

# SÉRIE PENSANDO EL DERECHO

Nº 2/2009

Pena Mínima

Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede •

4º andar • sala 434 - e-mail: [sal@mj.gov.br](mailto:sal@mj.gov.br) •

CEP: 70064-900 • Brasília-DF • [www.mj.gov.br/sal](http://www.mj.gov.br/sal)

Concejalía de Asuntos Legislativos

del Ministerio de la Justicia (SAL)

# Proyecto Pensando el Derecho

## Serie Pensando el Derecho

N° 2/2009 - Versión publicación

Pena Mínima

Convocatoria 01/2008

Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul

Facultad de Derecho – Programa de Pos-Grado en Ciencias Criminales

Coordinación Académica

Salo de Carvalho

*Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)*

*Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434*

*CEP: 70064-900 – Brasília – DF*

[www.mj.gov.br/sal](http://www.mj.gov.br/sal)

mail: [sal@mj.gov.br](mailto:sal@mj.gov.br)

La Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia (SAL) tiene por objeto institucional la preservación del orden jurídico, de los derechos políticos y garantías constitucionales. Anualmente son confeccionados más de 500 pareceres que instruyen en como elaborar nuevos textos normativos, la posición del gobierno en el Congreso y la sanción o veto presidencial.

En función del alcance y complejidad de los temas analizados, la SAL formalizó, en mayo de 2007, un acuerdo de colaboración técnico-internacional (BRA/07/004) con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que concluyó en la estructuración del *Proyecto Pensando el Derecho*.

Al principio, los objetivos del *Proyecto Pensando el Derecho* fueron, la calificación técnico-jurídica del trabajo desarrollado por la SAL sobre el análisis y elaboración de propuestas legislativas. A su vez el acercamiento y fortalecimiento del diálogo de la Secretaria con la universidad, por medio del establecimiento de canales duraderos de comunicación y colaboración mutua con inúmeras instituciones de enseñanza pública y privada para la realización de investigaciones en diversas áreas temáticas.

Sin embargo, lo que inicialmente representó un esfuerzo institucional para calificar el trabajo de la Secretaria, se tornó al final, un instrumento de modificación de la visión acerca del rol de la academia en el proceso democrático brasileño.

Tradicionalmente, la investigación jurídica en Brasil se dedica al estudio del derecho positivo, en lugar del análisis del proceso legislativo. Los artículos, investigaciones y libros publicados en el área del derecho en general miran la ley como algo ya establecido, algo dado, no tomando en cuenta su proceso de formación. Esta cultura demuestra una falta de reconocimiento del Parlamento como instancia legítima para el debate jurídico y transfiere todo el debate público sobre la formación legislativa para el momento en el cual la norma es analizada por el Judiciario.

De este modo, además de promocionar la realización de investigaciones en los más diversos temas, el principal rol del *Proyecto Pensando el Derecho* hoy es incentivar a la universidad a mirar el proceso legislativo, considerarlo objeto de estudio importante, a modo de producir un conocimiento posible de ser usado para influenciar las decisiones del Congreso, democratizando en consecuencia el debate generado en el parlamento brasileño.

Este cuaderno es parte del conjunto de publicaciones de la *Serie Proyecto Pensando el Derecho* y presenta la versión resumida de la investigación denominada **De los Criterios de Aplicación de la Pena en Brasil: Análisis Doctrinario y Jurisprudencial de la Conveniencia de la Determinación de la Pena Mínima**, conducida por la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUC- RS).

De esta forma, la SAL cumple con su deber de compartir con la sociedad brasileña los resultados de las investigaciones producidas por las instituciones parceras en el *Proyecto Pensando el Derecho*.

**Pedro Vieira Abramovay**

Secretario de Asuntos Legislativos del Ministerio de la Justicia

## CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación en el área de la penología (fundamentos, aplicación y ejecución de sanciones) ha sido por mucho tiempo privilegiada en el Programa de Pos-grado en Ciencias Criminales (PPGCCrim) de la *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* (PUCRS). El motivo de la elección de este tema como una de las líneas de investigación del Curso no se limita solo a la preocupante elevación de los índices de punitividad en el país de los últimos años. El aumento de los niveles de encarcelamiento es un problema concreto de investigación criminológica que debe orientar a las investigaciones nacionales, sobre todo para demostrar la forma de ejecución. Debe proponer alternativas viables para la prisionalización en masa, en la misma intensidad se encuentran las cuestiones relativas a la justificación de las penas en nuestro sistema constitucional y sobre todo la forma por la cual han sido aplicadas por el Poder Judicial.

La hipótesis que el grupo de investigación del PPGCCrim tuvo como punto de partida para desarrollar la presente investigación es el de la inexorable integralidad entre tres niveles de análisis (fundamentación, aplicación y ejecución), aliado a su inserción en la cultura jurídica nacional que puede ser representada como consecuencia del vertiginoso aumento del punitivismo en el imaginario social.

De esta forma, en el momento de la publicación de la convocatoria de la Secretaria de Asuntos Legislativos (SAL) del Ministerio de la Justicia, problematizando la pena mínima, los investigadores comprendieron pertinente analizar su adecuación en el sistema de individualización legislativa, centralizando el enfoque desde el locus del aplicador del derecho. Se buscó demostrar, en el proyecto de investigación posteriormente aprobado, la posibilidad de realización de diagnóstico de espacios de mayor apertura a la punición en el sistema de aplicación de la pena en Brasil y a partir del análisis del campo de trabajo del operador del derecho, evaluar los posibles impactos político-criminales y político-judiciales de la supresión de los mínimos legales establecidos a los crímenes. Asimismo, no solamente el análisis de la actuación del Poder Judicial y del Poder Legislativo nacional fue importante, sino que fue fundamental para aclarar la percepción de las experiencias en el derecho penal comparado.

Por lo tanto, la investigación se concentró en los principales problemas enfrentados por el destinatario de las alteraciones legislativas en el interior de la dogmática de la aplicación de la pena.

Después de la formación del banco, la tabulación de datos y la aplicación del instrumental de investigación concentrando el análisis en la aplicación judicial de la pena; el grupo buscó densificar el debate sobre los marcos sancionatorios. En la segunda etapa, direccionó esfuerzos para presentar instrumentos legales, doctrinarios o jurisprudenciales capaces de adecuar (o de aumentar el nivel de adecuación) del sistema de penas a los comandos constitucionales.

