ofícios.

¹⁷⁸ Art. 17. Cumprida em quartéis da polícia ou prisões locais, o preso não pode ser obrigado a trabalhar contra a sua vontade.

¹⁷⁹ Art. 20. Obriga o condenado a residir em um município especificado na sentença e dele não podendo se ausentar além de cem quilômetros durante o tempo da pena.

¹⁸⁰ Art. 22. Não é considerada pena principal, mas apenas acessória às penas de presídio e prisão.

- Interdição civil¹⁸¹;
- Inabilitação política¹⁸²;
- Inabilitação para profissões¹⁸³;
- Destituição do emprego;
- Suspensão do vínculo empregatício;
- Multa;
- Caução de não ofender ou danificar;
- Admoestação;
- Perda dos instrumentos e/ou proveitos do crime; e
- Pagamento das custas processuais.

De acordo com o art. 37, a pena que deve ser aplicada quando não há nenhuma modificação, seja em razão de atenuantes ou agravantes, é aquela que se encontra no termo médio. O termo médio é obtido somando-se as penas máxima e mínima constantes do tipo e dividindo o resultado por dois. Aos reincidentes, a pena mínima que deve ser utilizada no cálculo do termo médio é o termo médio original do tipo somado à pena máxima e dividido por dois¹⁸⁴.

As atenuantes e agravantes têm o condão de elevar ou diminuir a pena em direção aos limites mínimos e máximos após o estabelecimento do termo médio durante a dosimetria da pena. No entanto, as atenuantes não podem rebaixar a pena aquém do mínimo legal (art. 74).

A pena mínima pra o furto simples é de seis meses de prisão. Caso o valor da coisa seja inferior a 50 bolívares, a pena mínima será de arresto de um mês.

A pena mínima para o homicídio é de 12 anos de presídio.

3 Fontes consultadas

- a) Andorra: <<http://www.bopa.ad>>
- b) Cabo-Verde: < www.mj.gov.cv>

¹⁸¹ Art. 23. É pena acessória à pena de presídio.

¹⁸² Art. 24. É pena acessória à pena de presídio.

¹⁸³ Art. 25. Pode ser aplicada como penal principal ou acessória.

¹⁸⁴ Se Pmi é a pena mínima constante no tipo, Pma a pena máxima, Tm o termo médio para primários e Tmr o termo médio para os reincidentes, é possível representar da seguinte maneira:

Primários: $Tm = (Pmi + Pma) / 2$

Reincidentes: $Tmr = (Tm + Pma) / 2$

- c) Chile: <<http://www.bcn.cl> >
- d) Colômbia: <<http://www.secretariasenado.gov.co>>
- e) Cuba: < <http://www.gacetaoficial.cu> >
- f) Espanha: <<http://www.boe.es>>
- g) França: < <http://www.legifrance.gouv.fr>>
- h) Macau: <<http://bo.io.gov.mo>>
- i) México: < <http://www.diputados.gob.mx> >
- j) Nova Zelândia: <<http://www.legislation.govt.nz>>
- k) Portugal: <<http://www.pgdlisboa.pt>>
- l) Suíça: < <http://www.admin.ch> >
- m) Uruguai: <<http://www.parlamento.gub.uy>>
- n) Venezuela: <<http://www.mintra.gov.ve>>

ANEXO 7

Estudo de legislação estrangeira: a reintrodução da pena mínima em países que não a previam. Levantamento a partir de fontes doutrinárias

1. O SISTEMA AMERICANO E A CRIAÇÃO DE MÍNIMOS

Nos Estados Unidos a questão da pena mínima obrigatória é discutida desde os tempos coloniais, quando cada colônia definia termos mínimos e máximos para a maior parte dos crimes (Lowenthal, 1993).

Para autores como Lowenthal (1993), no início do século XIX, com o desaparecimento das penas mínimas, os juízes e cortes norte-americanas começaram a ter maior liberdade no momento de decidir a pena, podendo valorar livremente as especificidades de cada caso para definir o tipo de pena a ser imposta e a sua duração. Em 1926, o Estado de Nova Iorque reinseriu a pena mínima obrigatória – prisão perpétua para pessoas que reincidiam mais de três vezes por uma *felony*¹⁸⁵ - o que foi seguido por diversos outros Estados. No entanto todas as medidas eram restritas a reincidentes (Lowenthal, 1993).

A partir da década de 70, no âmbito do movimento conhecido como “Law and Order”, a maior parte dos Estados e a legislação federal começaram a instituir penas mínimas obrigatórias para certos crimes ou situações determinadas (Lowenthal, 1993). Os instrumentos mais famosos para a concretização destes modelos são as *mandatory minimum sentences*, as *three strikes laws* e as *sentencing guidelines*¹⁸⁶.

As *mandatory minimum sentences* funcionam exatamente como o sistema brasileiro – prevendo períodos mínimos e máximos na descrição do tipo -, determinando, assim, um termo mínimo obrigatório de encarceramento que deve ser imposto pelo juiz da causa quando independentemente do caso concreto. Desta forma, eliminam a liberdade dos juízes de decidir caso a caso e impor penas mais baixas ou alternativas, limitando, assim, a individualização da pena.

¹⁸⁵ Crimes considerados graves e punidos com penas superiores a um ano de prisão.

¹⁸⁶ Havia também um sistema chamado *flattime sentencing* que já definia a pena certa para cada crime ou tipo de crime, mas cuja duração poderia ser reduzida em caso de bom comportamento do condenado. No entanto, o sistema de penas mínimas se mostrou mais popular (Petersilia e Greenwood, 1978)

As *three strikes laws* criam penas mínimas obrigatórias para os condenados reincidentes. O nome *three strikes* foi adotado na Califórnia¹⁸⁷ para facilitar a divulgação da lei e propagar seus efeitos – o que demonstra a função preventiva geral e especial negativas que se pretende com este modelo. Além disto, justificou-se a sua imposição para neutralizar pessoas consideradas incorrigíveis (Brown e Jolivet, 2003).

