

**Gabriel Silveira de  
Queirós Campos**

# **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**

Breve estudo comparativo entre a  
dosimetria penal brasileira e o  
modelo de *sentencing guidelines*  
norte-americano e inglês

2021

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO II

# MODELOS DE APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO COMPARADO

### 1. Limitando a discricionariedade judicial: diferentes modelos de aplicação de pena

Não é difícil conceber que, a depender da arquitetura de um sistema de regras sobre aplicação de pena, haverá maior ou menor liberdade dos juízes na tarefa de encontrar a sanção mais adequada ao caso a eles apresentado. A flexibilidade da aplicação da pena pode variar significativamente. José Antonio Paganella Boschi narra que os Códigos Penais de 1830 e 1890 estabeleciam graus de censura intermediários entre a pena mínima e a máxima, consagrando, entre nós, aquilo que o autor considera um “sistema de graus rígidos e inflexíveis”<sup>1</sup>. Nesse sistema, o juiz fixaria a pena dentro de intervalos pré-determinados pelo legislador (termos mínimo, médio e máximo, e termos intermediários entre eles), a revelar o grau de censura adequado à conduta praticada. A despeito de Boschi considerar tal modelo um retrocesso, penso que a previsão de balizas legais mais estritas, desde que compatíveis com a gravidade do crime praticado e a culpabilidade do acusado, é positiva, na medida em que orienta os juízes na aplicação da pena e reduz, potencialmente, a discricionariedade.

Afora a experiência histórica brasileira, há variados modelos de aplicação de pena em outros países. Cada qual busca, à sua maneira, enfrentar o problema da discricionariedade. Neste capítulo, serão analisados três deles: o sistema das penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*), que vigorou durante muito tempo em nações de língua inglesa, notadamente nos Estados Unidos da América; o

---

1. BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 123.

sistema de diretrizes de sentença (*sentencing guidelines*), surgido em algumas jurisdições estaduais norte-americanas e no plano federal e depois reproduzido, com significativas modificações, na Inglaterra e no País de Gales, onde se tornou predominante<sup>2</sup>; e, por fim, o sistema das penas obrigatórias ou pré-fixadas, aplicável apenas a crimes mais graves.

Se imaginarmos os diferentes modelos de aplicação de penas como integrantes de um *continuum*, em que, ao caminharmos de uma extremidade a outra, diminui ou aumenta progressivamente o grau de discricionariedade judicial, o modelo de penas indeterminadas certamente estará em uma das pontas. Nele, a ideia de individualização é levada às últimas consequências, tratando-se cada caso, com sua peculiar combinação de fatores e circunstâncias, de forma única. Na ponta oposta, situa-se o modelo de penas pré-fixadas. As *guidelines* encontram-se no ponto intermediário, buscando equilibrar a necessidade de individualização e a busca por maior consistência – mas não uniformidade – nas sentenças criminais.

## 2. O modelo de penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*)

O modelo de penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*) vigorou nos países da *common law* durante boa parte do século XX. Nele, os juízes gozavam de ampla liberdade na determinação do mínimo e máximo de pena (de prisão) a ser cumprida. A lei previa penas mínimas apenas para alguns casos; em contrapartida, estabelecia penas máximas elevadas. A decisão final sobre o tempo efetivo em que uma pessoa condenada cumpriria sua pena encarcerada ainda dependia, essencialmente, de decisão discricionária

---

2. Confira-se: ROBERTS, Julian. Aplicação estruturada da pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales. In: BEDÉ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2017. Julian Roberts apresenta os caracteres básicos do sistema inglês de *guidelines*, avaliando seus resultados.

das *parole boards*, autoridades responsáveis pelo exame de pedidos de livramento condicional.

No plano teórico, as penas indeterminadas pressupunham uma teoria de justificação da punição de cunho utilitarista, centrada no ideal de reabilitação. Segundo essa teoria, a sanção deve servir a reformar as tendências criminosas dos condenados, através de técnicas de tratamento (médico/terapêutico).<sup>3</sup> De fato, a reabilitação gozou de imenso prestígio entre os *experts* e profissionais da justiça criminal durante quase todo o século passado, porém sofreu forte declínio a partir dos anos 1970<sup>4</sup>, quando as técnicas correccionistas passaram a ser questionadas por sua falta de efetividade. O maior crítico da reabilitação foi o sociólogo norte-americano Robert Matinson, cujo ceticismo sobre o potencial reformador da pena ganhou sua máxima expressão na tese do *nothing works* (em tradução livre: nada funciona).

