

Coordenadores
AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR
GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS

SENTENÇA CRIMINAL e aplicação da pena

Ensaio sobre discricionariedade,
individualização e proporcionalidade

Prefácio ANDREW ASHWORTH (Universidade de Oxford)

2^o revista,
atualizada
edição : e ampliada

2021

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dosimetria da pena: uma “DR” com Nelson Hungria

Grécio Nogueira Grégio¹

Sem dúvida alguma o título do presente artigo poderia não ter se limitado à intervenção introduzida no ordenamento jurídico com a reforma da parte geral de 1984 e poderia ter se proposto a ir bem além, mais propriamente até o legislador de 1940.

Entretanto, a contemporaneidade dos estudos e conclusões de HUNGRIA, traduzidos no critério vigente pelo ordenamento jurídico pátrio, o faz ser o objeto inequívoco das reflexões do presente artigo, critério este que veio a ser adotado, diga-se, cerca de 15 anos após o falecimento do mesmo.

Fato é que há muitos anos percebemos um sistema jurídico-penal cada vez mais falido, não sendo poucas as vezes em que nos deparamos com a célebre afirmação de que “nosso sistema é perfeito na teoria”!

Mas porque algo “perfeito na teoria” não se mostra ao menos aceitável na prática?

É aqui que entra inequivocamente a necessidade de um repensar da relação com o modelo de HUNGRIA, o qual acaba por validar e estruturar toda uma sistemática de fixação de penas, tendo como ponto de partida a lógica da privação de liberdade e seus intervalos abstratos de pena, lógica esta que chega ao extremo de amarrar todo um sistema de alternativas penais ao cárcere que deveriam funcionar de maneira absolutamente autônoma no tocante à sua previsão e dosimetria.

Refletir sobre o critério adotado pelo legislador e as etapas da fixação da pena é sem dúvida algo extremamente válido e importante na

1. Juiz de Direito do TJES. Mestre em Direitos Fundamentais (FDV/ES).

medida em que se trata do direito positivo, ou seja, é o que temos de efetivamente posto.

Mas como já registrei anteriormente, a proposta do presente estudo é uma ruptura com as premissas de HUNGRIA e a fixação de propostas para um novo paradigma.

Afirmo, após anos de prática em Varas Criminais, que o sistema jurídico-penal é uma fraude. Sob o conveniente argumento da aplicação de dogmas garantistas, processos são embarreirados, e acabam por se eternizar, e inequivocamente transformam uma punição justa em algo injusto, descontextualizado, quando chegam a ocorrer.

Ademais, a submissão de situações objetivas a um elevado número de circunstâncias essencialmente subjetivas faz com que o julgador acabe por incorrer em falhas valorativas e conseqüentemente o processo se ver anulado, e ter que ser submetido a novo julgamento, embora registre desde já que discordo dos que assim entendem, uma vez que comungo da ideia de que a nulidade em tal etapa deve ser objeto de julgamento direto pelo órgão revisor.

Mas retomando o ponto central, chamo o leitor a refletir sobre as seguintes circunstâncias: *culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, conseqüências e comportamento da vítima.*

Desnecessário qualquer esforço para perceber que já na primeira etapa da fixação da pena se fazem presentes praticamente uma totalidade de circunstâncias dotadas de total subjetividade e, por conseqüência, sujeitas a uma valoração em conformidade com a individualidade do julgador.

Como é fácil imaginar, o Juiz por melhor preparado que seja, é dotado de fragilidade como qualquer outro ser humano. À sua disposição um sistema que o conduz à falibilidade.

E tal problema se alastra por todo o critério trifásico já que inequivocamente circunstâncias subjetivas e sujeitas à subjetividade do Juiz se fazem presentes no concurso de atenuantes e agravantes, assim como no reconhecimento de causas de diminuição e aumento de pena.

Ou seja, em todas as etapas da dosimetria da pena, critérios essencialmente subjetivos acabam por ser valorados e a cada dia mais vemos nulidades sendo reconhecidas nos processos por força de supostos vícios de fundamentação, os quais na maior parte das vezes decorrem não de falta de argumentação, mas propriamente de divergência de valoração por partes dos órgãos revisores.

Disto decorre uma preocupação gigantesca de toda a comunidade jurídica, em especial daqueles que, como já registrei anteriormente, utilizam argumentos de supostas violações a postulados garantistas, os quais são utilizados na maior parte das vezes por pessoas que nitidamente não tem qualquer conhecimento científico da teoria de FERRAJOLI.

Mas, posta tal preocupação com a subjetividade excessiva em tal etapa do julgamento, o leitor deve estar a perguntar o que fazer? Onde está o problema do presente trabalho?

O problema está justamente em como eliminar tal risco de falibilidade.

Muito embora o critério trifásico de HUNGRIA não possa ser tratado como uma ruptura com a ordem anterior, já que avançou em relação ao sistema bifásico de ROBERTO LYRA mas dele não escolheu caminho oposto, acabou por ficar dependente de uma mudança muito mais ampla que englobaria necessariamente toda a parte especial e até mesmo crimes previstos em legislação especial. Ou seja, HUNGRIA fez o que foi possível, especialmente porque, como já registrei, faleceu em 1969, datando seus estudos de tal década, muito antes da efetiva vigência da reforma da parte geral.

E aí se situa a matriz do presente estudo. Porque HUNGRIA se limitou a dar um caminho próximo ao que já existia e não propriamente buscar uma reinvenção de todo o sistema jurídico-penal?

Certamente não tenho conhecimento histórico para afirmar que o mesmo não tinha em mente outras ideias, mas o fato é que se elas existiram, não prevaleceram.