188

As *sentencing guidelines* são sistemas de dosimetria “fechados”. Uma das conseqüências de sua adoção é que os juízes não podem decidir livremente qual o peso de cada agravante ou atenuante, esta definição é feita legislativamente ou por uma comissão técnica. .

É possível que um Estado adote apenas uma destas medidas, a combinação de algumas ou todas elas.

Vários argumentos foram apresentados à época para justificar a reintrodução das penas mínimas obrigatórias. Um dos principais era a disparidade entre sentenças condenatórias versando sobre crimes semelhantes, o que para criminólogos, acadêmicos e políticos da época, poderia representar uma forma de preconceito – consciente ou inconsciente – do poder judiciário em relação a determinados grupos de pessoas (Petersilia e Greenwood, 1978).¹⁸⁹

Outro argumento considerado forte foi a certeza da pena e o seu conseqüente poder de prevenção, principalmente para reduzir o cometimento de crimes violentos (McDowall, Loftin e Wiersema, 1992). Diversos Estados americanos¹⁹⁰ usaram este argumento para criar penas mínimas obrigatórias para quaisquer crimes em que uma arma de fogo estivesse envolvida.

Há, no entanto, combinações de todos os tipos para a criação destes instrumentos. Na Califórnia há uma lei que criou punições mínimas para agressores sexuais que trabalhem em creches; na Pensilvânia a pena mínima para crimes graves cometidos perto de locais destinados ao transporte público é de 5 anos – independentemente da ofensa; na Flórida, a pena deve ser aumentada sempre que o

¹⁸⁷ Juntamente com o lema “*Three Strikes and You’re Out*”, uma referência ao jogo de baseball, no qual o rebatedor é eliminado após três *strikes* (Schmertmann, Amankwaa e Long, 1998).

¹⁸⁸ Legislative Analyst’s Office <http://www.lao.ca.gov/2005/3_strikes/3_strikes_102005.htm>. Último acesso em 30.03.2009.

¹⁹⁰ Orlando, Michigan, Filadélfia, Massachusetts Pensilvânia, por exemplo.

agressor vestir uma máscara; e uma lei federal instituiu uma pena mínima de 20 anos sempre que um crime for cometido dentro de uma aeronave fora dos Estados Unidos (Lowenthal, 1993).

Além disso, a opinião pública e os efeitos políticos das decisões foram essenciais para a implementação destes institutos. Principalmente durante os anos 80, diversos políticos apresentaram propostas criando *mandatory sentences*, para demonstrar que eram duros com a criminalidade (Tonry, 1992).

As principais críticas a estes modelos são:

- O aumento na população carcerária e o aumento dos custos com prisioneiros¹⁹¹;
- A diminuição na quantidade de *plea bargains* e o aumento nos custos do processo¹⁹²;
- O aumento no tempo de duração do processo¹⁹³;
- A ineficiência destas medidas em razão da falta de vontade dos órgãos judiciais em aplicá-las;
- A desproporcionalidade das penas entre indivíduos semelhantes¹⁹⁴;
- Ofensa à individualização da pena.

Em 1991, uma comissão responsável pela avaliação dos efeitos das penas mínimas¹⁹⁵ afirmou que as *mandatory minimum sentences* não estavam funcionando, pois a dureza com que elas tratavam os acusados fazia com que os juízes e promotores propositadamente deixassem de aplicá-las utilizando diversos artifícios.

¹⁹¹ Em 1980 a população carcerária no Estado da Califórnia era de 22.000 internos em 12 instalações especiais. Em 1990 o número subiu para 97.000 prisioneiros em 20 instalações. Nos Estados Unidos, entre 1980 e 1991 o índice de crimes cometidos caiu 3,5%, mas o número de prisioneiros dobrou (Lowenthal, 93).

¹⁹² Em razão da necessidade de gastos com a investigação, perícias e custos comuns do processo.

¹⁹³ Uma vez que a defesa tenta utilizar todas as armas processuais possíveis, pois sabe que não há possibilidade de reduzir uma pena pré-estabelecida (Tonry, 92).

¹⁹⁴ O caso *State x Cocio* simboliza claramente esta disparidade:

Cocio e Rodriguez colidiram seus veículos frontalmente e um passageiro no carro de Rodriguez faleceu e a culpa maior pelo acidente foi de Rodriguez. Ambos estavam em *parole* – livramento condicional – e foram indiciados por homicídio culposo e dirigir embriagado. Além disso, o promotor da causa pediu uma punição mínima, pois os carros eram “instrumentos perigosos”. Rodriguez aceitou a oferta do promotor e se declarou culpado em troca de uma pena de 2 dias de prisão, uma multa e um ano de período de prova. Cocio decidiu exercer seu direito de defesa, não aceitou a oferta e foi condenado a prisão perpétua sem direito a *parole* por pelo menos 25 anos, uma vez que havia cometido um crime grave enquanto estava em *parole* (Lowenthal, 93).

¹⁹⁵ *U.S Sentencing Commission 1991*, que avaliou a incidência da pena mínima nas cortes federais.

Além disso, elas davam muito poder aos promotores que, ao denunciar os acusados, escolhiam crimes e circunstâncias que gerassem penas mínimas obrigatórias para obrigar os defensores a transacionar, gerando enorme disparidade entre as diferentes sentenças em razão das acusações que buscavam sempre crimes ou circunstâncias que gerassem penas mínimas obrigatórias (Tonry, 1992).

A mesma comissão, em entrevistas com juízes, promotores e *probation officers*, percebeu que as maiores reclamações de todos os grupos – incluindo 38 dos 48 juízes entrevistados, um terço dos promotores e a esmagadora maioria dos *probation officers* – era de que as leis que impõem penas mínimas e *guidelines* eram muito duras, eliminavam a liberdade de julgamento, resultavam em número elevado de julgamentos que poderiam ser evitados pela transação e eram uma das principais causas da superpopulação carcerária (Tonry, 1992).

