

Diego Zysman Quirós

# CASTIGO E DETERMINAÇÃO DA PENA NOS E.U.A.

UM ESTUDO SOBRE AS U.S.  
SENTENCING GUIDELINES

Tradução do Prof. Dr. Jacson Zilio  
(Universidade Federal do Paraná)

Apresentação de Adriano Teixeira

(mestre e doutorando em Direito na Ludwig-Maximilian-Universität, de Munique, Alemanha)



**empório do direito**

---

Florianópolis  
2017



**Copyright**© 2017 by *Diego Zysman Quirós*

*Editor Responsável: Aline Gostinski*

*Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros*

*Cessão de direitos da versão portuguesa: Editora Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. (2013).*

### CONSELHO EDITORIAL:

Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)

Aline Gostinski (UFSC)

Antônio Gavazzoni (UNOESC)

Aury Lopes Jr. (PUCRS)

Eduardo Lamy (UFSC)

Juan Carlos Vezzulla (IMAP-PT)

Julio Cesar Marcelino Jr. (UNISUL)

Marco Aurélio Marrafon (UERJ)

Orlando Celso da Silva Neto (UFSC)

Rubens R. R. Casara (IBMEC-RJ)

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)

Alexandre Morais da Rosa (UFSC e UNIVALI)

André Karam Trindade (IMED-RS)

Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)

Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)

Juarez Tavares (UERJ)

Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)

Márcio Staffen (IMED-RS)

Paulo Marcio Cruz (UNIVALI)

Rui Cunha Martins (Coimbra-PT)

Thiago M. Minagé (UNESA/RJ)

### CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

Q82c

Quirós, Diego Zysman

Castigo e determinação da pena nos E.U.A. : um estudo sobre as U.S. sentencing guidelines / Diego Zysman Quirós : tradução Jacson Zilio. - 1. ed. - Florianópolis, SC : Empório do Direito, 2017.

318 p. : il. : 21 cm.

Tradução de: Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos : un estudio sobre las United States sentencing guidelines

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-9477-039-4

1. Sentenças (Processo penal). 2. Processo penal. 3. Direito penal - Estados Unidos. I. Zilio, Jacson. II. Título.

16-37560

CDU: 343.1(73)

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e ou editoriais.*

*A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§. Lei nº 10695, de 01-07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).*

*Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito Editora.*



**empóriadodireito.com.br**

*Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito*

Rua: Santa Luzia, 100 – sala 610–CEP 88036-540 – Trindade – Florianópolis/SC

www.emporiadodireito.com.br – editora@emporiadodireito.com.br

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>17</b>
1. TEMA E OBJETO DE NOSSO ESTUDO .....	17
2. RELEVÂNCIA DO MESMO .....	19
3. TERMINOLOGIA UTILIZADA .....	23

## **PRIMEIRA PARTE**

### **CAPÍTULO I**

#### **A CRISE DA RESSOCIALIZAÇÃO COMO PONTO DE PARTIDA DAS NOVAS RACIONALIDADES E DISCURSOS SOBRE A JUSTIFICAÇÃO DO CASTIGO**..... **27**

1. BREVE RESENHA SOBRE A IDEOLOGIA RESSOCIALIZADORA E SUA CRISE .....	28
2. RETRIBUCIONISMO E CENSURA: A TEORIA DO <i>JUST DESERT</i> ....	35
2.1. A teoria do just desert .....	38
2.2. Retribucionismo limitador .....	43
2.3. Principais críticas .....	44
3. OS ESTUDOS DE <i>LAW &amp; ECONOMICS</i> E AS PENAS DISSUASÓRIAS	47
3.1. Importância e extensão desses estudos .....	47
3.2. A economia dos delitos e das penas .....	48
4. INCAPACITAÇÃO E ATUARIALISMO .....	57
4.1. Incapacitação geral .....	58
4.2. Incapacitação seletiva e categorias de risco .....	60
4.3. Incapacitação seletiva, gerencialismo e justiça atuarial .....	64