Para la ejecución del proyecto fue fundamental el incentivo de la Dirección de la Facultad de Derecho, de la Jefatura del Departamento de Derecho Penal y Procesual Penal y de la Coordinación del PPGCCrim, agradecimiento que el equipo de investigadores concreta dedicándolos a los Profesores Fabrício Pozzebon, Alexandre Wunderlich y Ruth Gauer, respectivamente. Sin el apoyo incondicional de la PUCRS, el trabajo sería imposible.

También es imprescindible manifestar la importancia de la iniciativa de la SAL como agente de incentivo a la investigación jurídica brasileña, registro que se hace con un agradecimiento al Secretario Pedro Abramovay

y a su competente equipo. En un modelo de enseñanza que relega al plano secundario la investigación, especialmente la investigación empírica, el proyecto *Pensando el Derecho* abre nuevas perspectivas, mereciendo un entusiástico aplauso de la academia jurídica nacional.

Los resultados de la investigación todavía están surgiendo, aún después de la entrega del informe final, siendo esta publicación la primera exposición pública a la comunidad jurídica.

Porto Alegre, septiembre de 2009.

**Salo de Carvalho**

Coordinador Académico

**Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul**

Facultad de Derecho – Programa de Pos-Grado en Ciencias Criminales

Salo de Carvalho (coord.)\*, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo\*\*,

Rodrigo Moraes de Oliveira\*\*\*, Grégori Laitano\*\*\*\*,

Marco Antonio de Abreu Scapini\*\*\*\*\*, Maria Clara de Lima Camargo\*\*\*\*\*,

Nereu Lima Filho\*\*\*\*\*, Thayara Silva Castelo Branco\*\*\*\*\*

**SERIE PENSANDO EL DERECHO**

**CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA PENA EN BRASIL:**

**ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONVENIENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA MÍNIMA**

\* Profesor de derecho penal y de criminología en los cursos de grado y pos-grado (Maestría y Doctorado) de la PUCRS. Coordinador general de la investigación.

\*\* Profesor de criminología y de sociología jurídica en los cursos de grado y pos-grado (Maestría y Doctorado) de la PUCRS. Coordinador metodológico de la investigación.

\*\*\* Profesor de derecho penal y derecho procesal penal en el curso de grado de la PUCRS. Coordinador de análisis doctrinario y jurisprudencial de la investigación.

\*\*\*\* Alumno de la Maestría en Ciencias Criminales en la PUCRS.

\*\*\*\*\* Alumno de la Maestría en Ciencias Criminales en la PUCRS.

\*\*\*\*\* Alumno de la Maestría en Ciencias Criminales en la PUCRS.

\*\*\*\*\* Alumno de la Maestría en Ciencias Criminales en la PUCRS.

\*\*\*\*\* Alumno de la Maestría en Ciencias Criminales en la PUCRS.

## **SUMARIO**

### **1. INTRODUCCIÓN....**

#### **1.1 Contextualización del tema y relevancia de la investigación....**

#### **1.2 Objeto de la investigación....**

#### **1.3 Descripción del Método....**

##### **1.3.1 Fase 01....**

##### **1.3.2 Fase 02....**

##### **1.3.3 Criterios de corte de fallos: metodología, objetivos y datos de análisis....**

##### **1.3.4 Levantamiento de la Jurisprudencia nacional y creación de banco de datos....**

### **2. DESARROLLO.... 21**

#### **2.1 El rol del Poder Judicial en materia penal: diagnóstico e hipótesis de trabajo....**

#### **2.2 Aplicación de la pena y motivación (de hecho y jurídica)....**

#### **2.3 Estructuración sobre la aplicación de la pena en Brasil....**

#### **2.4 Criterios de aplicación de la pena por tribunales superiores en Brasil....**

##### **2.4.1 Sobre la aplicación de la pena-base, la valoración y conceptualización de las circunstancias judiciales....**

##### **2.4.2 Aplicación de la pena provisoria: valoración y conceptualización de agravantes y atenuantes....**

##### **2.4.3 Aplicación de la pena definitiva: causas especiales de aumento (mayorantes) y de disminución (minorantes)....**

##### **2.4.4 Cuestiones procesuales: formas de control de la aplicación de pena en la decisión penal....**

##### **2.4.5 Aplicación de pena por la Justicia Electoral....**

### **3. CONCLUSIÓN....**

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS....**

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 Contextualización del tema y relevancia de la investigación

La estructura de las sanciones descripta en la Constitución establece la necesidad de individualización (art. 5º, XLVI). La técnica legislativa consagrada en Brasil y en la mayoría de los países de tradición romano-germánica, en lo que respecta a la individualización legislativa de la sanción se realiza a través del establecimiento de límites, marcos temporales, mínimos y máximos, notadamente para la pena privativa de la libertad.

Definidos los grados mínimos y máximos de la desaprobación de la conducta incriminada por la Legislatura, le toca al Poder Judicial adecuar la cantidad de pena en el caso concreto, según las circunstancias del hecho y la culpabilidad del autor.

La Constitución, sin embargo, no establece que la técnica legislativa sea la de la demarcación de límites mínimos, sino sólo cantidades máximas de pena fijada en 30 años por el Código Penal (art. 75) en razón de la suspensión de la pena de prisión perpetua (art. 5º, XLVII). No habría pues, óbice constitucional para que fuera remodelado el sistema, con la supresión de la barrera mínima – técnica utilizada en Brasil por Ley 4.737/65 (Código Electoral) al definir las sanciones de crímenes electorales (art. 289 al art. 354) – o con la posibilidad de determinación de penas no privativas de la libertad en el precepto secundario de tipos penales incriminadores, como ocurrió en la alteración de la Ley de Drogas (art. 28 de la Ley 11.343/06).

De igual forma, a través del proceso de constitucionalización de la legislación ordinaria, el juez en el caso concreto, podría aplicar sanción menor que la definida por ley, una vez que la conducta fuera levemente censurable. Además, con la proscripción histórica de penas fijas y con el gradual incremento de nuevas respuestas penales devenidas por la crisis de la pena privativa de libertad, aumenta el espacio de discrecionalidad judicial en la penalidad, hecho que puede tornar viable nuevas formas de actuación.