Em pesquisas realizadas pela mesma comissão por correio, 62% dos juízes, 52% dos advogados e 89% dos defensores públicos gostariam de ver as *mandatory minimum sentences* para crimes relacionados a drogas eliminadas. No entanto, apenas 10% dos promotores e 22% dos *probation officers* tinham a mesma opinião (Tonry, 1992).

a. *As Rockefeller Drug Laws*

Criadas em 1973, estas leis são consideradas as mais famosas no que se refere às penas mínimas nos Estados Unidos. Adotadas no estado de Nova Iorque, elas previam diversos mínimos para crimes relacionados ao tráfico de drogas, além de elaborar limites também para o *plea bargain*¹⁹⁶ nestes casos.

Em 1978 uma avaliação foi realizada por um comitê especializado¹⁹⁷ para observar os impactos das novas leis no uso e na venda de drogas. Os principais resultados foram (Tonry, 1992):

- A quantidade de prisões, indiciamentos e condenações caíram após a entrada em efeito da lei;
- Para os condenados, a certeza da prisão e o tempo das penas aumentaram;

¹⁹⁶ Uma transação penal na qual o réu se declara culpado em troca de uma pena mais baixa do que aquela que seria imposta caso fosse condenado, evitando a ação e diminuindo os custos para o Estado.

¹⁹⁷ *Joint Committee on New York Drug Law Evaluation.*

- Os dois efeitos anteriores se neutralizaram e a possibilidade de que alguém preso por crimes de droga fosse punido com uma pena de prisão se manteve semelhante (11%) antes e depois da entrada em vigor das leis;

- Porque os acusados faziam de tudo para evitar as penas mínimas, o tempo dos processos para cada caso dobrou.

De acordo com Tonry (1992), os advogados de defesa, os juízes e até os promotores evitavam a todo custo a aplicação das *mandatory sentences*, por acreditarem que elas eram duras demais em alguns casos.

Além disso, houve uma diminuição no número de *plea bargains*, e um aumento no número de julgamentos. Assim, as Cortes nova-iorquinas levavam de 10 a 15 vezes mais tempo para lidar com cada caso e o tempo necessário para processar um indivíduo subiu de 172 dias, no último trimestre de 1973, para 351 dias nos seis primeiros meses de 1976.

b. A emenda Bartley-Fox em Massachusetts

A emenda Bartley-Fox, do Estado de Massachusetts, determinava que toda pessoa condenada por carregar uma arma de fogo em público deveria receber uma pena mínima de 1 ano, sem direito a nenhum tipo de redução ou suspensão da pena.

Em 1977 e 1979 foram realizadas duas avaliações sobre os efeitos da emenda (Tonry, 1992). As principais conclusões de ambas foram:

- A polícia alterou a sua forma de atuação para diminuir o alcance da lei e o número de pessoas presas por porte ilegal de armas, o que resultou num aumento de 120% no número de armas confiscadas sem prisão entre 1974 e 1976;

- Também em relação à atuação policial, o número de suspeitos que os polícias declararam terem fugido durante a abordagem policial aumentou substancialmente no mesmo período;

- O número de arquivamentos também aumentou após a entrada em vigor da emenda;

- O número de apelações de pessoas condenadas aumentou drasticamente. Em 1974, 21% dos condenados apelavam da decisão, em 1976, após a entrada em vigor da lei, 94% dos condenados apelaram da decisão;

- O número de absolvições também aumentou de 53,5% em 1974 para 80% em 1976;
- No entanto, o número de condenados que receberam uma pena restritiva de liberdade aumentou de 23% para 100%.

2. A TANZÂNIA E O *MINIMUM SENTENCES ACT*

Em 1961 a Tanzânia se tornou independente da Inglaterra, num processo relativamente pacífico, liderado pelo TANU¹⁹⁸, que se tornou o principal partido do país. Em 1967, com a declaração de Arusha, a Tanzânia se proclamou um país com enfoques socialistas, cujo objetivo final era o pan-socialismo africano.

Em 1963, o governo da Tanzânia promulgou o *Minimum Sentences Act*, que impôs penas mínimas obrigatórias para certos crimes, tanto restritivas de liberdade quanto corporais¹⁹⁹. A pena corporal era uma pena acessória obrigatória sempre que se impusesse uma pena mínima (Read, 1965).

A pena mínima só poderia ser desconsiderada na sentença, caso o ofensor fosse primário, o valor do objeto furtado fosse inferior a um valor pré-definido e ocorressem “circunstâncias especiais” não definidas no texto legal. Quando ocorresse a conjunção destas três exigências, o juiz poderia impor somente uma pena de *flogging* (10 surras) ou uma pena de prisão por um termo reduzido.

Os dois argumentos utilizados pelo segundo Vice-Presidente, Mr. Kawawa, para a colocação das penas corporais como parte das penas mínimas obrigatórias remetem às idéias de prevenção geral positiva (no primeiro caso) e prevenções geral e especial negativa (no segundo ponto) que se observam em quase todos os argumentos referentes à necessidade das penas mínimas (Read, 1965):

*We have to recognize that we in Tanganyika (Tanzânia) are going through a difficult period of social readjustment in respect of offences against the law. This is one of the direct results of colonialism. **When we had a foreign government there was no social stigma in going to prison;** people regarded the prisoner merely as the victim of the authority which had been imposed on them. I may say that this sympathy was not always deserved, but because some people did go to prison for what were basically political*

¹⁹⁸ *Tanganyika African National Union.*

¹⁹⁹ Principalmente crimes contra a propriedade estatal, mas as penas mais graves eram furto de gado ou de animais de pecuária. As penas mínimas para cada crime variavam de 6 meses a 3 anos e 24 *floggings* (surras) para cada ano de prisão, sendo administradas 4 sessões de 6 *floggings* durante o ano. Mulheres, homens acima de 45 e abaixo de 16 anos não podiam sofrer penas corporais.

