

INDIVIDUALIZAÇÃO E CONSISTÊNCIA DA APLICAÇÃO DA PENA: como estabelecer o equilíbrio?

Inês Freixo*
Sílvia Melo da Matta**

Resumo: O presente artigo pretende, numa primeira parte de carácter descritivo, relatar as discussões que tiveram lugar no 13º Colóquio de Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de *Göttingen*, Alemanha, sob coordenação do Prof. Kai Ambos, catedrático desta mesma Universidade. O ponto principal da discussão foi a dosimetria da pena sob uma perspectiva de direito comparado entre os sistemas Inglês e Galês, Estadunidense, Canadense e Alemão. Questões como a discricionariedade das juízas, os parâmetros para aplicação da dosimetria da pena; as *sentencing guidelines* (diretrizes de sentenças) e suas implicações, assim como a exequibilidade da implementação de um banco nacional de sentenças; a possível realização de debates entre juízas sobre sentenças e os respectivos parâmetros da dosimetria da pena foram também debatidos. Foi, igualmente, abordado o aumento das taxas de encarceramento em alguns dos sistemas supramencionados. Por fim, foram analisadas a necessidade de equilíbrio entre o individualismo e a unicidade das penas; a transparência na dosimetria da pena, além do maior envolvimento das juízas na fase de execução da pena. Numa segunda parte, as autoras fazem uma breve análise do tema sob o ponto de vista do ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Individualização. Consistência. Pena. Direito Comparado.

Abstract: The present article aims – in the descriptive part – at reporting on the discussions that took place at the 13th Colloquium on Criminal Sciences of the Faculty of Law of the Georg-August University of *Göttingen*, Germany, coordinated by Prof. Kai Ambos. The discussions revolved around the comparison of sentencing between the English and Welsh, US American, Canadian, and German systems. Topics such as judges' discretion, the parameters for sentencing; sentencing guidelines and their implications, as well as the feasibility of implementing a national sentencing

* Doutoranda em direito internacional penal na Universidade de *Göttingen*. Mestra pela Universidade de Coimbra, 2015. Contato: freixoines@gmail.com.

** Mestra pela PUC/SP, 2015. Especialista em Direito Constitucional pela EMAG da 3ª Região, 2008, e em Direito Penal pela EPM, 2002. Juíza Federal desde 2005. Contato: silviamatta@hotmail.com.

database, fostering debates among judges regarding sentencing and the respective parameters were discussed as well. The increase in incarceration rates in some of the above-mentioned systems was equally addressed. Finally, it was examined the desirable balance between individualization and the consistency of sentences; transparency in sentencing; and greater involvement of judges in the sentence implementation. In a second part, the authors make a brief analysis of the problem from the standpoint of the Brazilian legal system.

Keywords: Individualization. Consistency. Sentencing. Comparative law.

Sumário: Introdução. Trabalhos e debates. Comparativo com o sistema brasileiro. Considerações finais. Referências.

Introdução

O 13º Colóquio de Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de *Göttingen*, Alemanha, ocorreu no dia 5 de julho de 2019, sob coordenação do Prof. Kai Ambos, catedrático desta mesma Universidade. Desta feita o tema escolhido foi a dosimetria da pena sob uma perspectiva de direito comparado.

A organização dos trabalhos possibilitou o debate científico e a troca de experiências entre professores e professoras dos sistemas Inglês e Galês, Estadunidense, Canadense e Alemão.

Os trabalhos desenvolveram-se com a apresentação de uma visão inicial sobre o tema em cada país do sistema de *common law*. Na sequência, após cada exposição, houve oportunidade para comentários e formulação de comparativos, de forma a enriquecer o debate por parte de professores e professoras de direito alemão.

Trabalhos e debates

A primeira palestrante foi a professora Nicola Padfield – Universidade de Cambridge Inglaterra.

Questionou, em linhas gerais quanta discricionariiedade as juízas devem ter, como tal deve ser controlado e quem deve fazer este monitoramento.

Apontou que em seu ordenamento a Seção 142 do Ato Criminal de Justiça de 2003 dispõe alguns parâmetros a serem observados quando da aplicação da pena, como a necessidade de punição do acusado, a sua reabilitação, a proteção do público e a reparação para os ofendidos.