E aí o leitor indaga novamente: mas então qual seria um caminho para romper com HUNGRIA e com o sistema que o mesmo é expoente, já que nada de melhor se mostrou?

Ora, com mais de trinta anos de vigência, não existem indicadores que possam fazer crer que o sistema trifásico seja o mais justo ou efetivo.

Muito pelo contrário, as drogas dominaram o país, o crime organizado se instalou nas instituições públicas, a criminalidade de massa explodiu e o sistema carcerário se transformou em um dos maiores pesadelos tanto para o sistema de Justiça criminal, como, e especialmente, para o Poder Executivo.

Apoiado em um conceito tipicamente de *civil law*, decorrente da concepção de direito romano-germânica, o critério de HUNGRIA é fruto da dependência cultural de um modelo que se sustenta na codificação, levada ao extremo, sob o argumento de ser o mais justo e acertado.

Obviamente que não se pode vincular a explosão da criminalidade e até mesmo a superlotação carcerária ao modelo trifásico, mas essencialmente a fatores sociais e políticos, que envolvem a prática, o reconhecimento e a punição do crime.

Ocorre que, nitidamente, o sistema de HUNGRIA não colabora para a modernidade jurídica.

Esse novo tempo não aceita excesso de prazos processuais, dispensa do uso de tecnologias e desperdícios de esforços, além disto, tem exigido soluções cada vez mais rápidas para tudo.

Prova disto são as audiências à distância por sistema de videoconferência, as audiências gravadas em mecanismos digitais sem necessidade de digitação de tudo, as audiências de custódia e as, recém-discutidas, audiências notificatórias/citatórias para a ação penal.

Se o sistema de Justiça está pressionado pela explosão do sistema penitenciário, há um agravamento com a crise financeira dos estados, levando a uma realidade de ausência de políticas de reinclusão e, o que também é muito grave, ausência de abertura de novas vagas.

Ou seja, não é possível crer em um cenário mais favorável sem uma ruptura total com o modelo de aplicação de penas atualmente vigente.

Inspirado em modelos que adotam uma simplificação da metodologia de penas e da adoção de uma processualística enxuta e com uso de modernas tecnologias de gravação, não tenho dúvida de que poderemos chegar a resultados muito mais exitosos tanto no que diz respeito a efetividade das penas como da recuperação do indivíduo.

Poderia parecer teratológico pensar em patamares de penas fixas para um delito, se partirmos de um pré-conceito existente no modelo vigente, o qual é justamente o princípio da individualização da pena, cláusula pétrea segundo a CF/88, mas afirmo que não o é.

Mas para consolidar tal raciocínio, necessário dizer que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, em momento algum estabeleceu que as penas em abstrato deverão ser fixadas conforme intervalos pré-estabelecidos de pena, os quais serão fixados pelo Juiz segundo método valorativo em conformidade com a subjetividade de cada caso.

Tais quantidades de penas são tão somente a corporificação do denominado sistema de penas relativamente determinadas, já que são abstratamente fixados estes intervalos de penas previamente.

Em verdade, entendo que o que o constituinte fez foi de forma clara, positivar o princípio da individualização da pena, afirmando no inciso XLV que nenhuma pena passará da pessoa do condenado e que lei (infraconstitucional) regulará a individualização da pena, no inciso XLVI.

Ou seja, ninguém responderá por um crime a não ser o seu autor e lei própria tratará da técnica de aplicação de pena para tal indivíduo.

Daí reafirmo que não há teratologia ou inconstitucionalidade na postulação da mudança do critério de definição das penas, pois em absoluta e verdadeira técnica jurídica, a sistemática de dosimetria de pena instituída por HUNGRIA e adotada no Brasil desde 1984 é anterior à Constituição Federal de 1988, não se podendo dizer que foi instituída com base nela.

Consequentemente não se pode dizer que é o único método válido e admissível.

Individualizar a pena significa muito mais do que aplicar a técnica trifásica de HUNGRIA.

Individualizar significa dar ao indivíduo o que é o correto para o seu caso, ou seja, estabelecer a pena em abstrato em consonância com o ordenamento jurídico (individualização legislativa), fixá-la na sentença condenatória em conformidade com o fato em julgamento (individualização em concreto) e adequá-la durante o cumprimento da pena (individualização executória).

Individualizar a pena também não significa apenas quantificar a pena, em quaisquer das etapas apontadas, mas também fixar o regime da pena aplicada, conceder eventuais medidas substitutivas, reconhecer o direito à detração, entre outros pormenores.

E considerando tais afirmações, não entendo como válida a argumentação de que em países que adotam o princípio da individualização da pena é incompatível a utilização do sistema de penas fixas, o qual se contrapõe ao sistema de penas relativamente determinadas.

Primeiramente porque, como dito, o próprio legislador estará abstratamente individualizando a pena, dando proporção entre o delito praticado e a pena, ou seja, já avaliará a afetação de determinados bens jurídicos e o grau de seu comprometimento.

E depois porque no tocante à fase judicial, e aqui digo especificamente da fase condenatória, o Juiz realizará a subsunção do fato concreto à regra jurídica e reconhecerá a presença de circunstâncias que tornem o fato mais ou menos grave.

Como já registrado, se o Juiz deve fazer a subsunção do fato à norma, significa que, por exemplo, não pode condenar um indivíduo que praticou um furto, pela prática de um roubo e conseqüentemente lhe aplicar uma pena injusta, de igual forma, não pode permitir que, ainda, que formalmente o condenando por um furto, lhe seja aplicada a pena de outro crime ou do próprio furto em uma figura mais grave ou qualificada.