*offences, so all prisoners tended to get the sympathy of the public. **There was not any feeling of disgrace in going to prison or having a member of your family in prison.***

*Unfortunately, this attitude has remained among some of our people after the reason for it has gone. We now have a Government elected by the people and responsible to them. It is charged with the task of development, and keeping the peace, and it acts for the people and with the people. When it states the law it is stating the people's wishes. To break the law is therefore a matter of shame, it is a betrayal of our efforts. Yet because not everyone has shaken off the colonial mentality, **we still have to deal with a situation in which people do not feel that going to prison is a disgrace.** This has forced us to adopt policies which are designed to make people think more seriously before committing a crime. They are not policies which we like, and I am convinced that Prisons Officers do not like them either; to administer corporal punishment is an unpleasant thing for any civilized person to do. **But we have to make people recognize that to commit an offence against the nation or any of its citizens, is an evil thing which is a disgrace to the man who does it.** (grifos nossos)*

No entanto, em 1969, após a declaração de Arusha e um aumento no número de crimes cometidos²⁰⁰ – inclusive entre aqueles para os quais havia uma pena mínima definida – o mesmo Vice-Presidente argumentou que esse aumento demonstrava o fracasso das penas corporais e decidiu enviar um projeto para excluir tais punições do rol de penas mínimas obrigatórias, para que as penas de prisão fossem aumentadas, a fim de um programa de reabilitação ser introduzido nas prisões (Willians, 1974).

Este projeto foi rejeitado pela maioria do poder legislativo, que defendia a ampliação das penas corporais, para incluir idosos e jovens e aumentar o número de espancamentos por condenação. O aumento das penas restritivas de liberdade, no entanto, era um consenso entre todos (Willians, 1974).

Em 1971, S. Maswanya, ministro das relações interiores, se declarou publicamente contrário às penas corporais por serem “anti-socialistas”. Assim, em janeiro de 1972, duas *bills* diferentes foram introduzidas. Uma revogando o *Act* de 1963 e, conseqüentemente, as penas corporais. A segunda, ampliando as penas restritivas de liberdade e criando novas formas de penas mínimas²⁰¹ e aumentando o rol de crimes contra o patrimônio público punidos com penas mínimas. O novo discurso do governo socialista, para a imposição destas novas penas mais longas era o da reabilitação dos condenados por meio da educação e seminários políticos, transformando as prisões em escolas do socialismo e auto-suficiência (Willians, 1974).

²⁰⁰ Willians afirma que parte desse aumento pode ser resultado de uma diminuição na cifra negra, mas que o aumento foi visto pelo poder público com uma falha no sistema.

²⁰¹ Entre elas a pena mínima obrigatória de 5 anos para qualquer condenado que tivesse cometido outro crime em um período de 7 anos.

Após 1972 houve um aumento no número de prisões agrícolas, onde os prisioneiros deveriam ser treinados para se tornarem líderes e trabalhadores nas vilas, auxiliando na transformação social do campo, de acordo com o *Siasa ni Kilimo*²⁰². No entanto, estudos realizados pela universidade de Dar ES Salaam demonstraram que este plano falhou e que as prisões continuavam a ser locais de punição e retribuição (Willians, 1974).

Willians traz também a reação de alguns juízes quanto as penas mínimas. Entre elas, vale destacar a do juiz Georges, da Corte Superior, que em 1968 (quando ainda estavam em vigor as penas mínimas de prisão e as penas corporais) afirmou:

I am also satisfied that the Minimum Sentences Act, while useful in imposing a certain uniformity in the fields to which it applies has tended to foster a certain laziness in the general approach to problems of punishment. Few of us do more thinking than is really necessary for the task in hand... if the problem of punishment can be solved by mechanically applying a minimum conveniently fixed by someone else, much mental exertion can be saved. (grifamos)

Willians cita ainda que quase todos os vizinhos do país²⁰³ adotaram penas mínimas severas para os mais diferentes tipos de crimes. Penas mínimas que variavam de 6 meses por crimes contra a propriedade à pena capital obrigatória para quem cultivasse maconha ou cometesse um roubo armado (Nigéria). No entanto, Zanzibar²⁰⁴ propôs o fim das prisões, contanto que os condenados passassem por um centro de reabilitação por 5 anos e se comprometessem ao final a assinar um termo no qual eles se comprometeriam a não reincidir em crime semelhante. Caso o fizessem, seriam condenados a morte.

O autor termina afirmando que, para uma resposta estatal socialmente apropriada, seria necessário ampliar a individualização das penas e diminuir o ímpeto retributivista.

²⁰² Documento que ditava as políticas relativas à agricultura e editado pelo TANU em 1972,

²⁰³ Nigéria, Malawi, Uganda e Kenia.

²⁰⁴ Ilha vizinha que se tornou parte da Tanzânia após a independência.

3. BIBLIOGRAFIA

CHANTALE, Lacasse e PAYNE, Abigail. Federal Sentencing Guidelines and Mandatory Minimum Sentences: Do Defendants Bargain in the Shadow of the Judge?. The University of Chicago Press. Journal of Law and Economics, Vol. 42, No. 1, Part 2, Penalties: Public and Private: A Conference Sponsored in Part by the John M. Olin Program in Law and Economics at the University of Chicago Law School and the George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State at the University of Chicago Graduate School of Business (Apr., 1999), pp. 245-269.

COLDHAM, Simon. Criminal Justice Policies in Commonwealth Africa: Trends and Prospects. Cambridge University Press on behalf of the School of Oriental and African Studies. Journal of African Law, Vol. 44, No. 2 (2000), pp. 218-238.

DOOB, Anthony N.; CESARONI, Carla. The political attractiveness of mandatory minimum sentences. Osgoode Hall. Osgoode Hall Law Journal, Vol. 39, Numbers 2 & 3, Summer/Fall 2001 pp. 287-304.

GILCHRIST, Bruce W.. Disproportionality in Sentences of Imprisonment Columbia Law Review Association, Inc.. Columbia Law Review, Vol. 79, No. 6 (Oct., 1979), pp. 1119-1167.

