

Discrecionariedade judicial e o problema da disparidade na aplicação da pena: Possibilidades e limites do garantismo penal (Luigi Ferrajoli) e da teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin) aplicados à penologia

Judicial discretion and the problem of disparities at sentencing: possibilities and limitations of Garantismo Penal (Luigi Ferrajoli) and Law as integrity thesis (Ronald Dworkin) applied to penology

Gabriel Silveira de Queirós Campos¹

Alexandre de Castro Coura²

Faculdade de Direito de Vitória

Sumário: 1. Introdução; 2. Discrecionariedade e disparidade na aplicação da pena: os casos recentes do Mensalão (APN nº 470 do STF), da Lava-Jato e dos chamados “atos antidemocráticos” de 8/1/2023; 3. A discrecionariedade como legado do positivismo e a crítica de Ferrajoli ao “decisionismo” (positivismo crítico); 4. O papel da hermenêutica e o conceito dworkiniano de “integridade” aplicado à penologia: uma visão pós-positivista sobre os problemas clássicos da aplicação da pena; 5. Promovendo maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena: indo além de uma aplicação garantista da pena e da “única pena correta”; 6. Considerações finais; 7. Referências.

Resumo: A discrecionariedade judicial é um tema fundamental para a teoria jurídica, tendo sido objeto de grande controvérsia entre positivistas (Kelsen, Hart) e pós-

¹Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Criminologia e Justiça Criminal (Universidade de Oxford). Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador da República.

²Doutor e Mestre em Direito Constitucional (Universidade Federal de Minas Gerais). *Visiting scholar* (American University Washington College of Law) e *visiting foreign judicial fellow* (Federal Judicial Center, em Washington D.C., EUA). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo.

positivistas (Dworkin). Especificamente no campo da aplicação da pena, o exercício da discricionariedade deve ser tema de preocupação, uma vez que, na falta de maiores controles sobre a margem de liberdade dos juízes, as consequências costumam ser a ausência de maior previsibilidade, com prejuízo à taxatividade da lei penal e à ideia de segurança jurídica, além de disparidade nas sentenças criminais. A presente pesquisa investiga as possibilidades e as limitações da incidência de duas importantes teorias jurídicas, que são o garantismo penal (Luigi Ferrajoli) e a teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin), no campo da penologia. Busca-se examinar se as principais ideias de Ferrajoli, como a defesa da legalidade estrita (taxatividade) da lei penal e a categoria do “decisionismo” (subjativismo), e de Dworkin, tais como a hermenêutica, a noção de integridade e de “única resposta correta”, são capazes de contribuir para a promoção de maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena.

Palavras-chave: Aplicação da pena; discricionariedade judicial; Garantismo Penal; Hermenêutica; Direito como integridade.

Abstract: Judicial discretion is a fundamental topic for legal theory, having been the subject of great controversy between positivists (Kelsen, Hart) and post-positivists (Dworkin). Specifically in the field of sentencing, the exercise of discretion must be a matter of concern, since, in the absence of greater controls over judicial decision-making, the consequences tend to be the absence of greater predictability, damaging the principle of legality in Criminal Law and the idea of legal certainty (*segurança jurídica*), in addition to sentence disparities. This research investigates the possibilities and limitations of two important legal theories, which are *Garantismo Penal* (Luigi Ferrajoli) and the Law as integrity thesis (Ronald Dworkin) to the penological field. The aim is to examine whether the main ideas of Ferrajoli, such as the defense of a strict legality (*taxatividade penal*) of Criminal Law and the category of ‘decisionism’ (subjectivism), and Dworkin’s ideas, such as Hermeneutics, integrity and the ‘one-correct answer’ thesis, might contribute to the promotion of greater consistency (predictability) in sentencing.

Keywords: Sentencing; judicial discretion; *Garantismo Penal*; Hermeneutics; Law as

integrity.

1. INTRODUÇÃO

O tema da discricionariedade dos juízes sempre interessou à teoria jurídica e ao estudo do Direito. A título de exemplo, Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, dois importantes filósofos do Direito de matriz positivista do século XX, recorreram à ideia de discricionariedade a fim de enfrentar, em resumo, um mesmo problema: a indeterminação do Direito³, ou seja, a (real) impossibilidade de o ordenamento jurídico regular, de modo preciso, todas as relações sociais interindividuais e seus conflitos. De fato, há diferentes tipos ou manifestações da indeterminação no campo jurídico, resultantes, p. ex., de dúvida quanto à norma a ser aplicada (lacunas e antinomias na lei), ou de características da própria linguagem adotada pelo legislador, a qual, muitas vezes, carece de clareza ou se revela demasiadamente vaga ou ambígua (indeterminação semântica)⁴.

No paradigma positivista kelseniano e hartiano – com algumas distinções –, a aplicação do Direito é feita pelo juiz a partir de múltiplas possibilidades interpretativas, seja na forma de uma “moldura” dentro da qual a decisão judicial poderia adotar, em um ato de conhecimento e de vontade do julgador, qualquer dos sentidos possíveis do Direito (Kelsen), seja como resultado da própria textura aberta da linguagem jurídica, que cria zonas de incerteza onde não há uma única solução possível, abrindo-se espaço ao juízo discricionário do juiz (Hart).

A visão positivista acerca da discricionariedade judicial, entretanto, recebeu duras críticas de pós-positivistas como Ronald Dworkin. O “ataque geral”⁵ que Dworkin lançou contra o positivismo de H. L. A. Hart parte da rejeição do preceito-chave positivista de que o Direito seria um sistema relativamente fechado composto unicamente por regras. Dworkin defendeu a co-existência de outro padrão normativo

³COURA, A.D.C. & AZEVEDO, S.A.D. “Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin”. In: COURA, A.D.C. & BUSSINGUER, E.C.A. (orgs.). *Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 101-142.

⁴ÁVILA, H. *Teoria da indeterminação no Direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

⁵DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

além das regras: os princípios. Eles vedariam juízos discricionários. A partir da crítica ao positivismo, Dworkin construiu, portanto, uma “teoria jurídica antidiscricionária”⁶, baseada na “tese da resposta correta” e na concepção de Direito como integridade.