E ao falar de majorantes e qualificadoras, já registro que sua previsão em abstrato, ao romper com o critério de HUNGRIA, não se inviabiliza.

Perfeitamente possível fazer tal afirmação na medida em que o que se questiona no presente estudo é a excessiva subjetividade entregue ao Juiz, fazendo com que o mesmo seja bombardeado de questionamentos que inviabilizam a sentença, em especial pela frequente ocorrência de prescrição.

Ao conservar a presença de majorantes junto ao tipo penal, permite-se a incidência de situações que revelam a maior gravidade concreta da conduta praticada em relação ao tipo penal fundamental, ou seja, em sua forma simples.

De igual sorte, a presença de qualificadoras e até mesmo de hipóteses de privilégio são de total compatibilidade com um sistema de penas fixas.

Do ponto de vista prático, a incidência de majorantes e causas de diminuição de pena, como postos atualmente, acabam por levar o Juiz para o mesmo buraco de questionamentos subjetivos e o processo para a mesma vala sem fundo da prescrição.

Basta uma simples leitura em qualquer manual de direito penal ao tratar, por exemplo, do crime de roubo majorado para confirmar o que é dito aqui. Ao tratar do roubo em tal modalidade, até fórmulas matemáticas já foram desenvolvidas assim como tabelas de proporcionalidade, sem falar nas infundáveis correntes que sustentam a possibilidade de sua coexistência e eventual limite para a majoração.

Significa dizer que tudo que representa uma subjetividade excessiva para o Juiz, tem atuado na contramão, e levado o processo para discussões que só interessam à uma falaciosa argumentação garantista.

O Direito garantista é o Direito justo, com processo previamente definido, condutas previamente definidas em lei, onde os procedimentos são observados e a tutela jurisdicional é fornecida com respeito a postulados fundamentais.

É por isto que reafirmo que analisar subjetivamente numa terceira fase de aplicação do critério de HUNGRIA, nos moldes atuais, é um equívoco. Se não do ponto de vista de observância do instituído pelo legislador de 1984, mas do ponto de vista de um moderno direito penal, com as exigências da contemporaneidade.

Em conformidade com todo o raciocínio do presente estudo, afirma-se que é igualmente um equívoco existirem intervalos para aplicação de majorantes e também das causas de diminuição de pena.

Não faz sentido algum o estabelecimento de tais intervalos na medida em que, como já dito, colocam o Juiz em uma situação de falibilidade extrema, já que dotados de uma natural instabilidade decorrente de métodos valorativos pessoais que decorrem de máxima de experiência, hábitos culturais, religiosos, entre outros fatores.

Portanto, perfeitamente compatível a existência de hipóteses que diminuam ou majorem a pena, mas que deverão ocorrer em patamares fixos, bastando que diante do reconhecimento de uma daquelas hipóteses tratadas, levem a aplicação do modelo abstrato.

Da mesma forma no tocante às causas de redução de pena, inclusive previstas em regras de caráter estruturante, ou seja, não apenas as especiais, citando como exemplo a tentativa. Aliás, quanto a esta, uma das discussões mais sem fim já observada no direito penal pátrio, afinal, praticamente de impossível elucidação identificar a proximidade com a consumação do delito e conseqüentemente pensar na justa fração de redução da pena.

Outra importante reflexão quanto a presença de circunstâncias que diferenciam o tipo derivado do fundamental são as qualificadoras e privilegiadoras.

Embora incidam antes da primeira fase da dosimetria, já que lhe servem de base, não há incompatibilidade alguma com a crítica feita no presente estudo.

Primeiramente porque é plenamente viável pensar em circunstâncias que qualificam o crime, sejam elas de caráter objetivo ou subjetivo, como circunstâncias que tornam o crime especial em relação ao mesmo

em sua forma elementar, ou seja, são circunstâncias objetivamente dotadas de maior gravidade jurídica, sejam elas de caráter pessoal (subjetivas) ou apenas em razão do fato (objetivas) .

O diferencial é que estaremos tratando de uma nova pena fixa em abstrato, e não mais um novo intervalo de pena, dotado de toda a repercussão da subjetividade do julgador, inútil, nociva para o processo em conformidade com todos os elementos já apontados até aqui.

Ademais, as qualificadoras poderiam operar, também, para deslocar a pena de determinado fato típico punido apenas com uma pena restritiva de direitos para uma pena privativa de liberdade.

Aliás, neste particular, essencial tecer registros específicos para dar coerência a tudo que se sustenta aqui para reafirmar que Hungria não rompeu com um paradigma, mas tão somente lhe deu nova roupagem.

À guisa de exemplo, podemos pensar em um crime de lesões corporais simples, para o qual deveria ser abstratamente cominada tão somente a aplicação de restritivas de direito dentre as possíveis, a critério do Juiz.

Outro exemplo de grande valia nos dias atuais seria uma situação e furto, onde seria plenamente adequada a cominação tão somente de penas restritivas para o fato praticado em sua forma elementar, enquanto em suas formas qualificadas deveria ser cominada pena privativa de liberdade.

Em que pese não existir razão técnica que justifique, mas tão somente critérios de política criminal, ou conveniência, do legislador, seria perfeitamente possível a coexistência de múltiplas formas de qualificadoras como se observa atualmente, por exemplo, ao prever o furto de veículo que vem a ser levado para outro estado ou país.