LOWENTHAL, Gary T.. Mandatory Sentencing Laws: Undermining the Effectiveness of Determinate Sentencing Reform. California Law Review, Inc.. California Law Review, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1993), pp. 61-123.

MCDOWALL, David, LOFTIN, Colin e WIERSEMA, Brian. A Comparative Study of the Preventive Effects of Mandatory Sentencing Laws for Gun Crimes. Northwestern University. The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-), Vol. 83, No. 2 (Summer, 1992), pp. 378-394.

PETERSILIA, Joan e GREENWOOD, Peter W.. Mandatory Prison Sentences: Their Projected Effects on Crime and Prison Populations. Northwestern University. The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-), Vol. 69, No. 4 (Winter, 1978), pp. 604-615.

READ, James S.. Minimum Sentences in Tanzania. Cambridge University Press on behalf of the School of Oriental and African Studies. Journal of African Law, Vol. 9, No. 1 (Spring, 1965), pp. 20-39.

Roberts, Julian V..Mandatory minimum sentences of imprisonment: exploring the consequences for the sentencing process. Osgoode Hall. Osgoode Hall Law Journal, Vol. 39, Numbers 2 & 3, Summer/Fall 2001 pp. 305-328.

SCHMERTMANN, Carl P., AMANKWAA, Adansi A. e LONG, Robert D.. Three Strikes and You're Out: Demographic Analysis of Mandatory Prison Sentencing. Population Association of America. Demography, Vol. 35, No. 4 (Nov., 1998), pp. 445-463.

SHEPHERD, Joanna M.. Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two- and Three-Strikes Legislation. The University of Chicago Press. The Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 1, Part 1 (Jan., 2002), pp. 159-201.

SHEEHY, Elizabeth. Mandatory minimum sentences: law and policy. Osgoode Hall. Osgoode Hall Law Journal, Vol. 39, Numbers 2 & 3, Summer/Fall 2001 pp. 261-272.

TONRY, Michael. Mandatory Penalties. The University of Chicago Press. Crime and Justice, Vol. 16 (1992), pp. 243-273.

TONRY, Michael. Structuring Sentencing. The University of Chicago Press. Crime and Justice, Vol. 10 (1988), pp. 267-337.

WILLIAMS, David. The Minimum Sentences Act, 1972, of Tanzania. Cambridge University Press on behalf of the School of Oriental and African Studies. Journal of African Law, Vol. 18, No. 1, Criminal Law and Criminology (Spring, 1974), pp. 79-91.

Sítios eletrônicos consultados:

Legislative Analyst's Office

http://www.lao.ca.gov/2005/3_strikes/3_strikes_102005.htm

ANEXO 8

Nota metodológica sobre as entrevistas

1. INTRODUÇÃO

Entre as fontes utilizadas nessa pesquisa estão entrevistas semi-diretivas com juízes, promotores, advogados e professores com elevado grau de familiaridade com o direito penal. As entrevistas podem ser divididas em dois blocos: aquelas conduzidas pelos pesquisadores principais e, portanto, produzidas diretamente para essa pesquisa e as entrevistas realizadas no quadro do projeto de doutorado de José Roberto Xavier, sob a orientação de Álvaro Pires, na Universidade de Ottawa. Em razão do enorme volume de informações coletadas, o presente relatório incorpora tão-somente os dados produzidos no âmbito do primeiro bloco. Todo o material colhido no segundo bloco será analisado e incorporado ao relatório futuramente.

As entrevistas do primeiro bloco foram realizadas em São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Recife (PE), Salvador (BA) e Brasília (DF).

Para garantir a preservação da identidade dos entrevistados, as entrevistas indicam apenas o “papel social” predominante do entrevistado, sem indicação da localidade ou da instância em que atua. Dessa forma, a categoria “juízes” refere-se indistintamente ao magistrado de primeira instância, ao desembargador e ao ministro.

O formulário de entrevista utilizado encontra-se reproduzido a seguir.

Guia de entrevista:

Penas Mínimas

Identificação do entrevistado:

Pesquisador (a):

Data:

Papel social:

Apresentação da pesquisa e do tipo de entrevista

Como indicamos anteriormente, nossa pesquisa é sobre uma antiga prática política que consiste em criar “penas mínimas de prisão” na legislação criminal. Nosso objetivo é identificar e testar os argumentos jurídicos e políticos *a favor* e *contra* essa prática em um momento em que se discute, paralelamente, o fundamento da prisão.

Com a evolução do conhecimento e com as transformações ocorridas nas sociedades contemporâneas avançadas, a pertinência das penas mínimas é colocada em questão por certos observadores no Ocidente. Eles consideram, entre outras coisas, ser uma prática obsoleta e negativa à qualidade interna do direito criminal. Eles consideram também que ela é contrária à separação dos poderes político e jurídico. Que fique claro: outros observadores continuam a justificar e a valorizar essas penas. Entretanto, o que parece à primeira vista particular no Brasil, é que nem a doutrina jurídica nem a sociologia do direito parecem discutir em profundidade a pertinência ou os eventuais “fundamentos” dessas penas. Tudo se passa como se elas fossem ainda “aceitas naturalmente”. Em face disso, nós decidimos explorar essa questão com a ajuda de entrevistas com profissionais do direito e possivelmente também com políticos. A idéia é estimular uma reflexão coletiva e conjunta sobre esse tema. Essa é a razão pela qual, conhecendo seu interesse pelo direito criminal, sua abertura à reflexão e à experiência, nós o(a) convidamos a participar dessa pesquisa. Para fazê-lo, concebemos uma entrevista em duas partes.

Na primeira parte, buscaremos, com sua ajuda, identificar os principais argumentos *a favor* das penas mínimas. Você pode aceitar ou não esses argumentos. O importante é identificá-los. E, se você estiver de acordo, iremos também discutir livremente esses argumentos com você no decorrer da entrevista. O objetivo aqui é aprofundar nossa reflexão coletiva sobre esse tema.