En este cuadro es presentada la posibilidad de la indeterminación de la pena mínima por la eliminación de los marcos temporales. Al legislador sólo cabría definir el grado máximo de reprobación, dejando a discreción del juez la fijación motivada de la sanción.

En el campo doctrinario, entiende Ferrajoli (1998, p. 397) que para las penas privativas de la libertad no se justifica el establecimiento de un mínimo legal: *“sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la decisión de la pena debajo del nivel máximo establecido por ley, sin vincularlo a un límite mínimo, o vinculado a un límite mínimo muy bajo.”*

Según el autor, el delito al contrario de la pena no es cuantificable y los criterios para la medición de gravedad, tanto de la perspectiva del daño como de la culpabilidad, fueron hasta la



actualidad, un gran fracaso. El elemento de la medida de la pena se encuentra en la definición de la pena máxima y no de la mínima que, en realidad representaría una tasa.

Los criterios mínimos son entendidos frecuentemente como garantía del Estado frente al infractor. Dicha garantía es todavía superflua una vez que el Estado es el detentor del poder de castigar.

Frente a la crisis de la pena privativa de la libertad, de la ampliación de los poderes discrecionales de los jueces y de la problematización sobre la manutención de los parámetros mínimos de las penas, se procura discutir la viabilidad de la alteración del sistema de penas en Brasil desde el análisis de los criterios de su aplicación judicial. Se entiende que el análisis doctrinario y sobretodo jurisprudencial puede aclarar innúmeras cuestiones sobre la conveniencia en la manutención para la determinación de la pena mínima.

## 1.2 Objeto de investigación

El objeto de investigación por lo tanto, es la adecuación, la relevancia y la función de la pena mínima en Brasil, en especial haciendo referencia a la fase judicial para la aplicación de la sanción.

La investigación procuró sistematizar el material doctrinario y jurisprudencial relativos a la aplicación de las penas en Brasil, comprendiendo los siguientes campos de análisis: (a) Derecho Penal: análisis doctrinario y jurisprudencial de los criterios de aplicación de la pena; (b) Derecho Procesal Penal: análisis doctrinario y jurisprudencial de los límites y controles procesuales para la aplicación de la pena (requisitos y fundamentos de la sentencia penal); (c) Derecho Comparado: análisis legal del derecho penal comparado acerca de la no-definición de la pena mínima y sus ventajas en el proceso de ampliación para aplicación de penas alternativas a la prisión.

La sistematización del material recogido permitió elaborar un diagnóstico acerca de los criterios para la aplicación de la pena en Brasil, las formas de control de la actividad judicial y las alternativas ofrecidas por el derecho penal comparado, sobre todo en lo que respecta a las ventajas de la (no) fijación de pena mínima.

Después de la sistematización y diagnóstico fueron presentados proyectos de modificación de criterios para aplicación de penas, teniendo por objetivo armonizar el sistema de penas y hacer efectivos los comandos constitucionales para la aplicación de sanciones razonables y proporcionales.

## 1.3 Descripción del Método<sup>1</sup>

La primera etapa de la investigación fue la sistematización del material doctrinario y jurisprudencial relativo a la aplicación de las penas en Brasil, así como la verificación del tema en el derecho comparado.

<sup>1</sup> La evaluación de la legislación penal comparada (fase 03) fue excluida del presente texto. Su exposición detallada se encuentra en el ítem 04 del informe final presentado al Min. Justicia, Sec. Asuntos Legislativos.

La sistematización del material fue realizada a modo de permitir el análisis y realizar el diagnóstico acerca de los criterios de aplicación de la pena en Brasil, especialmente sobre la pena privativa de la libertad, las formas de control de la actividad judicial y las alternativas ofrecidas por el derecho penal comparado principalmente en lo que respecta a las ventajas de la (no) fijación de la pena mínima.

A partir de esta perspectiva, el procedimiento metodológico fue delimitado de la siguiente manera: a) relevamiento y sistematización de doctrina acerca de la aplicación de las penas; b) relevamiento y sistematización de jurisprudencia en lo que respecta al tema junto a los Tribunales Superiores (STF e STJ); c) relevamiento y sistematización de la legislación penal comparada.

### **1.3.1 Fase 01**

El levantamiento y sistematización de la bibliografía nacional, restringida al período de 2000 a 2008, fueron originalmente limitados a la palabra-clave ‘aplicación de pena’. Su objetivo fue analizar si hubo un cambio significativo en la doctrina de la concepción tradicional sobre la aplicación judicial de la pena.

Durante el desarrollo de la investigación, se sintió la necesidad de armonizar los referenciales del derecho penal sobre la definición de penas con formas procesuales de limitación y control de la actividad judicial. De esta forma, siguiendo lo que había sido proyectado para el análisis jurisprudencial, al tema ‘aplicación de pena’ fueron agregadas las palabras-claves ‘fundamentación de pena’, ‘motivación de pena’, ‘dosificación de pena’, ‘cálculo de pena’ y ‘sentencia criminal’, vinculando cada sanción a la forma de motivación exigida a los jueces en el momento de una sentencia criminal.

### **1.3.2 Fase 02**

La sistematización de la jurisprudencia nacional, delimitada entre los meses de enero a julio de 2008 fue alterada a lo largo del relevamiento.

En principio fueron establecidos criterios de investigación en el ámbito del derecho penal y del derecho procesal penal a partir de palabras-clave que serían los indicadores para la elección de los juzgados. Fueron elegidas en el área penal, las palabras-clave ‘aplicación de pena’ y ‘pena mínima’ y en el área de proceso penal ‘fundamentación de pena’.

Posteriormente se sintió la necesidad de ampliar criterios de busca englobando: ‘dosimetría de la pena’, ‘cálculo de la pena’, ‘pena-base’, ‘circunstancias judiciales’, ‘pena por debajo del mínimo’, ‘Legajo 231’, ‘motivación de pena’, ‘proporcionalidad de pena’, ‘nulidad de aplicación de pena’, ‘atenuantes’, ‘agravantes’, ‘peligrosidad’, ‘culpabilidad’, ‘antecedentes’, ‘conducta social’, ‘personalidad del agente’, ‘motivos del crimen’, ‘circunstancias del crimen’, ‘comportamiento de la víctima’, ‘consecuencias del crimen’, ‘mínimo legal’ y

‘pena por encima del mínimo’. Al aumentar los criterios de busca, fueron totalizadas 25 palabras-clave para la realización de la investigación jurisprudencial.