O artigo abordará o tema da discricionariedade judicial e seus reflexos especificamente no campo da aplicação da pena à luz de dois importantes teóricos do Direito, que são o italiano Luigi Ferrajoli, autor de obras como “Direito e Razão” e “*Principia Juris*”, e o norte-americano Ronald Dworkin, que escreveu “Levando os Direitos a Sério”, “O Império do Direito” e “Uma Questão de Princípios”, dentre outros títulos. A escolha não é arbitrária: enquanto Ferrajoli sempre se declarou um positivista, tendo construído sua principal tese, conhecida como garantismo, sobre bases fortemente positivistas, Dworkin, por seu turno, foi um crítico feroz do positivismo, tendo desenvolvido sua teoria jurídica (*jurisprudence*) a partir da influência do giro linguístico-pragmático (Wittgenstein) e da hermenêutica (Heidegger e, mais decisivamente, Gadamer). Embora os dois marcos teóricos representem, de certo modo, paradigmas jurídicos distintos, a presente pesquisa fará uma breve aproximação conceitual entre o garantismo (penal) de Ferrajoli e a teoria da *law as integrity* de Dworkin, com ênfase nas possibilidades e limitações de sua incidência no campo da penologia.

Situando-se, portanto, no âmbito da penologia, a presente pesquisa procurará responder o seguinte problema: o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin são capazes de contribuir para a promoção de maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena? Nossa hipótese é a de que a disparidade das penas é uma patologia do sistema de justiça criminal, representando claro exemplo daquilo que Ferrajoli denominava “decisionismo” e, de igual modo, subvertendo a ideia de integridade, defendida por Dworkin.

2. DISCRICIONARIEDADE E DISPARIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: OS CASOS RECENTES DO MENSALÃO (APN Nº 470 DO STF), DA LAVA-JATO

⁶ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, p. 346.

E DOS CHAMADOS “ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS” DE 8/1/2023

Não é simples a tarefa judicial de aplicar penas. Se, por um lado, nenhum caso é exatamente igual a outro, tornando necessária uma correta individualização na sentença, por outro lado há uma legítima expectativa por equidade ou isonomia na aplicação das penas, de modo que dois casos idênticos, isto é, com grande semelhança de fatores de individualização relevantes (circunstâncias do crime e do agente), recebam penas iguais. Quando casos idênticos recebem tratamento e solução distintos, ocorre disparidade na aplicação das penas. Pode-se afirmar que a disparidade é um efeito indesejado das sentenças criminais, pois o ideal é maior consistência (previsibilidade) na aplicação das penas.

A discricionariedade (judicial) é um traço característico da aplicação da pena. Não há como eliminar uma certa margem de liberdade valorativa para que o magistrado possa, diante do caso concreto, encontrar a pena mais adequada, individualizando corretamente a sanção. A discricionariedade, porém, precisa ser controlada, sob pena de ser convertida em arbítrio. Uma das consequências lógicas da discricionariedade na aplicação da pena é a disparidade: casos idênticos recebendo penas distintas, com base em fatores extralegais, como a identidade do juiz ou caracteres pessoais do réu (raça, gênero, religião, *status* socioeconômico, *v.g.*).

A maior preocupação com a discricionariedade dos juízes na aplicação da pena envolve a falta de consistência (previsibilidade) da decisão judicial, que assim se converte em arbítrio judicial. Casos similares devem receber penas similares. A capacidade de estabelecer sentenças individualizadas não deve ser retirada dos julgadores, mas a discricionariedade deve ser limitada ou controlada.

Dois casos recentes servem para ilustrar nossa preocupação com a discricionariedade judicial e o consequente problema da disparidade das penas aplicadas:⁷ primeiro, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos embargos infringentes no caso Mensalão (Ação Penal nº 470), ocasião em que o Ministro Luís Roberto Barroso chamou atenção para a exacerbação das penas aplicadas pelo crime

⁷CARVALHO, S. O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. *Revista Direito em Debate*, n. 53, jul./dez. 2020, pp. 311-317. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>

de quadrilha em patamares discrepantes da jurisprudência do próprio STF e dos parâmetros utilizados para outros crimes apurados no mesmo processo.⁸ Com efeito, puderam ser identificados aumentos da pena-base da quadrilha entre 63% e 75%, ao passo que, embora idênticas as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, a exasperação para os outros crimes ficou, em média, em 21%⁹.

Segundo, o julgamento das ações penais relacionadas à chamada “Operação Lava Jato”, pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, na qual pôde ser verificada uma variação de cerca de 273% nas penas aplicadas, para um mesmo crime, a réus distintos¹⁰.

Questões políticas à parte, o fato é que os julgamentos do Mensalão e da Lava-Jato tiveram enorme repercussão nacional. As condenações dos acusados, inclusive de integrantes da classe política, provocaram grande interesse na sociedade. Especificamente em relação à dosimetria das penas aplicadas, contudo, parece ter ocorrido desproporcionalidade e, sobretudo, falta de consistência (previsibilidade) no cálculo das sanções. Os motivos reais ensejadores da disparidade das penas aplicadas em ambos os casos podem ser apenas especulados¹¹. A única certeza é que os resultados inconsistentes na aplicação da pena, no Brasil, decorrem, em geral, de excessiva discricionariedade franqueada aos julgadores. A determinação judicial das penas sofre pela ausência de critérios estabelecidos de modo claro e preciso em lei ou por uma “constante perversão dogmática (doutrina e, sobretudo, jurisprudência) das circunstâncias da aplicação da pena”¹².

O mesmo diagnóstico vale para o julgamento, pelo STF, das inúmeras ações

⁸ NASCIMENTO, A. “Barroso absolve oito réus do crime de formação de quadrilha”. *Agência Brasil*, 26 fev. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-02/barroso-vota-pela-aceitacao-dos-embargos-infringentes>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁹A grande disparidade das penas aplicadas foi uma das razões para o próprio Ministro Barroso – antes, porém, de ocupar um assento no STF – ter considerado o julgamento da APN nº 470 como um “ponto fora da curva”. In: G1. Barroso diz que mensalão foi “ponto fora da curva” no STF. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/barroso-diz-que-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-no-stf.html>. Acesso em: 19 fev. 2024.

¹⁰CHAER, M. Para o mesmo crime, o juiz federal Marcelo Bretas aplica penas que variam 273%. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/mesmo-crime-marcelo-bretas-aplica-penas-variavam-273/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

¹¹O próprio Ministro Barroso registrou, em seu voto nos embargos infringentes na APN nº 470, que o STF havia exasperado indevidamente as penas aplicadas ao crime de quadrilha com a finalidade de evitar a prescrição, o que, por si só, revela a arbitrariedade da condenação judicial.