Outro ponto de convergência para as ideias aqui apontadas e para as quais já foram realizados estudos acerca do tema no Brasil, é o protagonismo das penas restritivas de direitos em determinados casos, e neste particular destaco as palavras de GEDER GOMES¹ na obra *Substituição da Prisão*, quando sustenta que para determinados casos a restritiva deve ser a regra, definida no próprio preceito secundário do crime:

Com a inversão pretendida, ao menos os tipos penais de menor potencial ofensivo, trariam as penas restritivas de direito como regra, dando visibilidade a este sistema punitivo como opção clara de política criminal, ampliando o espaço de um direito penal pautado na intervenção

mínima, por meio de sanções legítimas e adequadas a esta categoria de infrações penais.

Neste particular ousou ir além das ideias de GEDER GOMES, pois entendendo que o uso das penas restritivas de direitos deve ser regra para todos os crimes com pena privativa de liberdade de até 4 anos no modelo atual, delitos estes que passariam a ser sujeitos a penas restritivas de direito a critério do Juiz.

Portanto ao realizar a aplicação da pena restritiva de direitos, levaria em conta a pena mais adequada para o caso e sendo constatada a aptidão de uma pena que tenha caráter temporal, a exemplo da PSC, deveria o sistema contemplar de forma geral, apenas o patamar máximo da aludida medida, ficando totalmente a critério do Juiz, conforme as peculiaridades do caso, o tipo da pena e sua duração.

Necessário frisar que tal proposta não pode ser tida propriamente como algo inédito em nossa legislação, tendo em vista que já adotada pontualmente, como, por exemplo, no caso do crime de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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.

Portanto, para fazer sentido o conjunto do que é defendido no presente artigo, necessário dizer que deve ocorrer a abolição da técnica da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, passando estas a ser a regra para determinados crimes.

A estrutura normativa continuaria a apresentar o preceito primário (conduta típica) e o preceito secundário (pena restritiva de direito para determinados casos e privativa de liberdade em quantidade fixa, para outros)

Válido reforçar a defesa da ideia de que para os crimes que comportam penas restritivas de direitos em seu preceito secundário não deverá ter previsão de intervalo de pena privativa de liberdade, nem de forma supletiva, sendo que para o caso de descumprimento deverá ser

decretada a prisão pelo prazo equivalente ao benefício descumprido, observado o mínimo de 30 (trinta) dias de prisão, a qual terá natureza de prisão-pena substitutiva em razão de descumprimento de alternativa penal ao cárcere.

Sobre o tema, já se pronunciou EDMUNDO DE OLIVEIRAⁱⁱ:

Em consequência, a aplicação de medidas não privativas requer um certo grau de intromissão. Além disso, o não-cumprimento das obrigações pode ter graves consequências para o delinquente, como, por exemplo, a reclusão.

Friso que tal postura levaria a um maior respeito da política de penas restritivas de direitos, hoje inequivocamente ainda tratada com pouca seriedade não só pelos apenados como pela sociedade, a qual por diversas razões tem a ideia de que seja um nada jurídico.

Obviamente que quando se questiona um sistema construído e talhado praticamente como única opção há décadas, surgem indagações para o contraponto ora apresentado, e uma das principais é a de como ficaria o sistema progressivo adotado como desdobramento da política de penas e da dosimetria realizada?

Como já registrado, o que é concreto nos dias atuais é a falência do sistema penitenciário e porque não dizer do modelo progressivo de cumprimento de penas como adotado no Brasil.

À exceção de raras práticas exitosas fruto de implantação de métodos diferenciados de trato penitenciário, com participação popular e de entidades em geral, a recuperação do ser humano no ambiente carcerário no Brasil não acontece.

Tanto é assim que o próprio poder público se empenhou para a retirada da exigência de exame criminológico para fins de progressão de pena, ainda na década de 2000, simplesmente porque se efetivamente realizados não haveria progressão de pena na prática, já que notoriamente os indivíduos não são submetidos a atividades ressocializadoras, fora as condições desumanas encontradas na maior parte do sistema penitenciário nacional.

Neste passo, e em resposta à indagação realizada, digo que a progressividade deve acabar.

O regime aberto no Brasil é figura de mera ficção jurídica, onde inexistem casas de albergados, e, ainda por cima, posição consolidada dos tribunais no sentido de que não se podem cumular condições inerentes

às penas restritivas como forma de efetivação do regime aberto, ou seja, é um nada jurídico.

No tocante ao regime semiaberto, afirmo no mesmo sentido de que não há empenho do poder público para que este seja o que a legislação desejou que fosse, ou seja, praticado em colônias penais agrícolas ou industriais com fomento de atividade produtiva e desenvolvimento do ser humano encarcerado e em vias de retorno pleno à sociedade. É notório que as poucas colônias penais existentes no Brasil não possuem tal estrutura e nem mesmo vagas suficientes e postos de trabalho.

À exceção ficaria para os casos de livramento condicional, o qual embora não seja tecnicamente etapa do sistema progressivo, mas uma forma de reinserção do indivíduo, o qual a nosso ver poderia ocorrer com 2/3 (dois terços) do cumprimento das penas iguais ou superiores a 3 anos, pena esta já considerada dentro da nova perspectiva de penas fixas.

Neste passo, registro que havendo desejo do legislador de manutenção da hedionda figura dos crimes hediondos, o livramento condicional para tais casos poderia ocorrer com $\frac{3}{4}$ (três quartos) do cumprimento da pena.

Consequência natural da adoção de um novo paradigma de individualização e aplicação das penas é um impacto direto na figura dos Juizados Especiais Criminais, os quais deveriam passar a ter competência para todos os crimes punidos com penas restritivas de direitos e não mais pelo critério de quantidade de penas.