Na segunda parte, gostaríamos de testar com você a eventual pertinência de certos argumentos dados *contra* as penas mínimas que selecionamos previamente. Nós vamos apresentar esses argumentos para ver se eles são ou não argumentos que valem a pena serem desenvolvidos.

Como você vê, trata-se de um tipo de entrevista pouco usual, porque o método adotado visa suscitar e estimular a reflexão coletiva dos pesquisadores e de todos os

participantes da pesquisa. Como dissemos anteriormente, o conteúdo das reflexões que você compartilha conosco permanecerá estritamente anônimo e essa entrevista será utilizada apenas para fins de pesquisa. Em virtude disso, decidimos deixar cada um bastante livre em relação a suas próprias idéias, de forma que cada um de nós possa mudar sua maneira de ver a questão à medida em que o debate sobre o tema se desenvolve. As idéias serão apresentadas “sozinhas”, isto é, “por elas mesmas”.

Primeira Parte:

1. Gostaríamos de começar pedindo que nos indique *os principais argumentos que são dados* – ou que poderiam ser dados – *em favor das penas mínimas*, mesmo se você não está de acordo com o argumento...

[adotar a não-diretividade e explorar as respostas]

2. Nós gostaríamos de explorar agora o papel das “teorias da pena” e do princípio da proporcionalidade – tal como sustentado pelas teorias da retribuição e da dissuasão – na justificação das penas mínimas. Começemos pelo princípio da proporcionalidade:

a. Qual o sentido – ou quais são os sentidos, se há mais de um – que o tribunal ou a doutrina dá ao princípio da proporcionalidade da pena?

i. Explicitar: O princípio da proporcionalidade visa a impedir somente que a pena seja mais severa que a gravidade do crime ou ele é empregado também para se opor às penas menos severas que a gravidade do crime?

b. Você considera que a finalidade de dissuasão e/ou a de retribuição (do mal pelo mal) desempenham ainda um papel importante para justificar as penas mínimas? E o que dizer da teoria da prevenção geral positiva?

i. Dito de outra forma: você considera que as penas mínimas podem se justificar sem as teorias puramente negativas da sanção penal como a teoria da dissuasão, da retribuição ou da teoria da prevenção geral positiva (denúncia simbólica)?

[adotar a não-diretividade e explorar as respostas]

c. Para você, as percepções da opinião pública são utilizadas para justificar as penas mínimas?

i. Esse tipo de argumento [opinião pública] é aceitável do ponto de vista do direito? Em caso positivo, por qual razão e de que forma?

[adotar a não-diretividade e explorar as respostas]

Segunda Parte:

Agora, gostaríamos de testar com você o eventual interesse – ou a eventual força de convencimento – de certos argumentos que se opõem às penas mínimas que selecionamos para discussão.

3. O argumento da incompatibilidade das penas mínimas com os “direito humanos”

[Desenvolver o argumento e adotar a não-diretividade]

4. O argumento da separação de poderes (político/jurídico) e da ingerência indevida do político afetando negativamente a qualidade do direito.

[Desenvolver o argumento e adotar a não-diretividade]

5. O argumento da necessidade de inovar as maneiras de conceber a sanção em direito criminal para construir um “direito criminal mais cidadão” onde a pena de prisão seja aplicada raramente e seja menos longa.

[Desenvolver o argumento e adotar a não-diretividade]

6. O argumento do princípio jurídico da intervenção (mais) punitiva “em último caso” (*ultima ratio*)

[Desenvolver o argumento e adotar a não-diretividade]

7. O argumento da ausência de previsão legal (ao menos no Brasil): Código Penal menciona apenas a máxima (30 anos), mas em nenhum momento indica a necessidade de uma pena mínima.

[Desenvolver o argumento e adotar a não-diretividade]

8. O argumento da existência de penas mínimas de outro tipo que não de prisão, por exemplo, multa ou prestação de serviço à comunidade. Formaríamos assim normas de sanção com a seguinte formulação, por exemplo: “Pena de serviço comunitário a 3 anos de reclusão”

[Desenvolver o argumento e adotar a não-diretividade]

9. Você teria outros aspectos desse tema que gostaria de compartilhar conosco?

[Se “não”, agradecimentos]

ANEXO 9

A divisão de tarefas entre o legislador e o juiz no cálculo da pena nas codificações penais brasileiras

	1830	1890	1940	1969	1984
A formulação do princípio da legalidade da pena (a idéia de <i>pena legal</i>)	Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas Leis, nem mais nem menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso em que aos Juizes se permitir arbitrio.	Art. 1.º Ninguem poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.	Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.	Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.	Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.
A margem de atuação do juiz	Art. 62. Se os delinquentes tiverem incorridos em duas, ou mais penas, que se lhes possam impôr uma depois de outra, se lhes imporá no gráo maximo a pena do crime maior, que tiverem commettido, não sendo a de morte, em cujo caso se lhes imporá a de galés perpetuas. Art. 63. Quando este Codigo não impõe pena determinada, fixando sómente o maximo, e o	Art. 61. Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar o arbitrio. Art. 62. Nos casos em que este codigo não impõe pena determinada e sómente fixa o maximo e o minimo, considerar-se-hão tres gráos na pena, sendo o gráo medio	Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou gráo da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena applicavel, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a	Art. 52. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de	Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de

	<p>minimo, considerar-se-hão tres grãos nos crimes, com atenção ás suas circunstancias aggravantes, ou attenuantes, sendo o maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo o da menor gravidade, a que, se imporá a pena minima; o médio, o que fica entre o maximo, e o minimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.</p>	<p>compreendido entre os extremos, com atenção ás circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:</p> <p>§ 1.º No concurso de circunstancias a aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no grão médio.</p> <p>§ 2.º Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os grãos médio e maximo, e na das attenuantes entre o médio e o minimo.</p> <p>§ 3.º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será applicada no maximo, e no minimo si for acompanhada de uma ou mais</p>	<p>quantidade da pena applicavel.</p> <p>Art 50. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuida, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz applicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.</p> <p>Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.</p>	<p>insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.</p> <p>Art. 63. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz applicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição.</p> <p>Art. 64. Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente à nova infração penal, que constituirá a duração mínima da pena privativa da liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos.</p> <p>§ 1º A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o</p>	<p>pena applicável, dentro dos limites previstos;</p> <p>III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;</p> <p>IV - a substituição da pena privativa da liberdade applicada, por outra espécie de pena, se cabível</p> <p>Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.</p> <p>Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.</p>
--	---	--	---	---	--