¹² CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 315.

penais instauradas pela Procuradoria-Geral da República em virtude dos chamados “atos antidemocráticos” praticados por uma multidão na Praça dos Três Poderes, no dia 8 de janeiro de 2023, imediatamente após a derrota nas eleições presidenciais de Jair Bolsonaro.

Com efeito, no julgamento da primeira ação penal (AP nº 1.060/DF), o Ministro Alexandre de Moraes condenou o réu pela prática dos crimes de abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L do Código Penal), golpe de Estado (art. 359-M), dano qualificado (art. 163, parágrafo único, I, II, III e IV), associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único) e deterioração de patrimônio tombado (art. 62, I, da Lei nº 9.605/98).

Na dosimetria penal, o voto do relator considerou como desfavoráveis quatro circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, conduta social, motivos e circunstâncias do crime). A análise de tais circunstâncias pelo Min. Alexandre de Moraes revela nitidamente o excessivo grau de subjetivismo do julgador, resultando em exasperação das sanções com apoio em considerações de cunho genérico, ou, ainda pior, com valoração, na primeira fase da dosimetria, de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais imputados.

Por exemplo, quanto à circunstância da culpabilidade, o voto registrou: “(...) revela-se acentuada a culpabilidade do réu, pois nesta fase como juízo de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, percebe-se que houve enorme extrapolação daquela que é própria da prática da infração penal”.

Relativamente à conduta social, ficou consignado: “(...) o réu se associou a grupo criminoso cujos propósitos denotam a recalcitrância à observância de regras mínimas de estabelecimento e manutenção da própria ordem político-social do país, na busca por uma ruptura institucional com um golpe de Estado, Intervenção Militar e fim do Estado Democrático de Direito”.

Os motivos do crime também foram considerados especialmente severos: “É extremamente grave a conduta de participar da operacionalização de concerto criminoso voltado a aniquilar os pilares essenciais do estado democrático de direito, mediante violência e danos gravíssimos ao patrimônio público (...)”.

Por fim, o Min. Alexandre de Moraes valorou negativamente as circunstâncias do crime, conforme se extrai do seguinte trecho: “Os atos criminosos, golpistas e

atentatórios das instituições republicanas em 08/01/2023 desbordaram para depredação e vandalismo que ocasionaram prejuízos de ordem financeira que alcança cifras nas dezenas de milhões, para além das perdas de viés social, político, histórico - alguns inclusive insuperáveis -, a serem suportados por toda a sociedade brasileira”.

A partir da análise global das vetoriais do artigo 59 do Código Penal, o voto passou às demais fases do procedimento dosimétrico, resultando nas seguintes penas: a) para o crime do artigo 359-L do CP (pena cominada: de 4 a 8 anos), a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses, tornada definitiva; b) para o delito do artigo 359-M (pena cominada: de 4 a 12 anos), a pena-base ficou em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, tornada definitiva; c) para o delito do artigo 163, parágrafo único (pena cominada: entre 6 meses e 3 anos), a pena-base foi fixada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, tornada definitiva; d) para o crime ao artigo 62, I, da Lei nº 9.605/98 (pena cominada: de 1 a 3 anos), tendo a pena-base sido estabelecida em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, tornada definitiva; e e) por último, para a infração penal do art. 288, parágrafo único (pena cominada: de 1 a 3 anos, a pena-base ficou estabelecida em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, sendo majorada em 1/3, totalizando uma pena definitiva de 2 (dois) anos.

O caso dos atos antidemocráticos revela uma outra consequência negativa da discricionariedade judicial, além da disparidade, que é a desproporcionalidade ou excessivo punitivismo das penas. Parece claro que houve, no voto do Ministro relator, manipulação hermenêutica do significado aberto das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), com o claro intuito de fixar as sanções em patamares demasiadamente elevados. Em um país com níveis alarmantes de encarceramento, a desproporcionalidade decorrente da excessiva discricionariedade de que gozam os juízes na aplicação das penas deve ser vista como uma patologia do sistema de justiça criminal, da mesma forma como o problema da disparidade (ausência de previsibilidade).

3. A DISCRICIONARIEDADE COMO LEGADO DO POSITIVISMO E A CRÍTICA DE FERRAJOLI AO “DECISIONISMO” (POSITIVISMO CRÍTICO)

Na teoria jurídica, inegavelmente é reconhecido que uma das consequências

do positivismo jurídico do final do século XIX era reservar aos juízes uma margem de discricionariedade, que seria uma espécie de “válvula de escape” do ordenamento jurídico para viabilizar decisões judiciais tomadas diante de casos concretos para os quais nenhuma regra expressa serviria de norte. Positivistas clássicos como Hans Kelsen, de fato, adotavam uma postura decisionista em face de lacunas legais (ausência de regras) ou conflitos insolúveis entre regras. Além disso, mesmo após identificar que a linguagem contida na lei não possui sentido único – o que é de fato correto –, o jurista austríaco defendia que, dentro de uma moldura de interpretações possíveis, caberia ao juiz decidir voluntariamente. A interpretação e a aplicação do Direito constituiriam tarefas entregues à vontade do julgador¹³.

Para a “Teoria Pura do Direito” (1939), de Hans Kelsen, a discricionariedade seria verdadeiro elemento integrante da atividade de interpretar o Direito. A autoridade do Poder Judiciário e da decisão judicial seriam o fundamento para a defesa positivista, na versão kelseniana, da discricionariedade dos juízes.

Outro famoso positivista, H. L. A. Hart, autor de “O Conceito de Direito” (1961), defendia a discricionariedade judicial como solução para casos difíceis situados nas chamadas “zonas de penumbra” (ausência de clareza semântica), marcadas pela textura aberta da linguagem legal. O juiz positivista claramente exerce uma “função criativa”¹⁴.

O positivismo jurídico, portanto, era essencialmente discricionário, autorizando que, na prática judicial, a aplicação do Direito ficasse, em alguns casos, à mercê de critérios extralegais e absolutamente pessoais dos julgadores. O complexo problema da indeterminação do Direito seria “resolvido” pela discricionariedade judicial.