Por desdobramento natural as Varas Criminais ficariam restritas ao processo e julgamento dos crimes apenados com penas privativas de liberdade.

Igual impacto acontecerá com a ampliação de casos sujeitos às saídas consensuais para resolução dos processos criminais, tais como transação penal e substituição da pena, as quais passariam a ser cabíveis em delitos de baixa lesividade como um furto simples.

Obviamente que existem diversas outras implicações em um processo de repensar do sistema de aplicação de penas que devem ser cautelosamente avaliadas, mas o fato é que o tempo está se passando e as soluções não estão sendo encontradas.

Neste sentido, destaco as palavras de EDMUNDO DE OLIVEIRAⁱⁱⁱ:

i. GOMES, GEDER. *A substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 217.

Na verdade, a evolução da opinião mundial acerca dos problemas surgidos com as penas de prisão *originou um interesse crescente em encontrar meios eficazes para ajudar os delinquentes no seio da comunidade, sem recorrer à reclusão*. Cada vez mais existem maiores dúvidas sobre as reais possibilidades da reclusão para reabilitar os delinquentes. *O que cresce é a certeza de que a prisão pode converter os delinquentes em criminosos ainda piores* e, por isso, ela deve ser reservada aos casos mais graves e perigosos. A reclusão em si é dispendiosa, acarretando outros custos sociais. Muitos países enfrentam problemas de superlotação nas prisões. Nos estabelecimentos penitenciários que tem uma população reclusa em excesso, parece ser impossível capacitar os presos, para que, quando estejam em liberdade, levem uma vida honrada.

Estamos perdendo tempo tentando garantir supostos direitos fundamentais simplesmente mantendo um sistema de aplicação de penas em tese preservador de uma subjetividade a qual pelos muitos aspectos apontados no presente estudo acaba sendo nociva, mantendo o homem encarcerado excessivamente, o piorando no cárcere e o devolvendo involuído para a sociedade.

A hipocrisia deve ser vencida com evolução científica e jurídica, rompendo o mito de um direito penal simbólico, que tem em penas elevadas uma falsa resposta qualitativa para a retribuição e prevenção do crime.

De concreto, temos que HUNGRIA fez o seu melhor, dentro do possível, mas certamente hoje concordaria com a necessidade de uma ruptura com o que não se adequa a nova realidade social e jurídica, gerando violações humanas e descrédito perante a sociedade.

ii. OLIVEIRA, EDMUNDO. *O Futuro Alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 358.

iii. *Idem*. p. 357.

Discricionariedade judicial em matéria de drogas numa perspectiva comparada entre Brasil e Portugal: a diferenciação do consumo e do tráfico de drogas

Jorge Quintas¹

João Diego Rocha Firmiano²

Sumário: 1. Introdução; 2. Discricionariedade, Disparidade e Discriminação; 3. A discricionariedade e a delimitação do tráfico vs. consumo de drogas; 3.1. Brasil; 3.2. Portugal; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os tipos legais em matéria de drogas, e as respectivas penas ou sanções, são separados por uma linha tênue de diferenciação. No âmbito legislativo, com base nas convenções internacionais sobre drogas, foram estabelecidas por todo o mundo diversas interdições que se estendem do mero consumo ao tráfico de drogas, expressão que consagra um conjunto amplo de modalidades de ação com diferentes níveis de gravidade. Cabe às autoridades policiais, ao Ministério Público, aos Tribunais (ou, no caso de Portugal, também a entidades administrativas atuantes

-
1. Doutor em Criminologia. Mestre em Psicologia. Licenciado em Psicologia. Professor Auxiliar e Diretor da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador no CJS – Centro de Investigação Interdisciplinar em Crime, Justiça e Segurança da Escola de Criminologia. Contato: joliveira@direito.up.pt
 2. Mestre em Criminologia (Universidade do Porto). Bacharel em direito. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Contato: joaodiego@adv.oabsp.org.br

nas contraordenações de consumo) a responsabilidade de enquadrar, no âmbito das respectivas competências, as presumíveis infrações ou os ilícitos comprovados nas opções legislativas disponíveis em cada país ou jurisdição legal. Na prática, todas as instituições formais de controle intervenientes nas infrações às leis das drogas, enfrentam a necessidade de distinguir uma situação que preencha os requisitos legais para um ilícito de mero consumo de outra situação que preencha os requisitos legais para o tráfico de drogas, sendo que as medidas de coação, as penas ou as sanções aplicáveis apresentam níveis de punitividade extremamente diferenciados. É precisamente nestes processos de tomada de decisão que contêm alguma discricionariedade, que se podem gerar fenômenos de disparidade e/ou discriminação na abordagem legal aos infratores das leis das drogas.

Os objetivos do presente texto são os de examinar os conceitos de discricionariedade, disparidade e discriminação e de analisar, numa perspectiva comparada entre Brasil e Portugal, a forma como se opera a diferenciação do consumo e tráfico na aplicação das leis de drogas. Para esse efeito, torna-se necessário contextualizar as condições legislativas em que se encontram as polícias, o Ministério Público e os Tribunais para diante de diversas situações fácticas estabelecerem a diferenciação entre as situações de consumo e as de tráfico de drogas.

2. DISCRICIONARIEDADE, DISPARIDADE E DISCRIMINAÇÃO

A discricionariedade pode ser definida como o “poder conferido aos profissionais da justiça criminal para usar seu julgamento para decidir que ação tomar em uma determinada situação”³. A prerrogativa de decidir dessa maneira, em uma forma simples, refere-se “à liberdade, poder, autoridade, decisão ou margem de manobra de um funcionário, organização ou indivíduo para decidir, discernir, determinar ou fazer um julgamento, uma escolha ou uma decisão sobre cursos alternativos de ação ou inação”⁴.