No plano pragmático, a discricionariedade irrestrita presente no regime de penas indeterminadas também passou a encontrar limites a partir da segunda metade do século XX. Na maioria dos países, os próprios tribunais decidiram controlar as disparidades das sentenças criminais por meio de auto-regulação: no julgamento de recursos de apelação, as Cortes de Apelação então fixaram princípios gerais relativos à aplicação da pena, que serviriam, em casos futuros, de orientação aos juízes. Na Inglaterra e no País de Gales, a partir de 1960 o Tribunal de Apelação iniciou o movimento de *guideline judgments*, assentando alguns critérios e princípios para

- 
3. Nos países da Europa continental, contudo, é mais comum o uso de expressões como *ressocialização* e *reintegração*, o que denota preocupação maior com os processos relacionais entre o indivíduo ofensor, a vítima e a comunidade ao seu redor, e menor ênfase em enfrentar as causas pessoais do comportamento criminoso, visando à reforma interna do condenado.
  4. Sobre o declínio do ideal de reabilitação, confira-se: GARLAND, David. *The culture of control*. Oxford: Oxford University Press, 2001; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015; e QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Trad. Prof. Dr. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

correta individualização da pena. Esperava-se que tal modelo assegurasse alguma uniformidade nas sentenças criminais na medida em que seria um sistema “construído por juízes para juízes”<sup>5</sup>, o que facilitaria o apoio e a adesão dos membros do Poder Judiciário a suas orientações. Entretanto, um dos problemas da auto-regulação judicial é que nem sempre os julgamentos pelos tribunais são coerentes e sólidos em sua fundamentação. A jurisprudência muitas vezes falha em estabelecer critérios claros para aplicação da pena. Nos EUA, as penas indeterminadas predominavam no cenário penal de 1930 a 1975, quando se iniciou um profundo movimento reformador, caracterizado pela adoção de diretrizes de sentença (*sentencing guidelines*).

As críticas à ideia de reabilitação e ao sistema da indeterminação das penas levaram ao desenvolvimento da chamada “teoria do justo merecimento” (*just deserts*), que se tornou predominante na *common law* após a década de 70 do século passado.<sup>6</sup> De acordo com essa formulação, inicialmente defendida por Andrew von Hirsch em 1976<sup>7</sup>, a pena deve ser justa: a preocupação é com a punição que possa ser imposta de forma correta e adequada ao criminoso, e não com eventual efeito que a sanção possa produzir sobre

- 
5. ASHWORTH, Andrew. Techniques for reducing disparity. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3ª ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 244.
  6. Sobre a teoria do justo merecimento: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. O autor foi pioneiro na introdução no Brasil da discussão sobre as ideias retribucionistas de Von Hirsch e outros, desenvolvendo sua própria tese, na qual funda a proporcionalidade da pena nos princípios da culpabilidade e da legalidade. Esse brevíssimo resumo, todavia, não faz qualquer justiça à excelência e pioneirismo de Adriano Teixeira. Confira-se, igualmente, a obra de Diego Zysman Quirós, já citada. Outra obra fundamental ao estudo das teorias da pena e sua aplicação, atualmente, no Brasil, é: STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. Aliás, percebe-se uma retomada da valorização das teorias da pena no pensamento de autores de vanguarda como Adriano Teixeira e Tatiana Stoco, que defendem a ideia de determinação de uma pena adequada e proporcional ao fato.
  7. VON HIRSCH, Andrew. *Doing justice: the choice of punishments*. Boston: Northeastern University Press, 1986.

ele próprio ou outras pessoas (utilitarismo/consequencialismo). A indeterminação das penas, nessa lógica, afronta a ideia de justiça. Defensores da teoria do justo merecimento, então, propõem colocar o princípio da proporcionalidade no centro do sistema de aplicação de pena. O *quantum* de punição deverá ser compatível, adequado, *proporcional* à gravidade da conduta criminosa. O critério básico para determinação judicial da pena, portanto, é retrospectivo e não consequencialista: o juiz deve voltar os olhos para o fato delituoso praticado pelo réu, e nada mais.<sup>8</sup>

A teoria do *just deserts*, além de trazer uma roupagem moderna à antiga ideia de retribuição, implicou um movimento maciço de reformas penais nos países de língua inglesa, influenciando, em especial, a formulação das diretrizes de sentenças (*sentencing guidelines*) nos Estados Unidos da América, em primeiro lugar, e posteriormente em outras jurisdições, como Inglaterra e País de Gales.