Contudo, a docente questionou se estes critérios ensejam uma diretriz real e se são efetivos na prática. Além disso, considerou que estes critérios podem auxiliar, mas não são suficientes para uma individualização concreta da dosimetria da pena; não obstante afirmou preferir os critérios à total inexistência de diretrizes.

A professora referiu a importância do Conselho de Sentença (*Sentencing Council*) que veio estabelecer as diretrizes de sentenças (*sentencing guidelines*). Estas diretrizes vieram dar maior consistência ao sistema, de modo a que as penas aplicadas não sejam discrepantes entre as juízas quando sentenciam.

De acordo com o Ato dos Magistrados e Justiça de 2009, as cortes devem seguir as *sentencing guidelines* quando houver o julgamento de delitos, a não ser que seja contrário ao interesse da justiça. Resumidamente, apresentou os 9 (nove) passos para a aplicação da dosimetria da pena, aplicáveis a qualquer crime, consistentes:

1. na determinação da categoria do crime;
2. o ponto de partida e a faixa de categoria da pena (apenamento);
3. a consideração de fatores que indiquem a redução da pena por ter o acusado prestado ou oferecido assistência à acusação;
4. a redução da pena em razão da confissão;
5. a periculosidade;
6. o princípio da totalidade;
7. a compensação e penas auxiliares;
8. a fundamentação jurídica da sentença e
9. a consideração do cômputo de eventual tempo de prisão processual anterior à sentença.

Entretanto, colocou a pergunta se estas diretrizes não tornaram o sistema rígido, com aplicação de penas com maior dosimetria e perda da individualização do caso concreto. Inclusive, questionou se não estariam relacionadas com o aumento da população carcerária, haja vista o aumento substancial a partir de 1990.

Concluiu, ainda assim, que as diretrizes de sentenças beneficiam por um lado a população em geral e, por outro lado as advogadas e as juízas em início de carreira, pois trazem transparência e previsibilidade no tocante à dosimetria da pena e auxílio às julgadoras quando ainda em fase de formação.

No entanto, indagou se não seria o caso de um treinamento maior de juízas a fim de obter-se consistência na dosimetria sem a necessidade de diretrizes pré-estabelecidas, além de conhecimento sobre criminologia por parte dos aplicadores da pena.

Por fim, alertou de que a aplicação da pena é um processo humano, o qual precisa ser individualizado, pois caso contrário seria a mera aplicação mecânica e automática.

O Professor Jörg-Martin Jehle – Universidade de *Göttingen*, Alemanha, iniciou seus comentários lembrando a dificuldade na comparação entre os sistemas, em razão de estes representarem genericamente modelos distintos de justiça.

Apontou que na Alemanha a lei não prevê critérios de avaliação para aplicação da pena e as diferenças regionais (sociais e culturais) impactam na sua dosimetria para o mesmo delito, entre os Estados Federados, segundo estudos empíricos.

Em 2018, a Associação de Juristas Alemães promoveu o debate sobre a utilização de *guidelines*, à luz do que acontece já em algumas jurisdições da *common law*. A conclusão das discussões foi pela sua rejeição, sem prejuízo de se ter aprovado um projeto para a implementação de um banco nacional de dados de sentenças. Ademais, optou-se pela realização, com frequência, de debates entre juízas sobre sentenças e parâmetros da dosimetria da pena, a fim de dar maior consistência ao sistema.

O professor Rhys A. Hester – Universidade de *Clemson*, Carolina do Sul, EUA – iniciou sua apresentação aludindo ao dilema do equilíbrio entre a individualização da pena e a consistência nos julgamentos, a fim de buscar equidade no sistema de aplicação da pena.

Em seguida, debruçou-se sobre o problema do aumento significativo das taxas de encarceramento nos EUA e de acordo com o professor não foram as *guidelines* que causaram este aumento, pois mesmo nos Estados onde estas não existem o seu índice é alto, tendendo até a ser mais elevado do que em Estados que já aprovaram as diretrizes de aplicação de pena.