### **CAPÍTULO II**

#### **OUTRAS RESPOSTAS À CRISE: O REPOSICIONAMENTO DO CÁRCERE E DA PENA DE MORTE** .....

1. O SISTEMA PENITENCIÁRIO E A SOBREPULÇÃO CARCERÁRIA .....	71
1.1. O encarceramento massivo .....	71
1.2. As explicações do fenômeno .....	76
2. A PENA CAPITAL .....	79
2.1. História do presente .....	79
2.2. O panorama atual .....	82

### **CAPÍTULO III**

#### **AS MUDANÇAS NO SISTEMA DE DETERMINAÇÃO DAS PENAS. O RETORNO ÀS PENAS FIXAS E AS *SENTENCING GUIDELINES***..... **87**

1. A INFLUENTE CRÍTICA DA PENA INDETERMINADA DO “ <i>CRIMINAL SENTENCES</i> ” E A BUSCA DE UMA COMISSÃO DE PERITOS ..	88
---	----

2. O INFORME “DOING JUSTICE”: CASTIGO RETRIBUTIVO E UMA TÁBUA PARA DETERMINAÇÃO DA PENA .....	94
3. AS PRIMEIRAS FORMULAÇÕES DO <i>SENTENCING GUIDELINES</i> E O REGRESSO ÀS PENAS FIXAS .....	100
4. EXPERIÊNCIA DE MINNESOTA ÀS <i>FEDERAL SENTENCING GUIDELINES</i> .....	102
5. A RELAÇÃO ENTRE AS <i>SENTENCING GUIDELINES</i> E AS MANDATORY PENALTIES. AS LEIS DOS “ <i>THREE STRIKES</i> ” .....	111
6. A INFLUÊNCIA DAS PENAS FIXAS E PROPORCIONAIS EM OUTROS PAÍSES (NÓRDICOS, CANADÁ, AUSTRÁLIA, INGLATERRA E GALES) E NO CONSELHO DA EUROPA .....	116

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO IV

<b>A REFORMA DO SISTEMA FEDERAL DE DETERMINAÇÃO DA PENA EM DETALHE .....</b>	<b>123</b>
1. SOBRE A JUSTIÇA FEDERAL .....	123
2. SANÇÃO DA <i>SENTENCING REFORM ACT</i> (CRIME CONTROL ACT DE 1984) .....	125
3. <i>A UNITED STATES SENTENCING COMMISSION</i> (U.S.S.C.) .....	133
4. <i>AS UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES</i> (U.S.S.G.) .....	137
5. O MANUAL DE DETERMINAÇÃO DA PENA E SUA ESTRUTURA ..	138
6. AS DIRETRIZES E A TÁBUA DE PENAS ( <i>SENTENCING TABLE</i> ) ...	141
7. EXEMPLIFICAÇÃO .....	143
8. OS DELITOS RELACIONADOS ÀS DROGAS .....	146

### CAPÍTULO V

<b>A COMISSÃO FEDERAL E OS OBJETIVOS DA <i>SENTENCING REFORM ACT</i> .....</b>	<b>151</b>
1. FUNDAMENTO E FINS DA PENA .....	151
2. EVITAR A SOBREPULÇÃO CARCERÁRIA .....	153
3. RECONOCIMENTO DA CULPABILIDADE E NEGOCIAÇÕES COM O MINISTÉRIO PÚBLICO ( <i>PLEA GUILTY</i> E <i>PLEA BARGAINING</i> ) .....	154
4. CASTIGO SEGUNDO A CONFIGURAÇÃO DO FATO HISTÓRICO OU DELITO REAL ( <i>REAL OFFENSE</i> ) .....	157
5. AFASTAMENTOS ( <i>DEPARTURES</i> ) .....	158
6. REDUÇÃO DA PENA PELA COLABORAÇÃO NO PROCESSO .....	159
7. RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA A PENA IMPOSTA PELO JUIZ. ...	160
8. <i>PROBATION</i> E OUTRAS QUESTÕES .....	161

### CAPÍTULO VI

<b>AS DIRETRIZES PARA PENALIZAR PESSOAS JURÍDICAS (ORGANIZACIONAL <i>SENTENCING GUIDELINES</i>) .....</b>	<b>163</b>
1. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS .....	164