		<p>circunstancias attenuantes sem nenhuma agravante.</p>		<p>cumprimento da pena imposta. § 2º Considera-se criminoso habitual aquele que: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena; b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes. § 3º Considera-se criminoso por tendência aquele que comete homicídio, tentativa de</p>	
--	--	---	--	--	--

				<p>homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.</p> <p>§ 4º Fica ressalvado, em qualquer caso, o disposto no art. 94.</p> <p>§ 5º Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.</p>	
As atenuantes	<p>Art. 18. São circunstâncias atenuantes dos crimes.</p> <p>1. Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar.</p> <p>2. Ter o delinquente cometido o crime para evitar maior mal.</p> <p>3. Ter o delinquente</p>	<p>Art. 42. São circunstâncias atenuantes:</p> <p>§ 1.º Não Ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar;</p> <p>§ 2.º Ter o delinquente cometido o crime para desaffrontar-se de grave injuria, o seu</p>	<p>Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:</p> <p>I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;</p> <p>II - ter sido de somenos importância sua cooperação no crime;</p> <p>III - a ignorância ou a errada compreensão da</p>	<p>Art. 58. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:</p> <p>I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;</p> <p>II - ser meritório seu comportamento anterior;</p> <p>III - ter o agente:</p> <p>a) cometido o crime por motivo de relevante</p>	<p>Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:</p> <p>I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;</p> <p>II - o desconhecimento da lei;</p> <p>III - ter o agente:</p> <p>a) cometido o crime por</p>

	<p>commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos; em defeza de sua familia, ou de um terceiros</p> <p>4. Ter o delinquente commettido o crime em affronta de alguma injuria, ou deshonra, que lhe fosse feita, ou á seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos.</p> <p>5. Ter o delinquente commetido o crime, oppondo-se á execução de ordens illegaes.</p> <p>6. Ter precedido aggressão da parte do offendido.</p> <p>7. Ter o delinquente commettido o crime, aterrado de ameaças.</p> <p>8. Ter sido provocado o delinquente. A provocação será mais ou menos attendivel, segundo fôr mais ou menos grave, mais ou menos recente.</p> <p>9. Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez. Para que a embriaguez</p>	<p>conjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado;</p> <p>§ 3.º Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa ou de seus direitos, ou em defeza das pessoas e direitos de sua familia ou de terceiro;</p> <p>§ 4.º Ter o delinquente commettido o crime oppondo- se á execução de ordens illegaes;</p> <p>§ 5.º Ter precedido provocação ou aggressão da parte do offendido;</p> <p>§ 6.º Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior;</p> <p>§ 7.º Ter o delinquente commettido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel;</p> <p>§ 8.º Ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico;</p> <p>§ 9.º Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou Ter</p>	<p>lei penal, quando excusaveis;</p> <p>IV - ter o agente:</p> <p>a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;</p> <p>b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;</p> <p>c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;</p> <p>d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;</p> <p>e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a eunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente.</p> <p>Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a</p>	<p>valor social ou moral;</p> <p>b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;</p> <p>c) cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;</p> <p>d) confessado espontâneamente, perante a autoridade, a autoria de crime ignorada ou imputada a outrem;</p> <p>e) cometido o crime sob a influência da multidão em tumulto, se, ilícita a reunião, não provocou o tumulto.</p>	<p>motivo de relevante valor social ou moral;</p> <p>b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;</p> <p>c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;</p> <p>d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;</p> <p>e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.</p>
--	--	---	--	--	---

	<p>se considere circunstancia attenuante, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos:</p> <p>1. que o delinquente não tivesse antes della formado o projecto do proprio crime: 2. Que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime 3. que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter o crime.</p> <p>10. Ser o delinquente menor de 20 e um annos.</p> <p>Quando o réo fôr menor de dezessete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade.</p>	<p>prestado bons serviços á sociedade;</p> <p>§ 10. Ter o delinquente commettido o crime em estado de embriaguez incompleta, e não procurada como meio de o animar á perpetração do crime, não sendo acostumado a commetter crimes nesse estado;</p> <p>§ 11. Ser delinquente menor de 21 annos.</p>	<p>pena é diminuida de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.</p>		
As agravantes	<p>Art. 16. São circumstancias aggravantes:</p> <p>1.º Ter o delinquente ter commettido o crime de noite, ou em lugar ermo.</p>	<p>Art. 39. São circumatancias aggravantes:</p> <p>§ 1.º Ter o delinquente procurado a noite, ou logar ermo, para mais facilmente perpretar o</p>	<p>Art. 44. São circumstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:</p> <p>I - a reincidência;</p> <p>II - ter o agente</p>	<p>Art. 56. São circumstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificados do crime:</p> <p>I - a reincidência;</p>	<p>Art. 61 - São circumstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:</p> <p>I - a reincidência;</p> <p>II - ter o agente</p>