O legado discricionário do positivismo não impediu, porém, um certo dissenso interno entre os próprios positivistas. O jurista italiano Luigi Ferrajoli, por exemplo, responsável pelo desenvolvimento da influente teoria do “garantismo penal” – particularmente difundida no Brasil e na América Latina –, estruturou sua epistemologia garantista em torno de uma crítica a dois aspectos encontrados em sistemas penais tipicamente inquisitoriais (autoritários): *substancialismo*, no âmbito do Direito Penal

¹³ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

¹⁴ HART, H.L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

material, e *decisionismo*, na esfera processual penal. No plano da criminalização, vigoraria uma concepção ontológica ou substancialista do delito, segundo a qual o objeto de conhecimento e de tratamento penal não seria a conduta formalmente prevista em lei, mas seu caráter antissocial e imoral manifestado na pessoa do criminoso.¹⁵ No campo da prática judiciária, o modelo de “juízo penal potestativo”¹⁶ é caracterizado por ampla subjetividade na apreciação das provas e de todos os demais elementos processuais relevantes para a decisão.

O emprego, por Ferrajoli, da categoria “decisionismo” revela uma postura crítica do garantismo à atuação criadora do Direito pelo Poder Judiciário (em geral) e ao autoritarismo (e arbítrio) da jurisdição penal (em particular)¹⁷.

Discricionariedade e decisionismo são temas que se conectam claramente no tema da aplicação da pena, objeto do nosso estudo.

Com efeito, não seria inédita a afirmação de que a (excessiva) discricionariedade da aplicação da pena no Brasil pode ser atribuída, sobretudo, a problemas decorrentes da metodologia legal definida pelo Código Penal (dosimetria penal): a) falta de clareza de linguagem na enunciação de expressões como “culpabilidade”, “conduta social” e “personalidade” (artigo 59); e b) ausência de critérios quantitativos (numéricos) claros, em todas as etapas do processo individualizador da sanção (pena-base e aumentos/diminuições sucessivos)¹⁸.

Nesse contexto, parece correto admitir que a prática entre os juízes brasileiros tem sido marcada por grande “subjetivação dos critérios de valoração” (da pena) e consequente “enfraquecimento das diretrizes legais de controle da decisão”.¹⁹ Em outras palavras, a dimensão antigarantista do decisionismo é um triste atributo da

¹⁵ O substancialismo penal de Ferrajoli, portanto, possui clara vinculação à ideia do denominado “Direito Penal do autor”. In: CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 311.

¹⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 43.

¹⁷ Ferrajoli sempre preferiu se autointitular adepto de um “juspositivismo crítico”, compartilhando algumas importantes premissas do positivismo clássico, como a separação entre Direito e Moral. In: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 871.

¹⁸ CAMPOS, G.S.D.Q. *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*. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁹ CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 311.

determinação judicial das penas.

A questão ainda a resolver, diante da grande margem de liberdade franqueada aos juízes na individualização das sanções, é a de como estabelecer maior controle da decisão judicial.

O caminho proposto por Ferrajoli passa, primordialmente, pela depuração da linguagem utilizada pela lei, ou seja, por maior precisão semântica por parte do legislador, reduzindo-se, por consequência, os espaços abertos à discricionariedade e a exigência de interpretação na aplicação da pena²⁰. A proposta de fechar o sentido dos textos é coerente com a defesa firme do princípio da legalidade em sua faceta mais estrita (taxatividade da lei penal) no marco garantista.

Independentemente da utilização do garantismo de Ferrajoli como marco teórico, há uma nítida tensão entre maior taxatividade ou determinabilidade das penas, de um lado, e discricionariedade no caso concreto, de outro.²¹ Significa dizer que, em princípio, quanto mais fechadas forem as regras legais sobre a aplicação da pena, menor será a margem de valoração deixada para a determinação judicial das sanções. O desejado é um equilíbrio entre a determinabilidade (legal) e a flexibilidade (judicial), para que não seja suprimida dos julgadores sua capacidade de levar a cabo a necessária individualização diante do caso concreto²².

²⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²¹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 113.

²² Diferentes modelos de aplicação da pena encontrados no direito comparado buscam resolver, cada um a seu modo, o problema da discricionariedade judicial. Em um extremo, o sistema de penas obrigatórias ou pré-fixadas (*mandatory sentencing*), geralmente restrito aos crimes mais graves, simplesmente impõe ao juiz um *quantum* de pena a aplicar, sem espaço para qualquer individualização. Tal sistema ainda vigora em países como Inglaterra e Gales, EUA e Canadá. No extremo oposto, o sistema das penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*), que vigorou durante boa parte do século XX nos países da *common law*, apenas previa em lei penas mínimas para alguns casos e, em contrapartida, estabelecia penas máximas elevadas, deixando a decisão final sobre o tempo que uma pessoa condenada efetivamente cumpriria de pena (prisão) para decisão discricionária de uma *parole board*, órgão administrativo incumbido do exame de pedidos de livramento condicional na tradição jurídica norte-americana (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *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*. Salvador: JusPodivm, 2021). No mundo da *common law*, predominam hoje sistemas de *sentencing guidelines* (diretrizes de sentença), que, essencialmente, procuram equilibrar previsibilidade das penas e capacidade de individualização no caso concreto, com maior ou menor êxito (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *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*. Salvador: JusPodivm, 2021; QUIRÓS, Diego Zysman.

A tese ferrajoliana serve para reforçar a centralidade da ideia de legalidade estrita (taxatividade) da lei penal, particularmente no que tange às regras legais sobre a aplicação da pena (no caso do Brasil, a “dosimetria penal”). Deve-se ter em mente o importante papel de garantia exercido, no processo penal, pelo conjunto de regras definidoras de uma metodologia legal (dosimetria penal) norteadora da tarefa judicial de individualização das sanções. Sem dúvida, a adoção de tipos abertos na lei fragiliza a previsibilidade das penas, resultando potencialmente em decisionismo ou arbítrio judicial.