Por envolver uma multiplicidade de significados a discricionariedade pode ser considerada uma das questões mais polêmicas na justiça,

3. McLAUGHLIN, E. Discretion. In: McLAUGHLIN, E.; MUNICE, J. (eds.). *The SAGE dictionary of criminology*. London: SAGE Publications, 2001, p. 95.

4. GELSTHORPE, L.; PADFIELD, N. Introduction. In: GELSTHORPE, L.; PADFIELD, N. (eds.). *Exercising discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan Publishing, 2003, p. 3.

nomeadamente a criminal. Habitualmente, as ações discricionárias são entendidas de forma negativa, como sendo geradoras de decisões que afrontam o princípio da legalidade ou como sendo capazes de fomentar a disparidade ou a discriminação. Podem, contudo, ser vistas de forma mais positiva, quando se concede que as ações discricionárias dos atores do Sistema de Justiça Criminal diariamente “lubrificam” o seu funcionamento⁵, por exemplo, quando uma margem razoável de desatenção a determinadas (pequenas) infrações resulta numa capacidade acrescida do sistema permanecer gerível e não entrar em colapso. Não é, contudo, por nenhuma destas ideias que se entende aqui o conceito de discricionariedade. Pelo contrário, concebe-se a discricionariedade do/a(s) aplicador(es/as) da lei como agente(s) responsável(is) de uma hermenêutica que visa conjugar os imperativos da lei com uma sensibilidade às características do caso concreto.⁶

A preocupação central que se projeta nas discussões sobre a tomada de decisão dos principais atores do Sistema de Justiça Criminal, não será a da existência de um nível razoável de discricionariedade inerente a qualquer julgamento que concilia casos concretos com princípios gerais, mas diz respeito à possibilidade de os julgamentos serem demasiado subjetivos.⁷ Daí que as pesquisas científicas internacionais sobre estes temas tenham frequentemente como objetivo o de esclarecer os fatores que condicionam as decisões judiciais de modo a compreender se as margens de discricionariedade produzem fenômenos de disparidade e/ou de discriminação.

A disparidade tem sido estudada especialmente no âmbito das condenações, procurando estabelecer se existem diferenças nas penas impostas aos réus em situações semelhantes. SPOHN⁸ considera que disparidade consiste numa diferença de tratamento aplicado ao processo de julgamento, quando indivíduos em circunstâncias semelhantes são con-

5. McLAUGHLIN, E. *Op. cit.*

6. AGRA, C.; FONSECA, E.P.; QUINTAS, J.; POIARES C. A criminalização da droga: da emergência à aplicação da lei. In: AGRA, C. (org.). *Droga e Crime: Estudos Interdisciplinares* (Vol. 3). Lisboa: Ministério da Justiça - Gabinete de planeamento e de coordenação do combate à droga, 1997.

7. Cf. HEDDERMAN, C.; GELSTHORPE, L. *Understanding the Sentencing of Women*. London: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1997; SMITH, D.J. Ethnic Origins, Crime, and Criminal Justice in England and Wales. In: TONRY, M. (ed.). *Ethnicity, Crime and Immigration: Comparative and Cross National Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, pp. 101-182.

8. SPOHN, C. *How do Judges Decide?: The Search for Fairness and Justice in Punishment*. Arizona: SAGE Publications, 2009.

denados de forma diferente, mas também alerta para o fato de ocorrer disparidade quando indivíduos em circunstâncias diferentes recebem a mesma condenação. A disparidade assenta em diferentes fatores, entre os quais se contam as diferentes tradições jurídicas, as diferentes políticas por parte dos tribunais, a disponibilidade de recursos para o/a julgador/a, a frequência do tipo de crime numa área específica⁹, bem como em diferenças particulares dos julgadores/as. O amplo conjunto de fatores explicativos da disparidade opera, assim, independentemente de o fato desse resultado derivar de um viés intencional ou de um preconceito. Na prática, muitas decisões serão díspares, apesar da intenção dos operadores/as do sistema judicial ser a de diminuir a disparidade, designadamente quando se introduzem orientações (*guidelines*) para os/as julgadores/as que visam incrementar a harmonização das decisões e constituir métricas comuns que fundamentem as tomadas de decisão, especialmente na determinação da medida concreta da pena. Acresce que, ainda que a maior parte das pesquisas se centre no processo de julgamento, a disparidade poderá ser também equacionada ao longo do Sistema de Justiça Criminal (ou um sistema relacionado), quando se procura verificar o eventual tratamento diferenciado dos diversos agentes processuais perante circunstâncias semelhantes.¹⁰

A discriminação, frequentemente ligada ao preconceito, no contexto da justiça criminal, é comumente entendida como: “tratamento desfavorável baseado no sexo, gênero, classe social, língua, raça, etnia, religião, preferência sexual, idade, deficiência ou qualquer outro motivo impróprio”¹¹. Neste sentido, a discriminação afeta negativamente as decisões ao refletir nelas diferenças que resultam de parcialidade ou preconceito contra, por exemplo, minorias raciais, pobres, grupos ou indivíduos identificados como “problemáticos” (por exemplo, o dependente de substâncias ilegais, especialmente quando identificado negativamente como é o caso típico do usuário de crack que, em São Paulo, habita a região da “Cracolândia”). Haverá, por oposição, formas de discriminação designadas como positivas, quando o tratamento judicial das situações