2. AUTORREGULAÇÃO E PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO EFETIVO .....	170
3. INFLUÊNCIAS NA LEGISLAÇÃO EUROPEIA .....	171

## CAPÍTULO VII

### A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA DOS E.U.A. .... 177

1. APRECIACÃO GERAL.....	178
2. SÍNTESE DAS DECISÕES MAIS RELEVANTES (DE “MISTRETTA” À “MILLER”).....	181
2.1. <i>Mistretta v. United States</i> , 488 U.S. 361 (1989).....	181
2.2. <i>Braxton v. United States</i> , 500 U.S. 344 (1991).....	182
2.3. <i>Chapman v. United States</i> , 500 U.S. 453 (1991).....	182
2.4. <i>Wade v. United States</i> , 504 U.S. 181 (1992).....	183
2.5. <i>Williams v. United States</i> , 503 U.S. 193 (1992).....	183
2.6. <i>United States v. R.L.C.</i> , 503 U.S. 291 (1992).....	184
2.7. <i>United States v. Wilson</i> , 503 U.S. 329 (1992).....	184
2.8. <i>Stinson v. United States</i> , 508 U.S. 36 (1993).....	184
2.9. <i>United States v. Dunnigan</i> , 507 U.S. 87 (1993).....	185
2.10. <i>Custis v. United States</i> , 511 U.S. 485 (1994).....	185
2.11. <i>Nichols v. United States</i> , 511 U.S. 738 (1994).....	185
2.12. <i>United States v. Granderson</i> , 511 U.S. 39 (1994).....	186
2.13. <i>Witte v. United States</i> , 515 U.S. 389 (1995).....	186
2.14. <i>Koon v. United States</i> , 518 U.S. 81 (1996).....	186
2.15. <i>Meléndez v. United States</i> , 518 U.S. 120 (1996).....	188
2.16. <i>Neal v. United States</i> , 516 U.S. 284 (1996).....	188
2.17. <i>United States v. Gonzales</i> , 520 U.S. 1 (1997).....	189
2.18. <i>United States v. LaBonte</i> , 520 U.S. 751 (1997).....	189
2.19. <i>United States v. Watts</i> , 519 U.S. 148 (1997).....	189
2.20. <i>Edwards v. United States</i> , 523 U.S. 511 (1998).....	190
2.21. <i>Almendarez-Torres v. United States</i> , 523 U.S. 224 (1998).....	191
2.22. <i>Jones v. United States</i> , 526 U.S. 227 (1999).....	191
2.23. <i>Apprendi v. New Jersey</i> , 530 U.S. 466 (2000).....	192
2.24. <i>United States v. Cotton</i> , 535 U.S. 625 (2002).....	193
2.25. <i>Harris v. United States</i> , 536 U.S. 545 (2002).....	193
2.26. <i>Blakely v. Washington</i> , 542 U.S. 296 (2004).....	194
2.27. <i>United States v. Booker</i> , 543 U.S. 220, resolvido juntamente com <i>United States v. Fanfan</i> (2005).....	196
2.28. <i>Rita v. United States</i> , 551 U.S. 338 (2007).....	197
2.29. <i>Kimbrough v. United States</i> , 552 U.S. 85 (2007).....	198
2.30. <i>Gall v. United States</i> , 552 U.S. 38 (2007).....	199
2.31. <i>Greenlaw v. United States</i> , 554 U.S. 237 (2008).....	200
2.32. <i>Irizarry v. United States</i> , 553 U.S. 708 (2008).....	200
2.33. <i>Spears v. United States</i> , 555 U.S. 261 (2009).....	201
2.34. <i>Dillon v. United States</i> , 130 S. Ct. 2683 (2010).....	201
2.35. <i>Pepper v. United States</i> , 131 S. Ct. 1229 (2011).....	202
2.36. <i>Tapia v. United States</i> , Nº 10-5400 (2011).....	203
2.37. <i>DePierre v. United States</i> , Nº 09-1533 (2011).....	204
2.38. <i>Miller v. Alabama</i> , nº 10-9646 e <i>Jackson v. Hobbs</i> , nº 10-9647 (2012).....	204