	<p>2.º Ter o delinquente cometido o crime com veneno, incêndio, ou inundação.</p> <p>3.º Ter o delinquente reincidido em delicto de mesma natureza.</p> <p>4.º Ter sido o delinquente impellido por um motivo reprovado, ou frívolo.</p> <p>5.º Ter o delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este fôr mais velho, tanto que possa ser seu pai.</p> <p>6.º Haver no delinquente superioridade ao respeito em respeito, forças, ou armas, de maneira que o offendido não pudesse defende-se com probabilidade de repelir a offensa.</p> <p>7.º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua á respeito deste em razão do pai.</p> <p>8.º Dar-se no</p>	<p>crime;</p> <p>§ 2.º Ter sido o crime cometido com premeditação, mediando entre a deliberação criminosa e a execução no espaço, pelo menos, de 24 horas;</p> <p>§ 3.º Ter o delinquente cometido o crime por meio de veneno, substancias anesthasicas, incendio, asphyxia ou inundação;</p> <p>§ 4.º Ter o delinquente sido impellido por motivo reprovado ou frivolo;</p> <p>§ 5.º Ter o delinquente superioridade me sexo, força ou armas, de modo que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa;</p> <p>§ 6.º Ter o delinquente procedido com fraude, ou com abuso de confiança;</p> <p>§ 7.º Ter o delinquente procedido com traição, surpresa ou disfarce;</p> <p>§ 8.º Ter precedido ao crime a emboscada, por</p>	<p>cometido o crime:</p> <p>a) por motivo futil ou torpe;</p> <p>b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;</p> <p>c) depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo;</p> <p>d) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossivel a defesa do ofendido;</p> <p>e) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;</p> <p>f) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;</p> <p>g) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de cohabitação ou de hospitalidade;</p> <p>h) com abuso de poder</p>	<p>II - ter o agente cometido o crime:</p> <p>a) por motivo fútil ou torpe;</p> <p>b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;</p> <p>c) depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo;</p> <p>d) à traição, de emboscada, com surpresa, ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima;</p> <p>e) com emprego de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel ou de que podia resultar perigo comum;</p> <p>f) mediante paga ou promessa de recompensa;</p> <p>g) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;</p> <p>h) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de</p>	<p>cometido o crime:</p> <p>a) por motivo fútil ou torpe;</p> <p>b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;</p> <p>c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;</p> <p>d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;</p> <p>e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;</p> <p>f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;</p> <p>g) com abuso de poder ou violação de dever</p>
--	---	--	---	---	---

	<p>delincente a premeditação, isto é, desígnio formando antes da acção de offender individuo certo, ou incerto. Haverá premeditação quando entre o designo e a acção decorrerem mais de vinte quatro horas.</p> <p>9.º Ter o delincente procedido com fraude.</p> <p>10.º Ter o delincente commettido o crime com abuso da confiança nelle posta.</p> <p>11.º Ter o delincente commettido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa.</p> <p>12. Ter precedido ao crime á emboscada, por ter o delincente esperado o offendido em um, ou diversos lugares.</p> <p>13. Ter havido arrombamento para a perpetração do crime</p> <p>14. Ter havido entrada ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime.</p>	<p>haver o delincente esperado o offendido em um ou diversos logares;</p> <p>§ 9.º Ter sido crime commettido contra ascendentes, descendentes, conjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, ;</p> <p>§ 10. Ter o delincente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa;</p> <p>§ 11. Ter sido o crime commettido com arrombamento, escalada ou chaves falsas;</p> <p>§ 12. Ter sido o crime commettido com entrada, ou tentativa para entrar, em casa do offendido com intenção de perpetrar o crime;</p> <p>§ 13. Ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos;</p> <p>§ 14. Ter sido o crime commettido em auditorios de justiça, em casas onde se celebrarem reuniões publicas, ou em repartições publicas;</p>	<p>ou violação de dever inerente a cargo, officio, ministério ou profissão;</p> <p>i) contra criança, velho ou enfermo;</p> <p>j) quando o ofendido estava sob a immediata proteção da autoridade;</p> <p>k) em ocasião de incêndio naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.</p>	<p>relações domésticas, de coabitación ou de hospitalidade;</p> <p>i) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, officio, ministério ou profissão;</p> <p>j) contra criança, velho ou enfermo;</p> <p>l) quando o ofendido estava sob a immediata proteção da autoridade;</p> <p>m) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.</p>	<p>inerente a cargo, officio, ministério ou profissão;</p> <p>h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;</p> <p>i) quando o ofendido estava sob a immediata proteção da autoridade;</p> <p>j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;</p> <p>l) em estado de embriaguez preordenada.</p>
--	--	--	--	--	--

	<p>15. Ter sido o crime cometido de surpresa.</p> <p>16. Ter o delinquente, quando cometeu o crime, usado de disfarce para não ser conhecido.</p> <p>17. Ter precedido ajuste entre dois ou mais indivíduos para o fim de cometer-se o crime.</p>	<p>§ 15. Ter sido o crime cometido faltando o delinquente ao respeito devido á idade, ou á enfermidade do offendido;</p> <p>§ 16. Ter sido cometido o crime estando o offendido sob a immediata protecção da autoridade publica;</p> <p>§ 17. Ter sido cometido o crime com emprego de diversos meios;</p> <p>§ 18. Ter sido o crime cometido em ocasião de incendio, naufragio, inundação, ou qualquer calamidade publica, ou de desgraça particular do offendido;</p> <p>§ 19. Ter o delinquente reincidido.</p>			
Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes	-	<p>Art. 38. No concurso de circunstancias attenuantes e aggravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas a seguintes regras:</p> <p>§ 1.º Prevalecerão as aggravantes:</p> <p>a) quando preponderar</p>	<p>Art. 49. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente</p>	<p>Art. 61. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da</p>	<p>Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da</p>

		<p>a perversidade do criminoso, a extensão do dano e a intensidade do alarmo causado pelo crime;</p> <p>b) quando o criminoso for aceso a praticar más ações, ou desregrado de costumes.</p> <p>§ 2.º Prevalecerão as atenuantes:</p> <p>c) quando o crime não for revestido de circunstancia indicativa de maior perversidade;</p> <p>d) quando o criminoso não estiver em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade.</p> <p>§ 3.º Compensam-se umas circunstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero.</p>	e da reincidência.	e da reincidência. Se há equivalência entre umas e outras, é como se não tivessem ocorrido.	personalidade do agente e da reincidência.
--	--	--	--------------------	---	--