-
9. PENNINGTON, D.C.; LLOYD-BOSTOCK S. *The Psychology of Sentencing. Approaches to consistency and disparity*. Oxford: British Library, 1987.
 10. GELSTHORPE, L.; PADFIELD, N. Introduction. In: GELSTHORPE, L.; PADFIELD, N. (eds.). *Exercising discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan Publishing, 2003.
 11. McLAUGHLIN, E. Discretion. In: McLAUGHLIN, E.; MUNICE, J. (eds.). *The SAGE dictionary of criminology*. London: SAGE Publications, 2001.

confere uma vantagem aos indivíduos ou grupos que se encontram em situações desfavoráveis. Nos dois tipos de discriminação, esta existe quando as características juridicamente irrelevantes de um indivíduo em julgamento afetarem a sentença imposta após todas as variáveis juridicamente relevantes serem levadas em consideração.¹²

Na fase judicial e, especialmente, na determinação da medida concreta da pena, as decisões dos/as juízes/as fundamentam-se necessariamente nos fatores decorrentes da legislação de cada país que incluem aspectos legislativos e formas de individualização da pena legalmente determinados. Segundo ANTUNES, “as legislações vieram adotando quase unanimemente um sistema em que se combinam sucessivamente duas etapas: a da individualização da pena, na sua classe e «quantum», feita pelo legislador (individualização legal) e a da individualização dessa mesma pena feita pelo juiz no caso concreto (individualização judicial). A individualização legal consiste na definição dos factos puníveis e quantidade de pena aplicável aos factos assim abstractamente descritos. (...) a individualização judicial à qual cabe, naquele típico movimento caracterizador da dinâmica do direito da teoria à «praxis», do sistema ao problema, realizar uma adequada correspondência da pena ao facto do agente, mediante a específica valoração do caso concreto, que o juiz fará à luz de determinados critérios fixados pela própria lei”¹³. Denominam-se de fatores legais ou juridicamente relevantes, as características de casos e os atributos dos indivíduos que os/as juízes/as estão legalmente autorizados a levar em consideração na prolação das decisões judiciais, contando-se tipicamente entre estes a gravidade do crime, os antecedentes criminais do indivíduo, o uso de uma arma para cometimento do crime, entre outros.¹⁴ Os fatores legais dependem, assim, das leis de cada país, incluindo-se as limitações impostas pelas respectivas jurisdições.

No Brasil, o Código Penal, no seu artigo 59, enuncia expressamente os fatores que os/as julgadores/as devem levar em consideração para a fixação da pena, são eles: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima. Entretanto, o mesmo Código também

12. SPOHN, C. *How do Judges Decide?: The Search for Fairness and Justice in Punishment*. Arizona: SAGE Publications, 2009.

13. ANTUNES, J. A. Algumas notas sobre a determinação judicial da pena no Código Penal português. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1993, pp. 430-431.

14. SPOHN, C. *How do Judges Decide?: The Search for Fairness and Justice in Punishment*. Arizona: SAGE Publications, 2009.

prevê os fatores que os/as juízes/as devem enquadrar como circunstâncias agravantes¹⁵, bem como os fatores que devem enquadrar como circunstâncias atenuantes¹⁶ na fundamentação das decisões judiciais.

Em Portugal, o Código Penal prevê, no seu artigo 71º, os fatores que os/as julgadores/as devem levar em consideração na determinação da medida concreta da pena, são eles: todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: 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; a intensidade do dolo ou da negligência; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; as condições pessoais do agente e a sua situação econômica; a conduta anterior ao fato e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; a falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no fato, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. Acresce que o Código Penal Português, no artigo 72º, explicita os fatores que devem ser tidos como circunstâncias atenuantes especiais da pena¹⁷.

-
15. Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; 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; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.
 16. Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; 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; 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; d) confesso espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.
 17. Art. 72º - Atenuação especial da pena: 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

No entanto, os estudos criminológicos evidenciam a importância de se buscar compreender, também, os fatores que, do ponto de vista jurídico, devem ser considerados irrelevantes.¹⁸ Trata-se de um conjunto de características de casos e atributos dos indivíduos que não têm qualquer relação racional com os propósitos da decisão judicial. Entre estas características juridicamente irrelevantes merecem destaque a raça, a etnia, o gênero e a classe social que estão, obviamente, ausentes como condições legais atendíveis nas diversas legislações.¹⁹ Estes fatores, frequentemente designados como extralegais, podem potencialmente ter uma influência, implícita ou explícita, nas decisões judiciais e, desse modo, colidirem com o princípio da igualdade²⁰ perante a lei.²¹ Refira-se, contudo, que a sua inadmissibilidade jurídica não prejudica o interesse das pesquisas criminológicas em saber os seus efeitos diretos e a forma como interagem com fatores legais na produção das decisões judiciais. Neste sentido, existe já uma extensa literatura criminológica²²

ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena. 2 - Para efeito 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. 3 - Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especialmente prevista na lei e à prevista neste artigo.