Los Tribunales Electorales fueron incluidos en la investigación una vez constatado que Brasil posee un sistema autónomo de criminalización en el cual no hay fijación de pena mínima. Se trata del sistema establecido por la Ley 4.737/65, Código Electoral. La mayoría de los crímenes electorales prevén solamente penas máximas.

De esta forma el relevamiento jurisprudencial fue redimensionado al tener en cuenta dos factores. Primero considerando la existencia en el ordenamiento nacional referente al objeto de la investigación y segundo, en razón de los investigadores que entendieron fundamental comprender la cultura jurídica en la cual está insertada el que juzga, destinatario final de las alteraciones legislativas y quien le da eficacia.

Importante destacar que todo el proceso de relevamiento de datos fue realizado en base al problema de investigación delimitado del siguiente modo: *que circunstancias de aplicación de pena más influyen al juez y cuales los criterios que impiden su aplicación en el mínimo o por debajo del mínimo establecido.*

Realizado el relevamiento fue iniciado el análisis de la jurisprudencia. Así el acervo pasó por dos etapas distintas: a) análisis cuantitativo del material a partir de las palabras-llaves pre-establecidas; y posteriormente b) análisis cualitativo de las sentencias.

El primer paso después de la recolección del material bruto fue seleccionar y filtrar las sentencias. El filtrado ocurrió con limitación en la materia de derecho penal y derecho procesal penal, excluyendo, incluso, materia relativa a ejecución penal, una vez que se trata de una etapa posterior a la aplicación de la pena – p. ex. palabras-clave comunes a la aplicación, más vinculadas a los incidentes de ejecución. En este segundo filtro, limitando el análisis en el área del derecho penal y excluyendo los fallos repetidos, restaron los siguientes juzgamientos: 108 resultados en STF, 621 en STJ, 45 en TSE, 18 nos TREs.

### **1.3.3 Criterios de corte de fallos: metodología, objetivos y datos de análisis**

Las jurisprudencias seleccionadas en el Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justicia y órganos de la Justicia electoral necesitaran ser filtradas por una serie de circunstancias.

Como ha sido presentado anteriormente en las dos primeras selecciones fueron incorporados juzgamientos por palabras-clave. El resultado fue la inserción de recursos o de acciones que estaban fuera del parámetro establecido en la investigación como Agravios Regimentales o Embargos.

Hubo una incidencia de grandes proporciones pero que fue excluida para el análisis cualitativo de *Hábeas Corpus* y Agravios interpuestos en cuestiones como análisis de criterios de prisiones cautelares (prisión preventiva, temporaria o provisoria), aplicación del principio

de insignificancia, nulidad de sentencia y cuestiones relativas a la ejecución de pena (p. ex. progresión de régimen y libertad condicional).

Igualmente para densificar la investigación en el análisis de discurso con fines de procurar comprender los criterios judiciales de valoración de circunstancias de aumento y disminución de pena, fue elaborado criterio de corte de datos seleccionados como ideales (juzgamientos de referencia). Esto es así porque el objetivo del análisis cualitativo es señalar los elementos más significativos de las decisiones de cada instancia del juicio, sobretudo STF, 5° Turno do STJ y 6° Turno del STJ y Tribunales Electorales.

La investigación buscó establecer criterios para las decisiones más rutineras, relevando datos que permiten indicar la tendencia de cada esfera del juicio acerca de la aplicación de la sanción penal y los efectos (positivos o negativos) sobre la pena mínima. Además, procura indicar que decisiones salen del patrón o, incluso, si eventualmente no hay un patrón único pero alteraciones en los juzgamientos a partir de variables determinadas o indeterminadas.

En este sentido fue elaborado un instrumento en el cual se llenaba un formulario para cada decisión señalando las circunstancias que más interesaban del punto de vista de los objetivos de la investigación.

Utilizando este mapa el análisis cualitativo fue posible seleccionando, a partir de la tabulación de datos, las sentencias más representativas. Sólo con el proceso de llenar los formularios fue posible tener idea del conjunto general del material recogido en la base de datos.

En vista del volumen de material recogido se optó por trabajar con una muestra proporcional de cada esfera de juicio, eliminando 50% del material a partir de la elección de los fallos por fecha de juicio, realizando evaluación cronológica de un fallo analizado para cada excluido. Solo en el ámbito electoral dado el escaso número de sentencias hubo análisis integral. El universo final de análisis puede ser representado de la siguiente forma<sup>2</sup>:

<sup>2</sup> Respecto a los tipos de delitos analizados por los recortes, revisar el informe final presentado por el Ministerio de Justicia, Secretaria Asuntos Legislativos.

**Tabla 01: Mapa de la Investigación Cualitativa de los Juzgamientos**

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Resultado discriminado (excluidos los fallos repetidos)                                                | 108 |
| Fallos que tratan específicamente la aplicación de la pena (Selección y filtrado)                      | 48  |
| Fallos analizados                                                                                      | 27  |
| Tribunal Superior de Justicia STJ                                                                      |     |
| Resultado discriminado (excluidos los fallos repetidos)                                                | 621 |
| Fallos que tratan específicamente la aplicación de la pena (Selección y filtrado)                      | 247 |
| Fallos analizados                                                                                      | 148 |
| Tribunal Superior Electoral                                                                            |     |
| Resultado discriminado (excluidos los fallos repetidos)                                                | 45  |
| Fallos que tratan específicamente la aplicación de la pena (Selección y filtrado)                      | 5   |
| Fallos analizados                                                                                      | 5   |
| Tribunales Regionales Electorales - <i>São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul y Rio de Janeiro</i> |     |
| Resultado discriminado (excluidos los fallos repetidos)                                                | 18  |
| Fallos que tratan específicamente la aplicación de la pena (Selección y filtrado)                      | 6   |
| Fallos analizados                                                                                      | 5   |

Importante, antes de ingresar en el análisis cualitativo, apuntar algunos datos cuantitativos, en particular tipos de crímenes juzgados y el promedio de sanciones aplicadas, a partir del número de fallos seleccionados - 27 sentencias en STF, 148 en STJ, 05 en TSE, 05 en los TREs, en total 185 sentencias.