**CAPÍTULO VIII**

<b>AS PRINCIPAIS CRÍTICAS ÀS DIRETRIZES. ....</b>	<b>207</b>
1. A SEVERIDADE .....	208
2. A DISCUTÍVEL REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DOS OPERADORES DO SISTEMA JUDICIAL .....	212
3. A MANUTENÇÃO (OU AUMENTO) DA DISPARIDADE ENTRE CONDENAÇÕES .....	215

**TERCEIRA PARTE****CAPÍTULO IX**

<b>AS GUIDELINES E O DIREITO PENAL CLÁSSICO .....</b>	<b>223</b>
1. O CÁRCERE E AS DIRETRIZES .....	226
2. <i>PLEA BARGAINING</i> .....	226
3. O MANUAL: SIMPLICIDADE MECÂNICA OU COMPLEXIDADE OPERATIVA? .....	228
4. A GRAVIDADE “EMPÍRICA”, AS PENAS E A ATUALIZAÇÃO PERIÓDICA .....	231
5. PERITOS, JURADOS E SEPARAÇÃO DE PODERES .....	232
6. AS PRESUNÇÕES .....	234

**CAPÍTULO X**

<b>AS GUIDELINES E A MODERNIDADE. ....</b>	<b>235</b>
1. SOCIOLOGIA DA MODERNIDADE .....	235
2. WEBER E AS DIRETRIZES: A RACIONALIDADE, O DIREITO E OS VALORES .....	236
3. A RAZÃO INSTRUMENTAL E OUTRAS CARACTERÍSTICAS MODERNAS DAS DIRETRIZES .....	243

**CAPÍTULO XI**

<b>A UNIFORMIDADE DA “DOR” COMO LEGITIMAÇÃO .....</b>	<b>247</b>
1. O SONHO DE UNIFORMIDADE NA <i>CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA</i> (1769) .....	250
2. O SONHO DE UNIFORMIDADE NA <i>GUILLOTINA</i> (1791) .....	255
3. O SONHO DE UNIFORMIDADE NAS <i>GUIDELINES</i> (1987) .....	258

**CAPÍTULO XII**

<b>A JUSTIFICAÇÃO DO CASTIGO NAS GUIDELINES. ....</b>	<b>263</b>
1. LEGITIMAÇÕES EXTERNAS E INTERNAS .....	263
2. A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DA PENA NA MODERNIDADE (ESCOLA CLÁSSICA E POSITIVA) .....	266
3. AS <i>UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES</i> E A JUSTIFICAÇÃO DO CASTIGO .....	269
3.1. O discurso da Comissão .....	270
3.2. Existe uma justificação externa da pena detrás do discurso? .....	272

4. AS DIRETRIZES COMO EXPRESSÃO DA JUSTIFICAÇÃO DO CASTIGO NA MODERNIDADE TARDIA.....	278
---	-----

## **CONCLUSÕES ..... 285**

1. QUAL É A IMPORTÂNCIA E O QUE SE PODE EXTRAIR DO ESTUDO DAS UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES? .....	285
2. AS NOVAS RACIONALIDADES DO CASTIGO DEPOIS DA CRISE DA RESSOCIALIZAÇÃO .....	286
3. A CONSOLIDAÇÃO DO CÁRCERE E A PENA DE MORTE NOS E.U.A. ....	287
4. UM ESTUDO JURÍDICO DETALHADO DAS UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES .....	288
5. AS UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES COMO OBJETO DE REFLEXÃO SOCIOLOGICA SOBRE O CASTIGO .....	289

## **ANEXOS ..... 295**

Tabela A .....	295
Tabela B .....	296
Tabela C .....	297
Tabela D .....	298
Ilustrações .....	299

## **BIBLIOGRAFIA..... 303**

COMUNICAÇÕES PESSOAIS.....	318
----------------------------	-----