18. HAGAN, J. Extra-Legal Attributes and Criminal Sentencing - An Assessment of a Sociological Viewpoint. *Law & Society Review*, 1974, pp. 357-384.
19. SPOHN, C. *How do Judges Decide?: The Search for Fairness and Justice in Punishment*. Arizona: SAGE Publications, 2009.
20. "A igualdade de tratamento envolve, em um extremo, a aplicação imparcial das regras e procedimentos existentes, independentemente do resultado (justiça processual) e, por outro, a ideia de que quaisquer políticas ou procedimentos que tenham o efeito de punir ou controlar em maior proporção um grupo social do que outro são injustos, e que o direito e a política social devem ser ajustados de modo a alcançar resultados iguais (justiça substantiva)" (GELSTHORPE, L.; PADFIELD, N. Introduction. In: GELSTHORPE, L.; PADFIELD, N. (eds.). *Exercising discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan Publishing, 2003, p. 4).
21. SPORER, S. L.; GOODMAN-DELAHUNTY, J. Disparities in sentencing decisions. *Social Psychology of Punishment of Crime*, 2009, pp. 379-401.
22. Cf. a revisão geral em RODRIGUES, A. L. *O processo de tomada de decisão sentencial: Análise de fatores implicados na concretização do direito penal*. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2013 - tese de doutoramento; ou a revisão sobre o homicídio conjugal em AGRA, C., QUINTAS, J., SOUSA, P.; LAMAS LEITE, A. *Decisões judiciais em matéria de homicídios conjugais - Estudo de Sentencing*. Porto: Escola de Criminologia, 2015.

que demonstra que as características do acusado ou condenado (e.g. raça, gênero, ...) podem exercer um papel na determinação das decisões judiciais. Acresce que a literatura criminológica tem também demonstrado que existem múltiplas outras variáveis extralegais com influência nas decisões, entre as quais se contam as características da vítima (e.g. raça, gênero, ...), dos julgadores (e.g. idade, tendência política) e do próprio contexto (e.g. volume de trabalho, taxas de criminalidade) em que as decisões são proferidas.

3. A DISCRICIONARIEDADE E A DELIMITAÇÃO DO TRÁFICO VS. CONSUMO DE DROGAS

As convenções internacionais sobre drogas estimulam os Estados Partes a criarem infrações que visam, primordialmente, a forte repressão de todo o tipo de tráfico de drogas, expressão que congrega toda a produção, fabrico e comércio de drogas. Destarte os países são estimulados a estabelecer severas penalizações para o tráfico de drogas e a criar instrumentos processuais expeditos que, por vezes em contramão com a tradição jurídica de alguns deles, permitem pautar os sistemas de justiça criminal de uma lógica de combate, que pugna pela exclusão agnóstica do traficante²³, que constitui a figura simbólica da personificação do mal.²⁴ Relativamente ao consumo de drogas, as convenções internacionais, distinguem entre o uso lícito (por exemplo, para fins médicos e científicos) do uso ilícito²⁵, estimulando os estados a manter no seu direito interno a interdição do uso de longas listas de substâncias consideradas potencialmente nocivas. Acresce que as convenções internacionais fornecem aos estados indicações, não imperativas, para que a resposta penal seja a preferencial, com intuítos dissuasivos sobre os potenciais consumidores e, por vezes²⁶, manifestam ainda a intenção de permitir que o contato com os Sistemas de Justiça Criminal potencie a alavanca terapêutica dos dependentes de substâncias que sejam detectados por atos de consumo. Como se tratam de condições não imperativas alguns estados, entre os quais se conta Portugal, procederam

23. AGRA, C. Ciencia, ética y arte de vivir. Elementos para un pensamiento crítico sobre el saber y las políticas de la droga. *Seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, 2003, pp. 203-225.

24. SANTOS, D. Drogas, Globalização e Direitos Humanos. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência*, 2004, pp. 21-53.

25. AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law (Vols. II - The Crimes and Sentencing)*. Oxford: OUP, 2014.

26. Cf. Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas (1971).

à descriminalização do consumo de drogas, enquanto outros, entre os quais se conta o Brasil, despenalizaram este comportamento, por exemplo, afastando a possibilidade de aplicação de pena de prisão.

Portugal e o Brasil são países em que, na senda da respectiva tradição jurídica, as decisões dos atores do sistema de justiça são legitimadas antecipadamente por códigos que definem os crimes e as penas e por outro código que define o procedimento de apuração e julgamento do crime.²⁷ Acresce que existem ainda jurisprudências dominantes que têm entre os seus objetivos o de gerar restrições que limitam o poder discricionário dos principais atores do Sistema de Justiça Criminal diante de determinadas situações. Em matéria de drogas, a legislação portuguesa e brasileira tem, ainda, uma raiz comum que se alicerça em convenções internacionais da ONU de que ambos os países são signatários. Nos dois países as leis sobre drogas, estabelecidas a partir da primeira metade do século XX, constituem-se como legislação extravagante.²⁸ Nas leis das drogas atuais, estabelece-se uma diferenciação do consumo em relação ao tráfico de drogas e que, relativamente a este último, existem diferenciações legais em função do grau de severidade do mesmo.

3.1. Brasil

No Brasil, a atual lei das drogas (Lei nº 11.343/2006), estabelece como principais crimes:

– Consumo (artigo 28), definido como: “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”. A intenção legislativa é a de não prever pena de prisão para o porte de drogas para consumo individual continuando, porém, a conduta a ser criminalizada e sancionada através de outras penas como: (I) advertência sobre os efeitos das

27. PAES, V. F. *Como se contam crimes: um estudo sobre a construção social do crime no Brasil e na França*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais - tese de doutoramento, 2010.

28. Nos dois países a legislação sobre drogas não foi integrada nos códigos penais. No caso do Brasil, a lei das drogas está construída de forma a definir toda as políticas públicas sobre drogas, incluindo quer as penalizações, quer as formas de organização de serviços, enquanto as leis das drogas portuguesas se limitam a definir as interdições e estabelecer as respectivas penalidades, resguardando-se para outro tipo de diplomas legais formas de organização de serviços especializados e opções de política das drogas.