Segundo o professor palestrante, alguns fatores a justificar o tão discrepante índice de encarceramento de seu país (se comparado às taxas dos países europeus) são as políticas criminais muito rígidas a partir de 1970; a questão da escolha dos promotores e juízas por meio de eleições e/ou indicações políticas, pois estes se encontram vinculados as suas campanhas e ao eleitorado, e a diversidade e discricionariedade da dosimetria das sentenças, além da herança da escravidão e do racismo.

Informou ainda o docente que as famigeradas diretrizes Federais dos EUA são de diminuta aplicação, uma vez que mais de 80% dos crimes são de competência dos Estados. Quanto à aplicação estrita das *guidelines*, apenas 17 Estados Americanos o fazem, entre eles, *Minnesota*. Entretanto, mesmo naqueles onde não há sua previsão ecoa a influência das *guidelines* e existe um comportamento coletivo predominante no tocante à aplicação da pena, como, por exemplo, no Estado da Carolina do Sul.

Salientou, na mesma linha do professor Jörg-Martin Jehle a importância da existência de banco nacional de dados de sentenças, pois este reforçaria em muito a análise empírica das sentenças e seus efeitos. Referiu, ainda, que uma

margem de discricção é necessária para se balancear entre o individualismo e a unicidade das penas, como ocorre no Estado de *Minnesota* onde, apesar da diretriz de dosimetria da pena existente, 1/3 das sentenças não a aplicam sob a justificativa de ferir a individualização da pena.

Em seguida, a professora Tatjana Hörnle – Faculdade de Direito da Universidade *Humboldt* de Berlim e do Instituto *Max Planck* em *Freiburg*, comentou alguns pontos mencionados pelo seu colega.

Apontou que o maior encarceramento nos EUA também pode ser decorrente, por um lado do número maior de promotores e, por outro lado, pelo possível aumento da respectiva eficiência. Acrescentou também que, ao contrário dos EUA, as juízas na Alemanha iniciam suas carreiras jovens, por meio de concurso público, e vivem em um sistema burocrático decorrente de uma Suprema Corte, uma escola de treinamento das juízas e dos códigos penal e de processo penal.

Para a professora debatedora a aplicação da dosimetria da pena na Alemanha é como uma “caixa preta”, pois não há transparência nem previsibilidade. Salientou também que a tradição ou cultura local não pode ser a explicação para justificar a discrepância na sua aplicação.

Pontuou que a *guideline* federal americana não deve ser usada como modelo, pois é bastante restritiva e há modelos mais adequados, como o inglês, onde há margem para a individualização da pena e afastamento das diretrizes de dosimetria da pena a fim de aplicar uma pena justa.

A abordagem canadense coube ao professor Benjamin Berger – Faculdade de Direito *Osgoode*, Universidade de *York*, Toronto.

O sistema Canadense é ainda parco em *guidelines* legais, não obstante, desde 1996 tem havido um real esforço no sentido da sua elaboração e aplicação. O resultado acabou tornando-se um sistema de dados, o que ensejou reformas no sistema criminal. Além disso, existe a força vinculante dos precedentes. No período entre 2000-2010, uma onda conservadora na política canadense levou à implementação de mínimos obrigatórios para as penas (*mandatory minima for sentences*).

Neste último lapso temporal, identificou-se no sistema carcerário um aumento no aprisionamento, em especial de nativos canadenses, conseqüentemente estes mínimos passaram a ser afastados pela Suprema Corte, o que ensejou uma maior individualização das penas. O docente citou dois exemplos onde o sofrimento dos condenados foi utilizado pela Corte para justificar uma adequação da pena, como forma de individualização: o primeiro em razão de o ofensor ter sido vítima de violência da sociedade em represália ao crime cometido e o segundo pela diminuição de um dia de pena, a fim de possibilitar que o condenado não fosse deportado.

Em sua conclusão, sugeriu o maior envolvimento das juízas na fase de execução da pena, ou seja, esta deve ser pensada tendo em conta a vida do condenado, seus efeitos e as suas condições, pois os julgadores teriam como analisar melhor as consequências e a severidade da pena.