### **3. As *sentencing guidelines* nos EUA: a experiência inicial de Minnesota**

Até a década de 1970, todas as jurisdições estaduais norte-americanas e sua jurisdição federal adotavam o sistema das penas indeterminadas, conferindo enorme poder discricionário a juízes e a *parole boards*. A partir daquela década, no entanto, os Estados Unidos da América vivenciaram um intenso período de reforma penal, cujo objetivo era tornar a aplicação da pena mais justa e consistente, isto é, menos sujeita a fatores extralegais como raça, gênero e classe social, que, àquela altura, produziam imensas disparidades. As reformas foram propulsionadas por uma série de críticas à vagueza e indeterminação do *sentencing* nos EUA. A mais forte crítica veio do juiz federal Marvin E. Frankel, que, em 1972, apresentou um estudo sobre a discricionariedade e as disparidades

---

8. VON HIRSCH, Andrew. Proportionate sentences: a desert perspective. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3ª ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.

nas sentenças criminais de todo o país. Nele, Frankel concluiu que o sistema de indeterminação das penas era arbitrário – seria uma espécie de “terra sem lei” (*lawlessness*) – e necessitava ser profundamente reformado<sup>9</sup>. Dentre as inúmeras sugestões apresentadas, uma revelou-se particularmente influente nas décadas seguintes: a formação de comissões de especialistas (*sentencing commissions*), encarregados de estudar a aplicação da pena e formular leis e diretrizes para utilização pelo Poder Judiciário.

Inspirada pelas ideias retributivistas de pensadores como Andrew von Hirsch, a comissão criada no estado norte-americano de Minnesota lançou sua primeira diretriz logo no início dos anos oitenta.

A *guideline* desenvolvida em Minnesota trouxe aos juízes uma orientação clara sobre como aplicar a pena adequada a cada caso concreto, levando em consideração, basicamente, a gravidade do crime praticado e o número de antecedentes criminais do réu. Foi desenvolvida pela *Sentencing Guidelines Commission* uma tabela numérica (*sentencing grid*) com dois eixos, que funciona da seguinte maneira: no eixo vertical, os crimes são distribuídos em ordem crescente de gravidade e classificados de 1 a 10; no eixo horizontal, o passado criminoso do réu recebe uma pontuação (*score*), de 0 a 6 ou mais, onde 0 representa um réu sem antecedentes, enquanto 6 representa um acusado com elevado número de condenações criminais. A pena, normalmente expressa em meses, seria encontrada na interseção dos dois eixos. Após seguir esse procedimento, o juiz enfim identificaria a sentença “correta” para cada combinação de gravidade do delito e quantidade de antecedentes criminais.

A figura adiante reproduz a tabela de determinação de pena de Minnesota, em sua versão original (1980):