É necessário, todavia, reconhecer limitações à adoção do garantismo penal no campo da aplicação da pena. Muito embora seja legítima a pretensão formulada por Ferrajoli de contínuo aprimoramento dos textos legais, já há muito tempo é apontado que, sob vários aspectos, a proposta de “precisão semântica garantista”²³ não é, por si só, capaz de assegurar um controle adequado da decisão judicial (de aplicação da pena). Talvez seja impossível simplesmente fechar os sentidos linguísticos do texto legal. Considerando que as normas jurídicas são expressas na forma de linguagem, a qual será sempre vaga, cabe ao intérprete a tarefa de construir o sentido das normas.

Na parte seguinte de nosso estudo, examinaremos o impacto da abertura hermenêutica do Direito, traço marcante do paradigma pós-positivista, no campo da penologia. E, em especial, examinaremos as possibilidades e limitações da teoria da integridade do Direito, desenvolvida por Ronald Dworkin.

4. O PAPEL DA HERMENÊUTICA E O CONCEITO DWORKINIANO DE "INTEGRIDADE" APLICADO À PENOLOGIA: UMA VISÃO PÓS-POSITIVISTA SOBRE OS PROBLEMAS CLÁSSICOS DA APLICAÇÃO DA PENA

Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines. Florianópolis: Empório do Direito, 2017).

²³PINHO, A.C.B.D. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 93.

Fora do marco positivista, a teoria jurídica passou por uma verdadeira revolução a partir da filosofia da linguagem e dos movimentos conhecidos como “virada hermenêutica” (Heidegger e Gadamer) e “giro pragmático” (Wittgenstein). O chamado “caráter textual do Direito” na modernidade tornou-se complexo. O texto não é, como antes se poderia acreditar, auto-aplicável, demandando sempre uma atividade (judicial) de construção de sentido. De modo distinto do positivismo jurídico, teorias contemporâneas do Direito mostraram que a necessidade de interpretação não decorre de defeitos de redação dos textos jurídicos. Interpretar é sempre necessário; a interpretação é a atividade através da qual ocorre/ a construção de sentido das normas jurídicas. Talvez a grande mudança ocorrida na transição entre os paradigmas positivista e pós-positivista seja a descrença em um sentido ontológico do texto legal capaz de garantir a correção da interpretação. Reconhece-se, assim, a abertura hermenêutica do Direito.

A partir da virada linguística na filosofia e em outros campos do conhecimento, a penologia passou a lançar mão da hermenêutica como mecanismo para reduzir os “amplos horizontes de interpretação”²⁴ decorrentes da técnica legislativa de utilização de tipos penais abertos na aplicação da pena (“personalidade do réu”, “conduta social” etc).

A hermenêutica, assim, tornou-se ferramenta crucial para uma correta interpretação (crítica) das regras legais sobre a aplicação da pena no Brasil. A título puramente exemplificativo, recorde-se que, após muita controvérsia, a circunstância judicial “antecedentes”, contida no artigo 59 do Código Penal, acabou sendo interpretada de modo a excluir de sua interpretação inquéritos policiais e ações penais em andamento (Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça), compatibilizando-se o texto com o âmbito normativo do princípio da presunção de inocência.

A compreensão do texto legal como mero ponto de partida da atividade hermenêutica de construção de sentido da norma parece ter sido capaz de superar a proposta positivista de enfrentamento do problema da indeterminação do Direito

²⁴ CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 316.

através da discrecionalidade judicial. No campo da aplicação da pena, sempre foi reconhecida, sem maiores dificuldades, a grande indeterminação (tipicidade aberta) das regras do Código Penal brasileiro. A hermenêutica pós-positivista equipa o intérprete (julgador) melhor do que o recurso positivista à discrecionalidade pura e simples.

A hermenêutica gadameriana foi o ponto de partida de uma das mais influentes teorias jurídicas contemporâneas, particularmente voltada para a construção de uma teoria da decisão judicial marcadamente antidiscrecionalária²⁵: a tese do Direito como integridade (*law as integrity*) do jurista norte-americano Ronald Dworkin, desenvolvida na obra “O Império do Direito” (1986).

Resumidamente, a teoria da decisão judicial desenvolvida por Dworkin, baseada na noção de integridade, envolve, no mínimo, três importantes aspectos: a) a compreensão de sua crítica à discrecionalidade judicial, b) a chamada “tese da única resposta correta”, e c) a analogia literária conhecida como “romance em cadeia”.

Com relação à discrecionalidade, Dworkin sempre criticou a lógica positivista segundo a qual, na ausência de regra válida, não existiria obrigação jurídica e, assim, o juiz, diante de um caso difícil, poderia criar o Direito. Para ele, aos juízes não seria permitido julgar discrecionalmente, de modo decisionista, por seus próprios critérios de justiça (subjetividade). Haveria, para todos os casos, uma única resposta correta, que aplique as regras e princípios vigentes em uma dada sociedade de forma íntegra. A “tese da única resposta correta” (*one-right answer thesis*), portanto, não admitiria qualquer espaço para juízos discrecionais, já que existiria sempre uma solução construída argumentativamente dentro do próprio Direito (sistema de regras e princípios), e não fora dele (puro arbítrio judicial)²⁶.

A construção argumentativa e paulatina do Direito ocorre, na visão de Dworkin, à semelhança de um “romance em cadeia” (*chain novel*). A tese do Direito como integridade exige que o juiz se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. A decisão judicial não é produzida em um vazio, mas sim em

²⁵ STRECK, L.L. Porque a discrecionalidade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

²⁶ STRECK, L.L. Porque a discrecionalidade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

constante diálogo com a história e a tradição institucional (do Poder Judiciário)²⁷.

Interpretação e argumentação, portanto, ocupam posição central na teoria jurídica de Dworkin, que é, essencialmente, uma teoria da decisão judicial (*adjudication*). É correto afirmar que sua tese mais importante, a do Direito como integridade, concretiza de modo crítico a “virada hermenêutica no direito”²⁸, o que situa o pensamento do jurista norte-americano dentro do paradigma pós-positivista.

Muito embora Ronald Dworkin não tenha construído seu pensamento a partir do processo penal, é inegável que, em termos práticos, a discricionariedade é um dos principais problemas da aplicação da pena. A excessiva subjetividade das decisões (decisionismo) produz como resultado prático a significativa disparidade encontrada nas sentenças criminais, colocando em risco a própria integridade das penas.