En términos generales, la cuantificación de penas definitivas respecto a la pena mínima estuvo representada de la siguiente forma: (a) pena aplicada por debajo del mínimo (15 decisiones, 8.02%), (b) pena aplicada en el mínimo (18 sentencias, 9.62%), (c) pena aplicada por encima del mínimo (121 decisiones, 64.7%); (d) sin referencia (33 fallos 17.64%).

Importante destacar que el número de fallos seleccionados para la investigación (185) y la referencia a la pena final expuesta en el gráfico anterior (187) presentan diferencias frente a la existencia, en algunas sentencias, de concurso de personas.

Asimismo, esta representación es indicativa de la *pena final (definitiva) aplicada en las decisiones*, porque en Cortes Superiores, diferente a lo que ocurre en los Tribunales aislados, sobretudo el TJRS, no se concibe aplicación de pena-base o provisoria por debajo del mínimo. La existencia de autorización definida por debajo del mínimo transcurre de la incidencia, en la tercera fase, de circunstancia especial de la disminución de pena.

En relación al **promedio de penas** (cantidad de tiempo) impuestas por las Cortes, se constató que la STF, de los 27 fallos analizados: en 04 decisiones (14.81%) se aplicó pena hasta 02 años de prisión, en 03 fallos (11.11%) entre 02 y 04 años, en 10 casos (37.3%) penas superiores a 04 y inferiores a 08 años de prisión, en 05 oportunidades (18.51%)

penas arriba de 08 años y en 05 casos (18.51%) de las sentencias no se referían a la cantidad final impuesta.

En relación al STJ, las cifras globales pueden expresarse así (158 fallos evaluados): 33 casos de penas aplicadas hasta 02 años (20.88%); 37 sentencias con penas aplicadas entre 02 y 04 años (23.41%); 41 procesos con pena final arriba de 04 y no más que 08 años (25.94%); 20 arriba de 08 años (12.65%) y 30 casos sin referencia a la sanción final (18.98%)<sup>3</sup>.

Realizados los primeros cruces de información, se buscó evaluar de forma global la aplicación de cantidad de pena por fase (art. 68 del Código Penal), a partir de los criterios previamente analizadas: pena por debajo del mínimo, pena mínima y pena por encima del mínimo (Gráfico 01).

Es importante decir que la aplicación de pena por debajo del mínimo es absolutamente posible en Brasil. La estructura de cuantificación se divide en tres etapas, como el art. 68 Del Código Penal, llamadas pena-base, provisoria y definitiva. Además, según las normas pretorianas, el juez está limitado al mínimo sólo en las dos primeras etapas (Legajo 231 la STJ). Sin embargo, en la tercera etapa, incidieron causas especiales de disminución, existe la posibilidad de fijar la cantidad de pena por debajo del mínimo legal en muchas hipótesis, como por ejemplo en los casos de intento (art. 14, Código Penal), arrepentimiento posterior (art. 17, Código Penal), error sobre la ilegalidad del hecho (art. 21, Código Penal), semi-imputabilidad (art. 26, párrafo único, Código Penal), participación de menor importancia (art. 29, § 1º, del Código Penal), además de circunstancias minorantes previstas en particular en el Código Penal y legislación extravagante.

Para la clasificación de sentencias se observó también la existencia de concurso material de crímenes (art. 69, Código Penal), con el análisis individualizado de la aplicación de la pena para cada delito y su suma final. En esos casos, el análisis fue realizado por crimen, pues de lo contrario la pena siempre estaría por encima del mínimo legal establecido.

Además de eso, se verificó en esta etapa, si hubo omisión de la decisión en cuanto a la fundamentación de aplicación de la pena.

El primer análisis permitió la realización de los análisis del discurso de los juzgamientos, orientado por la indagación del motivo por el cual la pena había sido fijada por debajo del mínimo, en el mínimo o por encima del mínimo, a partir de cuestiones específicas según la fase determinada por el art. 68, El Código Penal.

<sup>3</sup> Desplegados los números por Turno, finalizan en el siguiente cálculo: (a) 5º Turno (104 procesos) 19 casos con sanciones aplicadas hasta 02 años (18.26%); 18 casos con penas entre 02 y 04 años (17.30%); 31 juzgamientos con pena final superior a 04 y no más de 08 años (29.80%); 12 casos por encima de 08 años (11.53%) y 24 sin referencia a sanción final (23.07%); y (b) 6º Turno (57 decisiones) 14 sentencias con penas hasta 02 años (24.56%); 19 procesos con penas entre 02 y 04 años (33,33%); 10 decisiones con una sanción superior a 04 y no más de 08 años (17.54%); 08 sentencias por encima de 08 años (14.03%) y 06 casos sin referencia a sanción final (10.52%).

En relación a la **pena base**, la preocupación era indicar las circunstancias judiciales del *caput* del art. 59, del Código Penal, más utilizadas y cuáles eran los argumentos para una valoración positiva, negativa o neutral.

Como presentado anteriormente, la jurisprudencia no permite la aplicación de la pena por debajo del mínimo en esta primera etapa. No obstante, establece los criterios para la fijación del mínimo (todas circunstancias favorables) o por encima (cuando hay acumulación de circunstancias desfavorables).

A pesar de este indicativo, tres análisis fueron propuestos: (1º) pena-base por debajo del mínimo; (2º) pena-base mínima, situación en la que todas las circunstancias judiciales serían favorables; (3º) pena-base por encima del mínimo, situación en la que detectaría circunstancias desfavorables. El contenido de la decisión que justificó la aplicación arriba del mínimo consta en el análisis cuantitativo y cuantitativamente el número de fallos puede ser representado en esta forma: (a) pena-base por debajo del mínimo: ninguna incidencia; b) pena-base mínima: 64 efectos; c) pena-base por encima del mínimo: 91 incidencias; d) no menciona: 45. El ítem ‘no menciona’ incluye, fundamentalmente, casos de a) declaración de nulidad de la sentencia por el Tribunal Superior; b) anulación parcial de la sentencia, específicamente en la dosificación de la pena; o (c) exposición incompleta de datos en la decisión.