---

9. FRANKEL, Marvin. *Lawlessness in sentencing*. *University of Cincinnati Law Review*, n. 41, vol. 1, 1972.

| NÍVEL DE GRAVIDADE DO CRIME PRATICADO                                      |      | ANTECEDENTES CRIMINAIS |                |                |                |                |                |                |
|----------------------------------------------------------------------------|------|------------------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
|                                                                            |      | 0                      | 1              | 2              | 3              | 4              | 5              | 6 ou mais      |
| Uso não autorizado de veículo automotor; posse de matorquia                | I    | 12*                    | 12*            | 12*            | 15             | 18             | 21             | 24             |
| Crimes relacionados a furto (\$150-\$2500); venda de matorquia             | II   | 12*                    | 12*            | 14             | 17             | 20             | 23             | 27<br>25-29    |
| Furto (\$150-\$2500)                                                       | III  | 12*                    | 13             | 16             | 19             | 22<br>21-23    | 27<br>25-29    | 32<br>30-34    |
| Roubo à residência - Intenção criminosa; receptação (\$150-\$2500)         | IV   | 12*                    | 15             | 18             | 21             | 25<br>24-26    | 32<br>30-34    | 41<br>37-45    |
| Roubo simples                                                              | V    | 18                     | 23             | 27             | 30<br>29-31    | 38<br>36-40    | 46<br>43-49    | 54<br>50-58    |
| Lesão corporal de segundo grau                                             | VI   | 21                     | 26             | 30             | 34<br>33-35    | 44<br>42-46    | 54<br>50-58    | 65<br>60-70    |
| Roubo agravado                                                             | VII  | 24<br>23-25            | 32<br>30-34    | 41<br>38-44    | 49<br>45-53    | 65<br>60-70    | 81<br>75-87    | 97<br>90-104   |
| Lesão corporal de primeiro grau; Conduta sexual criminosa de primeiro grau | VIII | 43<br>41-45            | 54<br>50-58    | 65<br>60-70    | 76<br>71-81    | 95<br>89-101   | 113<br>106-120 | 132<br>124-140 |
| Homicídio de terceiro grau                                                 | IX   | 97<br>94-100           | 119<br>116-122 | 127<br>124-130 | 149<br>143-155 | 176<br>168-184 | 205<br>195-215 | 230<br>218-242 |
| Homicídio de segundo grau                                                  | X    | 116<br>111-121         | 140<br>133-147 | 162<br>153-171 | 203<br>192-214 | 243<br>231-255 | 284<br>270-298 | 324<br>309-339 |

Homicídio de primeiro grau não consta na *guidelines* por receber pena obrigatória de prisão perpétua.

\* um ano e um dia

Exemplificando: um acusado que tenha cometido crime de furto (nível I de severidade) e não possua antecedentes criminais receberá pena de 12 meses (e um dia) de prisão; se possuidor de uma condenação anterior, será punido com pena de 13 meses de prisão; assim sucessivamente, até que, se possuir 6 ou mais condenações, sua pena chegará a 32 meses de prisão.

Na figura, a linha ziguezagueante em tom escuro forte, denominada *disposition line*, representa a fronteira entre as penas que devem ser executadas na prisão (abaixo da linha) e aquelas que podem ser substituídas por outras modalidades de cumprimen-



to, tais como prisão domiciliar, tratamento médico, livramento condicional supervisionado, multa, reparação do dano, mediação autor/vítima e serviço comunitário (acima da linha). O uso da custódia (prisão) na aplicação da pena, portanto, depende do posicionamento, na tabela, da linha demarcatória, a critério da *Sentencing Commission*.<sup>10</sup>

Após mais de trinta anos de vigência das diretrizes em Minnesota, a tabela de determinação da pena foi sofrendo alterações. A atual versão, reproduzida na página seguinte, é um pouco diferente da original:

---

10. Desde sua concepção, as *sentencing guidelines* nos EUA sempre tiveram estreita relação com as taxas de encarceramento. De fato, um dos objetivos declarados das *guidelines* de Minnesota era manter a população carcerária local em, no máximo, 95% da capacidade operacional das prisões. Encarada sob esse ângulo, as *guidelines* revelam como as regras de aplicação da pena podem fazer parte de uma política criminal mais ou menos repressiva ou punitivista. A propósito, vários estudiosos das *guidelines* nos EUA e em outros países da *common law* apontam esse “risco” do emprego das diretrizes de sentenças. Veja-se, por todos: REITZ, Kevin R. Comparing Sentencing Guidelines: do US systems have anything worthwhile to offer England and Wales? In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS Julian V. *Sentencing guidelines: exploring the English model*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Vale ressaltar, ainda, que Minnesota – e outros estados norte-americanos – é um bom exemplo de sucesso na utilização das *guidelines* para conter a população carcerária e priorizar recursos no sistema penitenciário. Como Michael Tonry observa, porém, as diretrizes de sentença podem ser usadas no sentido inverso, aumentando a gravidade e duração das penas de prisão (TONRY, Michael. *Sentencing Matters*. Oxford: Oxford University Press, 1996). Esse foi o caso das *U.S. Federal Guidelines*, a seguir comentadas.