A aplicação extensiva da tese dworkiniana de *law as integrity* ao campo da penologia poderia significar, em primeiro lugar, um forte repúdio à discricionariedade judicial na aplicação da pena. Não deveria haver espaço para juízos discricionários nas sentenças criminais. Embora não trabalhe com a categoria ferrajoliana do “decisionismo”, Dworkin também seria seguramente contrário a decisões judiciais baseadas em critérios pessoais do julgador na esfera penal, com valorações subjetivas da prova processual e cálculo arbitrário das sanções aplicadas, em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo legislador e com a própria prática judicial.

Complementando a crítica à discricionariedade, admitir que para todo problema jurídico exista uma resposta correta significaria, no juízo penal, reconhecer a existência de uma “única pena correta”, construída pelos juízes de maneira argumentativamente (hermeneuticamente) válida, isto é, em consonância às regras e princípios jurídicos vigentes em uma determinada sociedade. A busca pela pena correta, em cada caso

²⁷O argumento dworkiniano de necessidade de respeito da história institucional se tornou uma das grandes premissas do atual Código de Processo Civil brasileiro no tema do tratamento do direito jurisprudencial (precedentes). Em especial, o artigo 926 determina que os tribunais uniformizem a jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”. O precedente se insere em uma cadeia argumentativa que constrói o Direito gradativamente. In: BAHIA, A.M.F; NUNES, D. & PEDRON, F. *Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?* Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAoeGuBhCBARIsAGfKY7ye21ofgMSFp7pbclfflZmMle1VcBYSFgPJbMc1Lwl1ts64e8oHpvoaAvMrEALw_wcB. Acesso em: 19 fev. 2024.

²⁸CHUERI, V.K. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 129.

concreto, deve ser mediada pela hermenêutica, assim considerada como ferramenta crucial para a construção do sentido que seja sempre capaz de revelar o Direito na sua melhor luz.

Por derradeiro, a tese da integridade criada por Ronald Dworkin guarda perfeita compatibilidade com a pretensão de maior consistência (previsibilidade) na determinação judicial das penas. Recordando a ideia de romance em cadeia, se compreendermos cada sentença criminal como um capítulo e cada juiz como seu autor, não é difícil concluir pela necessidade de coerência na aplicação das penas. A integridade restaria vulnerabilizada toda vez que fossem fixadas sanções penais distintas para casos semelhantes. O fenômeno (indesejado) da disparidade, portanto, violaria a noção de integridade tal como sustentada por Dworkin.

A via hermenêutica e a noção dworkiniana de integridade na aplicação da pena também possuem limitações. Não há dúvidas de que a hermenêutica tem sido fundamental diante dos enormes “horizontes de ambiguidade e de vagueza”²⁹ encontrados nas regras do Código Penal brasileiro que orientam os juízes na aplicação das penas. Sem o recurso à hermenêutica, o campo de discricionariedade judicial permaneceria amplo, resultando em arbítrio³⁰ e grande disparidade nas penas concretamente aplicadas. A ideia de integridade, que Dworkin desenvolveu a partir da hermenêutica filosófica gadameriana, também oferece claro potencial de reduzir espaços discricionários na determinação judicial das penas. Uma característica comum a ambas as abordagens é que elas operam dentro da linguagem (no caso, legislativa), apontando – corretamente, diga-se – que não há termos ou expressões dotadas de significados em si mesmos; em outras palavras, a lei contém palavras que, independentemente de sua aparente precisão semântica, na realidade exigem uma atividade hermenêutica atribuidora de sentido³¹. A grande dificuldade é que a fixação da pena em concreto é tarefa que combina, simultaneamente, uma lógica simbólica, matemática – pois, no final da individualização, o juiz terá que chegar a um número,

²⁹ CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 361.

³⁰ Salo de Carvalho afirma com absoluta propriedade que “(...) quanto menores forem os espaços de incerteza, menores serão os de arbítrio judicial”. In: CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 361.

³¹ CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

que é o *quantum* de pena – e a linguagem natural das normas jurídicas. Teorias hermenêuticas como o Direito como integridade de Dworkin não parecem capazes de resolver problemas de ordem matemática, pouco auxiliando na atribuição de valores numéricos aos fatores relevantes de individualização das penas, expressos na lei na forma de linguagem natural (jurídica).

5. PROMOVENDO MAIOR CONSISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA: INDO ALÉM DE UMA APLICAÇÃO GARANTISTA DA PENA E DA "ÚNICA PENA CORRETA"

A atividade judicial de determinação das penas enfrenta uma tensão inerente entre a necessidade de individualização da sanção às circunstâncias do caso concreto e um desejo de promover maior consistência (previsibilidade). Por um lado, a própria ideia de justiça exige que os juízes tenham discricionariedade suficiente para atingirem a sentença mais “correta” possível, que reflita o caráter único de cada infração penal e de seu autor. A consequência lógica é que um certo nível de inconsistência nas sentenças seria inevitável³². Por outro lado, a previsibilidade na aplicação da pena já foi descrita como uma virtude³³ ou um fim em si mesma³⁴, isto é, um objetivo a ser alcançado.

Sempre predominou, no Brasil e no mundo, um indisfarçável “*ethos* discricionário”³⁵ no tema da determinação judicial das penas. Desde que minimamente respeitadas as regras de aplicação da pena previstas no Código Penal brasileiro, v.g., se o juiz estabelecer a sanção dentro de parâmetros razoáveis e fundamentar sua decisão, os processos de valoração, de atribuição de sentidos ao texto legal e de quantificação das circunstâncias concretas fugirão ao escrutínio das partes e até mesmo das instâncias recursais.

³² KRASNOSTEIN, S. & FREIBERG, A. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, n. 76, 2013.

³³ TATA, C. & HUTTON, N. Consistency and disparity. *International Journal of the Sociology of Law*, n. 26, 1998.

³⁴ PINA-SÁNCHEZ, J. & LINACRE, R. Refining the measurement of consistency in sentencing: a methodological review. *International Journal of Law, Crime and Justice*, n. 44, 2016.

³⁵ VON HIRSCH, A. “The project of sentencing reform”. In: TONRY, M. & FRASE, R. (orgs.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

O exercício da discricionariedade, entretanto, deve ser objeto de preocupação. Na falta de maiores controles sobre a margem de liberdade dos juízes na aplicação da pena, as consequências serão a ausência de maior previsibilidade, com prejuízo à taxatividade da lei penal e à ideia de segurança jurídica, além de disparidade nas sentenças criminais.