En la **pena provisoria** se observaron los criterios para la aplicación de factores agravantes y atenuantes. Tres análisis serían posibles: (1) pena provisoria inferior al mínimo; (2) pena provisoria aplicada según el mínimo, cuando la pena-base estaba por encima del mínimo y el juez aplicó atenuantes o cuando la pena-base fue fijada en el mínimo y no existen atenuantes y agravantes; (3º) pena provisoria superior al mínimo en casos en que existen agravantes o cuando la pena-base estaba por encima del mínimo y la provisoria no trajo al mínimo por fuerza de mínima reducción.

Sin embargo, en virtud del Legajo 231 la STI, hay obstáculos para la aplicación de la pena por debajo del mínimo en esta etapa. Aunque esto no impide que los Tribunales dejen de aplicar el Legajo, en su totalidad las decisiones quedan derogadas en Cortes Superiores, razón por la cual no ha habido ninguna incidencia, siendo el criterio eliminado.

Las incidencias fueron: a) pena provisoria por debajo del mínimo: ninguna incidencia; b) pena provisoria al mínimo: 59 incidencias; c) pena provisoria por arriba del mínimo: 93 efectos; d) no menciona: 48 sentencias.

Se observo, en esta etapa, los fundamentos y los criterios para la definición de la cantidad de aumento o disminución de la pena, así como si hubo concurso de agravantes y atenuantes (02 o más agravantes; 02 o más atenuantes; o atenuante y agravante), así como los criterios para una resolución.

Respecto a la aplicación de la **pena definitiva**, se evaluaron las causas especiales de aumento y disminución de pena (mayorantes y minorantes). De conformidad con la legislación patria, mayorantes y minorantes varían la pena independientemente de los marcos fijados por el legislador, no existiendo límites máximo y mínimo que delimiten la sanción definitiva.

Frente a eso, tres análisis fueron posibles: (1º) pena definitiva por debajo del mínimo legal, cuando hay incidencia de minorante de la parte general o particular, (2º) pena definitiva aplicada al mínimo, cuando ninguna circunstancia de las tres etapas fue desfavorable, o cuando por la aplicación de variables el cálculo final sigue estando en el mínimo, por ejemplo , pena-base por encima del mínimo con la aplicación de atenuante al mínimo y ausencia de mayorante/minorante; pena provisoria por encima o por debajo del mínimo con aplicación de mayorante o minorante; y (3º) pena definitiva encima del mínimo, cuando se aplica la pena-base o provisoria por encima del mínimo sin mayorante o con minorante que no disminuye suficientemente o cuando la provisoria está en el mínimo o por debajo de él con la aplicación de mayorante.

Las incidencias eran: a) pena definitiva por inferior al mínimo: 17 incidencias; b) pena definitiva al mínimo: 18 incidencias; c) la pena definitiva por encima del mínimo: 117 incidencias; d) no menciona: 48 sentencias. Se observó los fundamentos y criterios para la definición de la cantidad de aumento o disminución y si existía concurso de mayorantes o minorantes (02 o más mayorantes; 02 o más minorantes; o mayorante y minorante) y cuáles fueron los criterios para una resolución. También se verificó la existencia de criterios específicos para determinados mayorantes y minorantes, por ejemplo, crimen continuado (número de crímenes), intento (mayor o menor peligro al bien jurídico), etc.

#### **1.3.4 Relevamiento de la Jurisprudencia nacional y la creación del banco de datos**

La formación de una base de datos de la investigación siguió los parámetros establecidos en la fase 02 del procedimiento metodológico, es decir, la recopilación de material producido a partir de las 25 palabras llave pre-determinadas, delimitada en el periodo de 1º de enero a 30 de junio del 2008.

La recopilación de datos fue realizada por Tribunal. Ejemplificativamente<sup>4</sup>, se guardaron 108 documentos en el banco de datos en la carpeta STF - Resultados. La palabra llave de mayor incidencia fue ‘mínimo legal’ con 34 resultados (STF/Mínimo legal). Las palabras llaves ‘aplicación de pena’ , ‘cálculo de pena’ , ‘pena-base’, ‘circunstancias judiciales’ , ‘agravantes’ , ‘atenuantes’ , ‘peligrosidad’, ‘culpabilidad’ , ‘antecedentes’ y ‘conducta social’ obtuvieron, respectivamente, las siguientes incidencias: 08 (STF /Aplicación de la pena), 02 (STF/Cálculo de la pena), 21 (STF /Pena-Base), 19 (STF/Circunstancias Judiciales), 17 (STF/Agravantes), 09 (STF/Atenuantes), 21 (STF/peligrosidad), 10 (STF/Culpabilidad), 25 (STF/Antecedentes) y 05 (STF/Conducta Social).

---

<sup>4</sup> El procedimiento metodológico de otros tribunales (STJ y Tribunales Electorales) está expuesto en el informe final presentado al Ministerio de Justicia, Sec. Asuntos Legislativos.



Los criterios de búsqueda ‘dosificación de pena’, ‘Legajo 231’, ‘fundamentación de pena’, ‘motivación de pena’, ‘proporcionalidad de pena’, ‘motivos para el crimen’, ‘pena por debajo del mínimo’, ‘pena inferior al mínimo’, ‘pena mínima’, ‘nulidad de aplicación de la pena’, ‘comportamiento de la víctima’, ‘personalidad del agente’, ‘circunstancias del delito’ y ‘pena por encima del mínimo’ no tuvieron ningún resultado.

## 2. DESARROLLO

### 2.1 El papel del poder judicial en materia penal: diagnóstico e hipótesis de trabajo

Los criterios para la formación de Cortes, especialmente las Superiores, en Brasil (Supremo Tribunal Federal y Superior Tribunal de Justicia), establecen importante distinción con el aplicador monocrático del derecho (penal).

Numerosos estudios de opinión con magistrados de carrera – empleados públicos concursados - han presentado una tendencia conservadora y, en algunos casos, incluso, autoritarios en enfrentamiento con los más elementales preceptos constitucionales, apuntando para la influencia punitivista que impregna el sentido común teórico-práctico de los operadores del derecho.

La impresión inicial, que será objeto de indagación en el análisis cualitativo, es que la Magistratura nacional, especialmente en juicios monocráticos de primer grado, se muestra reticente en realizar cambios en la cultura jurídica establecidas por la Constitución de 1988.