| NÍVEL DE GRAVIDADE DO CRIME PRATICADO<br>(exemplos de crimes em <i>itálico</i> )                                 | ANTECEDENTES CRIMINAIS |                 |                 |                 |                |                |                |                |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|-----------------|-----------------|-----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
|                                                                                                                  | 0                      | 1               | 2               | 3               | 4              | 5              | 6 ou mais      |                |
| Homicídio em segundo grau<br>( <i>homicídio doloso; tirotesio</i> )                                              | 11                     | 306<br>261-367  | 326<br>278-391  | 346<br>295-415  | 366<br>312-439 | 386<br>329-463 | 406<br>346-480 | 426<br>363-480 |
| Homicídio em terceiro grau;<br>homicídio em segundo grau<br>( <i>homicídio culposo</i> )                         | 10                     | 150<br>128-180  | 165<br>141-198  | 180<br>153-216  | 195<br>166-234 | 210<br>179-252 | 225<br>192-270 | 240<br>204-288 |
| Lesão corporal em primeiro grau                                                                                  | 9                      | 86<br>74-103    | 98<br>84-117    | 110<br>94-132   | 122<br>104-146 | 134<br>114-160 | 146<br>125-175 | 158<br>135-189 |
| Roubo agravado em primeiro grau;<br>Roubo à residência em primeiro grau<br>( <i>com arma ou lesão corporal</i> ) | 8                      | 48<br>41-57     | 58<br>50-69     | 68<br>58-81     | 78<br>67-93    | 88<br>75-105   | 98<br>84-117   | 108<br>92-129  |
| Crimes de dirigir embriagado;<br>Exploração financeira de adulto<br>vulnerável                                   | 7                      | 36              | 42              | 48              | 54<br>46-64    | 60<br>51-72    | 66<br>57-79    | 72<br>62-84    |
| Lesão corporal em segundo grau;<br>Roubo à residência em primeiro<br>grau ( <i>residência ocupada</i> )          | 6                      | 21              | 27              | 33              | 39<br>34-46    | 45<br>39-54    | 51<br>44-61    | 57<br>49-68    |
| Roubo simples                                                                                                    | 5                      | 18              | 23              | 28              | 33<br>29-39    | 38<br>33-45    | 43<br>37-51    | 48<br>41-57    |
| Roubo não-residencial                                                                                            | 4                      | 12 <sup>1</sup> | 15              | 18              | 21             | 24<br>21-28    | 27<br>23-32    | 30<br>26-36    |
| Furto (acima de \$5,000)                                                                                         | 3                      | 12 <sup>1</sup> | 13              | 15              | 17             | 19<br>17-22    | 21<br>18-25    | 23<br>20-27    |
| Furto (\$5,000 ou menos)                                                                                         | 2                      | 12 <sup>1</sup> | 12 <sup>1</sup> | 13              | 15             | 17             | 19             | 21<br>18-25    |
| Lesão corporal em quatro grau;<br>fugir de um policial ou outro<br>agente da lei                                 | 1                      | 12 <sup>1</sup> | 12 <sup>1</sup> | 12 <sup>1</sup> | 13             | 15             | 17             | 19<br>17-22    |

<sup>1</sup> 12<sup>1</sup> = Um ano e um dia



Penas de prisão. O caso de homicídio em primeiro grau é punido com pena obrigatória de prisão perpétua e por isso não foi incluído na *guideline* (Minnesota Statutes, § 609.185).



Penas substitutivas. A critério discricionário do juiz, podem ser impostas alternativas à prisão. Todavia, alguns crimes constantes da área em cinza sempre são punidos com pena de prisão, a depender da lei de Minnesota.

A lógica da metodologia continua idêntica desde 1980. Na versão atual, a área sombreada em cinza representa os delitos que podem receber penas alternativas à prisão (*stayed sentences*). O condenado é liberado condicionalmente (*probation*), sob supervisão, ficando sujeito a condições variadas – prisão domiciliar, multa, serviço comunitário, dentre outros.

Não deve ser difícil perceber que, no esquema proposto pelas Minnesota *guidelines*, a aplicação da pena torna-se uma tarefa relativamente simples: basta ao juiz identificar o nível de gravidade do crime e calcular a pontuação a ser atribuída ao passado criminoso do réu, para, após, localizar na tabela a célula onde se encontrará a pena “correta”, a ser imposta no caso concreto.

a) *O papel da discricionariedade nas guidelines de Minnesota*

A análise dos espaços de discricionariedade permitidos por sistemas de aplicação de pena que utilizam *guidelines* passa, necessariamente, pelo exame de algumas questões centrais: as *guidelines* são obrigatórias ou facultativas? Em quais hipóteses o sistema permite uma exceção, autorizando o juiz a não aplicar a pena recomendada? As faixas de apenamento indicadas na *guideline*, dentro das quais deverá ser encontrada a pena adequada, são largas ou estreitas?