Uma proposta de aplicação *garantista* da pena, centrada na defesa da taxatividade da lei penal, à luz do pensamento de Luigi Ferrajoli, parece bastante promissora na promoção de maior previsibilidade (consistência) das sentenças criminais. Diante de tantas incertezas que cercam a chamada “dosimetria penal” brasileira, é plausível afirmar que a metodologia legal de aplicação da pena definida no Código Penal fragiliza demasiadamente o princípio da legalidade, em seu aspecto de taxatividade (lei penal estrita). Para Ferrajoli, a legalidade garantista, estrita ou taxatividade representa verdadeira “condição de validade ou legitimidade das leis vigentes”³⁶. É uma norma meta-legal dirigida precipuamente ao legislador, a quem incumbe adotar uma técnica legislativa penal idônea a conferir taxatividade a todos os pressupostos de aplicação da pena.

Curiosamente, sem embargo das diferenças fundamentais entre as teorias de Ferrajoli e Dworkin – que, como assinalamos, representam distintos paradigmas jurídicos, o positivista e o pós-positivista –, deve ser destacado que Dworkin também se preocupa com o conteúdo das leis, tanto que o conceito de integridade vale não só para a adjudicação (decisão judicial), como para a própria legislação. De fato, Dworkin distinguia duas exigências distintas de sua ideia de integridade no direito: um princípio legislativo, voltado à elaboração das regras jurídicas em geral, e um princípio adjudicativo, preocupado com o processo de deliberação judicial. Ambos têm por objetivo assegurar que o direito seja criado, interpretado e aplicado de modo coerente e em conformidade aos valores e princípios compartilhados em uma dada comunidade³⁷. No campo penal, as regras atinentes à aplicação da pena precisariam ser aperfeiçoadas para alcançarmos maior coerência (previsibilidade) nas sentenças criminais. Pelo menos no Brasil, parece claro que estamos longe da ideia de integridade

³⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 95.

³⁷ DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

defendida por Ronald Dworkin e da noção de “única pena correta”, aquela construída argumentativamente (hermeneuticamente) de acordo com a melhor interpretação do Direito e em consonância com a própria prática judiciária.

O grande desafio é identificar uma melhor estratégia legislativa para o aprimoramento da taxatividade das regras legais sobre a aplicação da pena. Propostas para uma aplicação garantista da pena precisam mirar, necessariamente, a maximização da determinabilidade das penas. A legislação brasileira apresenta pontos positivos, como, p. ex., a existência de regras de priorização ou preponderância (como no caso de concurso de agravantes e atenuantes, na forma do artigo 67 do Código Penal) e de critérios numéricos de atribuição de valor a fatores de agravamento e atenuação da pena (na terceira fase da dosimetria penal). Reduz-se, assim, a discricionariedade judicial nas operações matemáticas inerentes ao processo de individualização das sanções. *De lege ferenda*, já foram sugeridos novos mecanismos de redução da discricionariedade, como, e.g., a prefixação da pena-base, que deixaria de ser calculada pelo julgador a partir de suas valorações (subjetivas) de circunstâncias legais de tipicidade aberta – grande crítica dirigida à redação do artigo 59 do CP –, e já viria predeterminada pelo legislador³⁸.

Saindo do garantismo de Ferrajoli, a ideia de Direito como integridade, desenvolvida por Dworkin, permite-nos pensar no potencial de uma “única pena correta”, construída de modo argumentativo diante do caso individual, porém consolidando uma prática judiciária coerente, sem grande espaço para disparidades. Tal construção vem sendo tentada, há tempos, pela via hermenêutica, com a depuração *de lege lata* dos dispositivos legais relativos à aplicação da pena. Por exemplo, coube à doutrina crítica buscar a melhor interpretação possível das circunstâncias judiciais (abertas) descritas no artigo 59 do Código Penal. A jurisprudência evoluiu no mesmo caminho. Contudo, não é possível afirmar que as penas chegam a ser aplicadas com integridade no Brasil. Juízes e tribunais gozam de ampla discricionariedade, de modo a vulnerar a coerência da aplicação da pena. Propostas visando a incrementar a integridade das penas possivelmente terão que enfrentar o problema da ausência de

³⁸CAMPOS, G.S.D.Q. *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*. Salvador: JusPodivm, 2021.

um dever legal de adesão ou obediência (*compliance*) por parte dos julgadores às diretrizes jurisprudenciais em matéria de aplicação da pena. Nenhuma integridade será possível enquanto juízes puderem individualizar as sanções com grande discrecionalidade, sem qualquer preocupação com a coerência das sentenças criminais³⁹.

Taxatividade penal (Ferrajoli) e integridade na legislação (Dworkin), portanto, apesar de terem origem em teorias absolutamente distintas, caminham em uma mesma única direção: a da promoção de maior previsibilidade das penas, com a redução dos espaços de discrecionalidade na jurisdição penal. Não há, entre as duas abordagens, verdadeira incompatibilidade. Uma vez corretamente compreendidas, salta aos olhos a relação de complementariedade existente entre elas. O ponto forte do garantismo penal de Ferrajoli, no campo da penologia, é a defesa firme de maior taxatividade da lei penal, o que pode ajudar o julgador a resolver os graves problemas matemáticos causados pelas regras do Código Penal. Afinal, o processo de individualização da sanção, por mais complexo que possa ser, precisa chegar na definição de um *quantum* de pena, expressado em um valor numérico. Porém, como as normas são construídas na forma de linguagem (natural), expressando-se em textos legais, é nesse ponto que teorias hermenêuticas, como a de Ronald Dworkin, são necessárias. Não é possível renunciar à utilização da hermenêutica no campo da penologia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discrecionalidade judicial é um tema extremamente caro para a teoria jurídica em geral – afinal, a questão dos juízos discrecionários envolve, no fundo, a eterna indagação sobre o que o Direito é –, além de interessar particularmente à

³⁹ Em outros países, especialmente na tradição jurídica da *common law*, há uma séria preocupação com a falta de integridade na determinação judicial das penas. O modelo atualmente predominante em países como Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales, Austrália e Nova Zelândia, que é o das *sentencing guidelines*, costuma prever expressamente a existência de um dever de *compliance* por juízes e tribunais, buscando assegurar maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena. In: CAMPOS, G.S.D.Q. Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discrecionalidade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.

penologia. Com efeito, a aplicação da pena por juízes e tribunais é atividade inerentemente discricionária. É usual a afirmativa de que os julgadores devem reter liberdade suficiente para serem capazes de individualizar de modo adequado as sanções, até por força de comando constitucional explícito (artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988).

