

LUISA MORAES ABREU FERREIRA

PENAS IGUAIS PARA CRIMES IGUAIS?

**IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NA
APLICAÇÃO DA PENA CRIMINAL**



**tirant
lo blanch**

São Paulo
2021



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e diagramação: Natália Carrascoza Vasco

Assistente Editorial: Izabela Eid

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

F441 Ferreira, Luisa Moraes Abreu
Penas iguais para crimes iguais?
estudo sobre igualdade e proporcionalidade na
aplicação da pena criminal / Luisa Moraes Abreu
Ferreira. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2021.
212 p.

ISBN: 978-65-87684-95-6

1. Direito penal. 2. Aplicação da pena. I. Título.

CDU: 343.211.4

1198063

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 10.695, 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 Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	09
PREFÁCIO.....	11
EPÍGRAFE.....	17
CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 2 - METODOLOGIA	25
2.1 A INQUIETAÇÃO E AS PRIMEIRAS ESCOLHAS	25
2.2 TRATAMENTO DOS DADOS.....	28
2.3 AMOSTRA	29
2.4 COMPOSIÇÃO DO BANCO DE DADOS	30
2.5 ANÁLISE DOS CASOS SELECIONADOS	33
2.6 O PAPEL DA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA E DAS EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES	34
2.7 O VIÉS DA ESCOLHA DOS CRIMES DE ROUBO.....	37
CAPÍTULO 3 - IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA	39
3.1 IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NAS TEORIAS MODERNAS DA PENA CRIMINAL: FUNDAMENTO PARA A OBRIGAÇÃO DE PUNIR.....	40
3.2 IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE NO CENTRO DA DECISÃO SOBRE A PENA: AS REFORMAS NOS ESTADOS UNIDOS A PARTIR DE 1970	43
3.2.1 A TEORIA DO “JUSTO MERECEMENTO” E A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO DA QUANTIDADE DE PENA.....	51
3.2.2 CRÍTICAS ÀS TEORIAS DO “JUSTO MERECEMENTO” 54	
3.2.2.1 IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE JUÍZO ABSTRATO DE GRAVIDADE COMPARATIVA.....	55
3.2.2.2 ILUSÃO DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE TIPO PENAL E CULPABILIDADE	56
3.2.2.3 AUMENTO DA POPULAÇÃO PRISIONAL.....	57
3.2.2.4 PROFISSIONAIS DO DIREITO CONTORNAM A APLICAÇÃO DAS PENAS	61

3.3 PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE: RETRIBUIÇÃO LIMITADA.....	61
3.4 EQUIVALENTE E IGUAL A QUÊ?	64
CAPÍTULO 4 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	69
4.1 INDIVIDUALIZAÇÃO NO SÉCULO XIX	69
4.2 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE INDIVIDUALIZAÇÃO E IGUALDADE	71
4.3 O QUE SE CONSIDERA INDIVIDUALIZAÇÃO HOJE?..	73
4.3.1 INDIVIDUALIZAÇÃO COMO SINÔNIMO DE DETERMINADO MODELO DE APLICAÇÃO DA PENA	73
4.3.2 INDIVIDUALIZAÇÃO LEGISLATIVA, JUDICIAL E EXECUTÓRIA: O PAPEL DO JUIZ NA APLICAÇÃO DA PENA	76
4.4 CARACTERÍSTICAS QUE FAVORECEM A INDIVIDUALIZAÇÃO	81
4.4.1 NORMAS DE SANÇÃO	81
4.4.2 INTERPRETAÇÃO DADA PELOS TRIBUNAIS ÀS NORMAS DE SANÇÃO.....	83
4.4.3 POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO, EM CONTRADITÓRIO, SOBRE OS ELEMENTOS QUE COMPÕEM AS NORMAS DE SANÇÃO	85
CAPÍTULO 5 - DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA..	87
5.1 ESTRUTURAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: IGUALDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO	90
5.2 DIFERENTES FORMAS DE ESTRUTURAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA	92
5.2.1 DIRETRIZES NUMÉRICAS: MINNESOTA	94
5.3 AUTORREGULAÇÃO JUDICIAL E DIRETRIZES NARRATIVAS: INGLATERRA	99
5.4 DETERMINAÇÃO, PELO LEGISLATIVO, DOS PRINCÍPIOS E DAS POLÍTICAS QUE DEVEM SER CONCRETIZADOS PELO JUIZ NOS CASOS CONCRETOS: SUÉCIA E NOVA ZELÂNDIA	105
5.5 PENAS MÍNIMAS OBRIGATÓRIAS	114
5.6 SOBRE AS REFORMAS NOS PAÍSES DE COMMON LAW E AS DIFERENTES FORMAS DE ESTRUTURAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA	118

CAPÍTULO 6 - MESMO CRIME, MESMA PENA?	121
6.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: APLICAÇÃO DA PENA NO BRASIL	122
6.1.1 OS LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO	122
6.1.2 O SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA	127
6.1.3 APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DE ROUBO	135
6.2 RESULTADOS DA PESQUISA	136
6.2.1 CASOS IGUAIS? CASOS DISTINTOS COM A MESMA FUNDAMENTAÇÃO	136
6.2.2 QUESTÕES DE FATO	139
6.2.2.1 VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA	140
6.2.2.2 CONFISSÃO	143
6.2.2.3 ARMA	147
6.2.2.4 BENS SUBTRAÍDOS	150
6.2.2.5 REPARAÇÃO DO DANO	153
6.2.2.6 ITER CRIMINIS, CONSUMAÇÃO E POSSE DOS BENS	154
6.2.2.7 CONCURSO DE PESSOAS	157
6.2.3 FUNDAMENTAÇÃO	159
6.2.3.1 CASOS SEM FUNDAMENTAÇÃO	159
6.2.3.2 “GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME”	161
6.2.3.3 PADRONIZAÇÃO “PARA BAIXO” E O ARGUMENTO DA PENA MÍNIMA COMO GARANTIA DO RÉU	163
6.2.3.4 PENA DIFERENTE APENAS EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA	165
6.2.3.5 RELAÇÃO ENTRE AS JUSTIFICATIVAS PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO À ESCOLHA DO RÉGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA	166
6.2.3.6 PERICULOSIDADE	170
6.2.3.7 TEORIAS DA PENA	172
6.2.3.8 CONDENAÇÃO MAIS FUNDAMENTADA QUE PENA	174
6.2.3.9 FUNDAMENTAÇÃO COM BASE APENAS EM CATEGORIAS EXPRESSAMENTE ELENCADAS NO CÓDIGO PENAL	175
6.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS	176

CAPÍTULO 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	181
REFERÊNCIAS.....	189
APÊNDICE A – FORMULÁRIO PARA A COLETA DE DADOS DOS ACÓRDÁOS DO TJSP	203