No caso de Minnesota, é preciso ver, em primeiro lugar, que as *guidelines* sempre foram de aplicação obrigatória. Significa dizer que, ao contrário de outras jurisdições dos EUA<sup>11</sup>, magistrados do estado de Minnesota não podem optar por aplicar ou não uma *guideline*. No entanto, apesar de obrigatórias, as diretrizes de sentença de Minnesota são relativamente flexíveis em sua aplicação. De fato, o sistema prevê diversas hipóteses e situações nas quais o juiz poderá lançar mão de uma exceção para não aplicar, no caso concreto, a pena recomendada pela tabela da *guideline*. Como já salientado, a *guideline* indica a pena presumidamente correta (*presumptive sentence*) de acordo com a gravidade do delito e a culpabilidade do réu. Todavia, se o caso apresentar circunstâncias substanciais e convincentes indicando que outra sanção seria mais apropriada, em virtude da presença de causas de aumento ou de diminuição, o juiz pode afastar a incidência da pena recomendada. Nesse caso, deve oferecer fundamentação expressa e específica sobre o porquê de ter aplicado uma exceção.<sup>12</sup> Tal fundamentação deve ser forte o suficiente para afastar a presunção (relativa) em favor da pena recomendada. A pena aplicada, quando diversa daquela sugerida pela *guideline*, será considerada uma *departure sentence*. Quando a tabela indicar uma faixa de apenamento, com penas mínima e máxima, qualquer quantidade de sanção fora de tais margens será tida como uma *departure sentence*.

11. Nos estados de Alabama, Missouri, Ohio, Tennessee, Wisconsin e na capital federal (Distrito de Columbia), as *guidelines* vigentes são meramente facultativas ou voluntárias. Disponível em: <[https://www.ncsc.org/~media/Microsites/Files/CSI/State\\_Sentencing\\_Guidelines.ashx](https://www.ncsc.org/~media/Microsites/Files/CSI/State_Sentencing_Guidelines.ashx)>. Acesso 15 fev. 2017.

12. *Minnesota Statutes*, § 244.10, subdivisão 2.

A própria *guideline* proíbe que a presunção em favor da pena recomendada pela tabela (*sentencing grid*) seja afastada em razão de circunstâncias relativas à raça, sexo, *status* profissional e outros fatores sociais, tais como nível de escolaridade, estado civil e situação financeira. Busca-se claramente reduzir as disparidades nas sentenças, muitas vezes associadas a um dos fatores acima mencionados, limitando-se a discricionariedade judicial na determinação da pena. Em contrapartida, a *guideline* fornece uma lista, não exaustiva, de causas de aumento e diminuição da pena, as quais podem servir para que seja alcançada uma pena mais justa e proporcional.

Causas de aumento e de diminuição, portanto, não fazem parte da metodologia de determinação da pena prescrita pelas *guidelines*. Sua presença poderá, a critério do juiz – que deverá fundamentar sua decisão e submetê-la à revisão pelo tribunal hierarquicamente superior –, afastar a incidência da pena presumidamente adequada. Essa é uma característica marcante do modelo de *guidelines* norte-americano: circunstâncias atenuantes e agravantes não influenciam diretamente a espécie e quantidade de pena, as quais resultam, primordialmente, da gravidade do crime e dos antecedentes criminais da pessoa acusada.

Afora a questão da possibilidade de vir a não ser aplicada uma *guideline*, um último ponto crucial para a compreensão da margem de discricionariedade franqueada pelo sistema envolve a latitude das margens penais, ou, como tenho preferido denominar, faixas de apenamento (*guidelines ranges*).

Tomando como exemplo o crime de lesão corporal em primeiro grau (nível de gravidade 9), percebemos que as faixas de apenamento variam de 74-103 meses, para um réu sem antecedentes; 84-117 meses, para 1 antecedente; 94-132 meses, para 2 antecedentes; 104-146 meses, para 3 antecedentes; 114-160 meses, para 4 antecedentes; 125-175, para 5 antecedentes; e, finalmente, 135-189, para 6 ou mais antecedentes. Dentro de cada faixa, a pena máxima é sempre cerca de 40% superior à mínima, o que é uma margem elástica. Essa elasticidade, na prática, significa flexibilidade e maior liberdade para os juízes determinarem um *quantum* de pena que entendam apropriado.