Sustentamos que a disparidade resultante da discricionariedade judicial é um efeito indesejado da aplicação da pena. Disparidade é o oposto de consistência (previsibilidade) das sentenças criminais. Quando dois réus, que praticaram crimes idênticos, recebam penas distintas, fica fragilizada a própria ideia de justiça. A questão que enfrentamos ao longo deste estudo foi a de como limitar a discricionariedade judicial e, por consequência, promover maior determinabilidade das penas.

A pesquisa analisou a teoria do “garantismo penal”, de Luigi Ferrajoli, e a concepção do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin, suas possibilidades e seus limites no âmbito da aplicação da pena. Faz sentido falar em uma aplicação *garantista* da pena, à luz do pensamento de Ferrajoli? Podemos esperar maior integridade das penas ou até pensarmos na ideia de uma “única pena correta”, utilizando a linguagem dworkiniana?

Ferrajoli sempre criticou a ausência de maior taxatividade das leis penais, o que, no campo da aplicação da pena, revela-se indiscutivelmente no emprego, pelo legislador, da técnica da tipicidade aberta. Expressões encontradas no Código Penal vigente, tais como “culpabilidade”, “conduta social” e “personalidade” (artigo 59), carecem de qualquer precisão semântica. O resultado disso, na visão do autor de “Direito e Razão”, é a autorização de juízos discricionários por parte dos julgadores, caracterizando a categoria ferrajoliana do “decisionismo”. A proposta do italiano, assim, passa, sobretudo, pela depuração da linguagem utilizada pela lei, reduzindo-se, por consequência, os espaços abertos à discricionariedade e a exigência de interpretação na aplicação da pena⁴⁰.

Muito embora a posição de Ferrajoli seja coerente com a firme defesa do princípio da legalidade estrita (taxatividade) da lei penal, vimos que não é simples

⁴⁰PINHO, A.C.B.D. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

fechar o sentido dos textos legais. O paradigma jurídico pós-positivista, a partir do desenvolvimento da filosofia da linguagem e da hermenêutica moderna, passou a entender que o texto não é auto-aplicável, exigindo sempre uma atividade (judicial) de construção de sentido. O texto não possui um sentido ontológico capaz de assegurar a correção da interpretação. O reconhecimento da abertura hermenêutica do Direito parece contrapor a proposta ferrajoliana de atribuir precisão semântica às regras legais.

De fato, pode-se afirmar que os maiores avanços na direção de controle da discricionariedade de juízes e tribunais na aplicação da pena podem ser atribuídos à tarefa de interpretação das regras da dosimetria penal. A via hermenêutica, portanto, tem constituído instrumental imprescindível para a melhor interpretação possível do Código Penal brasileiro.

A teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin) pode representar uma nova etapa hermenêutica no campo da penologia. Por mais que a individualização da pena já venha sendo o produto de uma construção argumentativa por parte dos julgadores, a ideia de integridade permitiria, em tese, a consolidação de uma prática judiciária coerente, sem grande espaço para disparidades nas sentenças criminais.

Examinamos, em nossa pesquisa, as possibilidades e os limites de cada uma das teorias em questão no campo da penologia. Os resultados parecem promissores, desde que devidamente entendida a complexidade da tarefa judicial de determinação das penas, que compreende, obrigatoriamente, um inegável aspecto matemático – uma vez que, ao final da individualização, o juiz precisa chegar a um número final, que é o *quantum* de pena –, além de vicissitudes decorrentes da linguagem empregada nos textos jurídicos. Parece mais fácil, à moda de Ferrajoli, aumentar a taxatividade da lei no tocante aos critérios numéricos utilizados na “dosimetria penal”, sem uma preocupação em conferir maior precisão semântica a qualquer texto. Por outro lado, a interpretação construtiva de sentido defendida por Dworkin pode avançar na direção de verdadeira integridade no processo adjudicativo penal, desde que venham a ser vislumbradas formas de assegurar maior adesão dos juízes aos critérios de aplicação da pena, de modo que ela possa, no futuro, constituir um autêntico empreendimento coletivo, uma obra escrita a múltiplas mãos por representantes do Poder Judiciário conscientes da responsabilidade de suas posições.

7. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, H. *Teoria da indeterminação no Direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- BAHIA, A.M.F; NUNES, D. & PEDRON, F. *Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?* Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAoeGuBhCBARIsAGfKY7ye21ofgMSFp7pbclfflZmMle1VcBYSFGpJbMc1Lwl1ts64e8oHpvoaAvMrEALw_wcB. Acesso em: 19 fev. 2024.
- CAMPOS, G.S.D.Q. *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*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CARVALHO, S. O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. *Revista Direito em Debate*, n. 53, jul./dez. 2020, pp. 311-317. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>.
- CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CHAEER, M. Para o mesmo crime, o juiz federal Marcelo Bretas aplica penas que variam 273%. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/mesmo-crime-marcelo-bretas-aplica-penas-variavam-273/>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- CHUERI, V.K. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.
- COURA, A.D.C. & AZEVEDO, S.A.D. "Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin". In: COURA, A.D.C. & BUSSINGUER, E.C.A. (orgs.). *Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: CRV, 2014.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009.
- HART, H.L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KRASNOSTEIN, S. & FREIBERG, A. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, n. 76, 2013.
- NASCIMENTO, A. Barroso absolve oito réus do crime de formação de quadrilha. *Agência Brasil*, 26 fev. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-02/barroso-vota-pela-aceitacao-dos-embargos-infringentes>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- PINA-SÁNCHEZ, J. & LINACRE, R. Refining the measurement of consistency in sentencing: a methodological review. *International Journal of Law, Crime and Justice*, n. 44, 2016.
- PINHO, A.C.B.D. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- QUIRÓS, D.Z. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- STRECK, L.L. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.
- TATA, C. & HUTTON, N. Consistency and disparity. *International Journal of the Sociology of Law*, n. 26, 1998.
- TEIXEIRA, A. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- VON HIRSCH, A. The project of sentencing reform. In: TONRY, M. & FRASE, R. (orgs.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.