En el ámbito punitivo, el efecto es establecer la permanencia de la centralidad de pena de prisión en régimen cerrado como una respuesta al delito, pese a la existencia de herramientas infraconstitucionales descarcerizantes y normas constitucionales dirigidas al desplazamiento de carcelario del centro para el margen del sistema de penas.

Algunos datos publicados en importantes investigaciones realizadas entre los años 2005 y 2006 por la Asociación Brasileña de Magistrados, (AMB), indican esta fuerte tendencia de la Magistratura actuar en la potencialización del punitivismo legislativo y en la obstaculización de los sustitutivos como instrumentos eficaces alternativas a la prisión. Aproximadamente 03 mil jueces brasileños, es decir, 25.1% total de magistrados, respondieron cuestiones relacionadas con el derecho laboral, derecho penal, derecho ambiental, formación profesional y política electoral. En cuanto al posicionamiento del poder judicial en relación con la política criminal, Rodrigo Collaço (2006, p. 06), cuando fue Presidente de AMB, al manifestar-se sobre las conclusiones de la investigación, consideró que *“la investigación muestra que el ambiente extremo de violencia que afecta a las grandes ciudades brasileñas influye en el comportamiento de la magistratura. La categoría se coloca como protagonista clave en la lucha contra la criminalidad y anhela por la institución de formas más poderosas para combatirla, ya sea por medio de alteraciones*

legislativas o de la instrumentalización de procedimientos que puedan aplicarse en el combate al crimen. Los magistrados quieren el endurecimiento de la ley penal<sup>5</sup>.

Sin embargo, la postura de los jueces Brasileños mostró ambivalencia similar al que afecta el sector político-legislativo, siendo pendulares las posiciones entre el incremento de punitivismo y la opción descarcerizadora y función re-socializadora de la sentencia. Sin embargo, incluso por manifestación del vocero de la Asociación, queda clara el auto-atribución de un papel activo en combate al crimen, en una especie de transmutación de la función judicial a la función policial de agente de la seguridad pública.

Aunque los investigadores no actúen en el conjunto del área penal<sup>2</sup>, la investigación expone la postura de la Magistratura brasileña sobre los temas propuestos, es decir, revela el sentido común teórico e ideológico de la categoría en materia político-criminal.

Los datos son relevantes una vez que posibilitan diagnosticar el conjunto de *meta-reglas* interpretativas que orientará las decisiones judiciales en casos penales concretos analizados.

En este sentido, son de igual importancia dos muy recientes investigaciones realizadas por el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCrim).

La primera, realizada en colaboración con la Instituto de Defensa del Derecho de Defensa (IDDD), examinó los procesos de robo, con sentencia condenatoria, en el Estado de São Paulo, en los cuales hubo recurso de apelación al extinto Tribunal de Alzada Criminal (TACRIM-SP), con fecha de juicio entre 01.01.99 y 31.12.00, totalizando 6,530 procesos.

Es importante enfatizar que los crímenes patrimoniales violentos, especialmente en grandes centros urbanos, representan parte importante de la población carcelaria. Según datos del Departamento Penitenciario Nacional, al final de la primera mitad de 2007, la población carcelaria masculina nacional con imputación de delitos de robo (simple y calificado) y latrocinio fue de 131,489 personas, correspondiente al 32% de presos. Entre las mujeres la proporción

<sup>5</sup>Las respuestas a las preguntas planteadas son elocuentes. Indagados sobre los aspectos que influyen en la impunidad en el país, se considera muy importante, entre otros, los excedentes de recursos (86.1%), la falta de cooperación del poder Judicial con las instancias administrativas de persecución (Policía y Ministerio Público) (70%), la existencia de diversas instancias de sentencia (68.1%), la amplitud del perdón (35.6%), los plazos prescricionales (44.1%), la falta de lugares en el sistema carcelario (71.9%).

Al ser contestados temas específicos de política criminal, los Magistrados fueron totalmente favorables o favorables, entre otros, a la disminución de la edad penal (61%), al aumento del periodo de internación de menores de edad en conflicto con la ley (75.3%), al aumento de las posibilidades de internación de menores (73.8%), al aumento del tiempo de cumplimiento de pena para progresión de régimen en delitos graves (89.3%), el aumento del tiempo de cumplimiento de pena para libramiento condicional (81.5%), a la ampliación del sigilo de investigaciones sobre delitos graves (84.1%), al aumento de la pena mínima para crímenes de tráfico de drogas (76.8%), a la prohibición de libertad provisoria, con o sin fianza, para crímenes de tráfico de drogas (74.5%), al aumento de la pena en casos de la corrupción y improbidad (95.6%), al aumento del límite máximo de cumplimiento de pena privativa de la libertad (69.1%), a la privatización del sistema carcelario (49.4%), a la extensión de hipótesis de crímenes hediondos(50.9%).

En contrapartida, y en algunos términos de forma contradictoria, manifestaron-se totalmente favorables o favorables a la ampliación de aplicación de penas alternativas (64.9%) y al carácter re-socializador de la pena criminal (86.4%).

<sup>6</sup> La Asociación de los Magistrados Brasileños (AMB) reúne todos los miembros del Poder Judicial nacional, independiente de la esfera de acción. Por lo tanto, las cuestiones no revelan la posición específica de los jueces criminales, pero de parte representativa de la clase, ya que prácticamente casi la totalidad está asociada.

es menor, pero igualmente pertinente, con 2,846 presas, significando 15% del universo femenino encarcelado. Por otra parte, recuerde que la población carcelaria del Estado de São Paulo es la más grande del país, con aproximadamente el 40% del total de los presos.

El problema que motivó la investigación fue el hecho de que en las sentencias condenatorias en que la pena fue fijada en el mínimo legal (77.19% de casos), el régimen de cumplimiento fiscal se cerró en 80.75%, para las penas aplicadas entre 04 y 08 años y para individuos primarios y en 97,6% para reincidentes. En el segundo grado de jurisdicción, considerando los casos de condenación con aplicación de pena en el mínimo legal (81.82%), el sistema cerrado fuera impuesto en 69.85% para primarios y 98.65% para reincidentes.