O professor Thomas Grosse-Wilde – Faculdade de Direito *Rheinische Friedrich-Wilhelms*, Universidade de *Bonn*, Alemanha, iniciou seus comentários perguntando se a justiça é um fenômeno individual ou coletivo, bem como apontou que em ambos os países (Canadá e Alemanha) há similitude pelas baixas taxas de encarceramento, em comparação com os Estados Unidos, e pela inexistência de *guidelines* ou de comissões de aplicação de penas.

Salientou que, em seu país, também existe o problema de individualização da pena, inclusive, na mesma linha da Suprema Corte Canadense, a Corte Constitucional Alemã diminuiu a pena de um acusado em razão do reconhecimento do sofrimento pelo qual passou. Contudo, este caso é uma exceção.

Acrescentou que o maior problema é a falta de parâmetros que permitam uma coerência entre sentenças. Endossou o ponto de vista do professor canadense no tocante à questão da existência de diálogo entre a fase de aplicação da dosimetria da pena e da sua execução e pontuou que as *guidelines* seriam um bom instrumento de balanço entre individualização e coerência.

Comparativo com o sistema brasileiro

No Brasil temos o sistema trifásico de aplicação da dosimetria da pena previsto no artigo 68 do Código Penal, onde o julgador deve passar pela análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal, em seguida analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes (artigos 61 ao 67 do Código Penal) e, por último, as causas de diminuição e de aumento. Entretanto, não há o *quantum* a pena deve ser aumentada ou diminuída, como 1/8 por cada circunstância judicial, ou 1/6 para cada atenuante ou agravante, ou 1/3, 1/2, 2/3, ou qualquer outro patamar a ser adotado para as causas de aumento ou de diminuição, ou seja, fica a critério de cada julgador.

Desta forma, a jurisprudência passou a dar diretrizes neste sentido, sendo que nem todas possuem força vinculante. Inclusive, alguns julgados sequer dão critérios objetivos indicando apenas os princípios a serem observados.

Como exemplos de entendimentos sem caráter vinculante podemos encontrar a observância dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime para o aumento da pena base (REsp 1599138/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 24.04.2018, DJe 11.05.2018) e aumento da pena-base no per-

centual de 1/6 como padrão e aumento acima deste deve ser justificado (HC 497194/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantes, 5ª Turma, julgado em 02.04.2019, DJe 08.04.2019; HC 434093, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, julgado em 10.04.2018, DJe 24.04.2018 e HC 411129/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 23.11.2017, DJe 01.12.2017).

Entretanto, cada juiz ou juíza pode adotar o percentual que entender mais justo, o que conduz à falta de consistência das penas aplicadas, como observado no caso alemão.

Já com força de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os temas da impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal pela incidência de circunstância atenuante (temas repetitivos nº 190 e nº 191) e a possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (tema repetitivo nº 585).

Tampouco há um de banco nacional de dados de sentenças criminais, o que possibilitaria o respectivo estudo pela academia, como ocorreu no Canadá, e se prevê que ocorra igualmente na Alemanha, a fim de ter-se um panorama de como a dosimetria da pena é aplicada, suas consequências, e até mesmo balizas para o desenvolvimento de uma política criminal.

A sugestão de debate sobre os parâmetros da dosimetria da pena entre juízas geraria uma troca de experiências e a possibilidade de levar os aplicadores e as aplicadoras a refletirem sobre suas sentenças dentro de um contexto maior. Além de, possivelmente, gerar consistência no sistema e, desta forma, uma justiça mais equânime.

Considerações finais

O balanço entre a individualização e a consistência da aplicação da pena não é uma questão de fácil resposta, conforme verificamos no acima narrado e debatido no Colóquio. As situações entre os vários países são distintas e não será a transplantação de um instituto sem a sua análise e debate, além de adaptações necessárias para o ordenamento jurídico, que atenuará ou solucionará problemas de uma aplicação de pena justa.

Referências

BRASIL (1940). Planalto. Decreto nº 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17. ago. 2019

BRASIL (2019). Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência do STJ. Pesquisa Livre. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 17. ago. 2019