La distorsión percibida en la investigación, en el caso de los acusados primarios, fue que al fijar la pena en el mínimo legal, segundo consolidada doctrina y jurisprudencia, todas las circunstancias judiciales presentes en el art. 59 del Código Penal (culpabilidad, antecedentes, motivos, personalidad, conducta social, consecuencias y circunstancias del crimen, el comportamiento de la víctima) deben ser favorables al acusado. Sin embargo, al ser fijado el régimen de cumplimiento, la argumentación judicial se alteraba, imponiendo régimen más grave de lo esperado en el Código, en el caso de régimen semiabierto. En el caso de reincidentes, el Código establece como opcional la aplicación del régimen cerrado, pero no determina, hecho que es relevante en vista del escaso número de decisiones favorables a los acusados.

Las justificativas judiciales para la determinación del régimen cerrado de encarcelamiento, según indican los investigadores, varían entre valoraciones negativas de la gravedad del delito (60.83%), peligrosidad del agente (56.86%), defensa de la sociedad y prevención del delito (42%) motivaciones no excluyentes, lógicamente.

La conclusión de la investigación es que, más allá de barreras legales, directrices doctrinales y consolidación de la jurisprudencia, el Poder Judicial de São Paulo, a partir de doble valoración (*bis in idem*) de idénticas circunstancias (la gravedad del delito en los crímenes de robo es elemental del tipo) y la adopción de *meta-reglas* interpretativas (peligrosidad, defensa social y prevención del crimen - circunstancias ajenas a la sistemática de aplicación de la pena), violaba significativamente la legalidad y la Constitución para establecer régimen de pena más grave a los condenados.

En 2007, el Núcleo de Investigación del IBCCrim publicó una investigación llamada *Visiones de Política Criminal entre Operadores de la Justicia Penal en São Paulo*.

La investigación, desde la cartografía de innumerables vertientes contemporáneas de política criminal, realizó una serie de entrevistas semiestructuradas con operadores de justicia (defensores públicos y jueces<sup>3</sup>) en el Complejo Jurídico Mario Guimarães, ubicado en el Turno Criminal de la capital paulista, que centraliza todas las 34 Varas Criminales de primer

---

<sup>3</sup> Según relatado en la investigación, fue rehusado en bloques de promotores de justicia actuantes del lugar en función de supuesta parcialidad del IBCCrim, en general, según el argumento presentado, asociado con movimientos de derechos humanos y formado por juristas contrarios a la expansión del derecho penal y defensores con prácticas *constitucional-garantizadoras* (2007, p. 04).

grado de jurisdicción. En aquel momento actuaban en el local 111 jueces, aproximadamente 80 promotores de justicia, 27 defensores públicos y 67 procuradores del Estado.

Las posiciones político-criminales se clasificaron en 04 grupos o corrientes: en la primera se incluirían las posiciones abolicionistas, minimalistas y garantizadoras, basadas en la residualidad de la legislación penal; la segunda revelaría su adhesión al *garanticismo* y al minimalismo en el sentido del fortalecimiento de organismos de control penal e ingeniería institucional para aumentar la eficacia del sistema; la tercera, además de subrayar la necesidad de fortalecer las instituciones, incluirían propuestas de expansión del derecho penal para la tutela de nuevos bienes jurídicos y aumento de penas, manteniendo, sin embargo, el sistema de garantías; en la cuarta se expondría tendencias próximas a los movimientos de ley y orden, la defensa social y gobierno penal de la sociedad, con una preponderancia del Estado y la sociedad a expensas de protección individual (IBCCrim, 2007, P. 15).

Según los investigadores, pese a las posiciones extremas ser fácilmente identificados, el principal resultado de la investigación fue “(...) *la confirmación de que existe, entre los operadores de la justicia criminal, una zona de consenso, un centro político-criminal, caracterizado por el reconocimiento común de la necesidad de fortalecer las capacidades institucionales y la importancia del sistema de las garantías individuales, que difieren, sin embargo, sobre la eficacia de la expansión de tutela penal y al sentido (represivo, contra-represivo o preventivo) del creciente fortalecimiento institucional*”. (2007, p. 16)

La tendencia general de agentes judiciales presentaren en las respuestas de identificación directa opción por corrientes político-criminales intermediarias termina por diluirse en cuestiones específicas, incluso entre defensores públicos que, en general adoptan una postura más garantizadora, en oposición a posiciones de refuerzo y ampliación del rol del Estado defendidas por miembros del Ministerio Público.

Según el levantamiento de datos, *los jueces entrevistados mostraron una mayor tendencia “a ser más ‘rigurosos’ en la defensa de estrategias de política criminal basadas en la penalización/criminalización de conductas, cuando acuerdan, en todo o en parte, que la legislación penal es demasiado suave, dificultando la contención de la criminalidad (61.9% de los encuestados), y que el derecho penal debe ampliar su campo de cobertura para nuevos bienes jurídicos amenazados, cuidando de nuevos riesgos sociales (85,4% de encuestados), refrendando así posiciones de gobierno penal en la sociedad, sea por su matriz punitivista más clásica (defensa social), como sea en sus actualizaciones por doctrinas penales de riesgo.* (IBBCrim, 2007, p. 25)

El contenido de las investigaciones refuerza, por lo tanto, el papel de los Tribunales Superiores en la defensa de la Constitución y en la inhibición de punitivismo, especialmente a partir de la Enmienda Constitucional 45, que estableció el *Legajo Vinculante*. En los últimos años, se nota por la formación política de las Cortes y su apertura a otras carreras jurídicas mediante la indicación de miembros del Ministerio Público y de la Orden de Abogados, pero, sobre todo, por su alejamiento del conflicto, una gradual tendencia a limitar eventuales abusos y excesos de la jurisdicción penal.

Además, es importante alertar que dichos datos sólo pueden señalar tendencias, que no determina que las Cortes Superiores sean menos punitivistas. La investigación de los discursos judiciales de los Tribunales Supremo y Superior, sobre los criterios de aplicación de la pena, es un importante indicador para proponer nuevos y renovados diagnósticos.

## **2.2 Aplicación de la Pena y Motivación (De Hecho y Jurídica)**

Para sistematizar la exposición, el análisis se llevará a cabo según la metodología propuesta para la aplicación de la pena en el Código Penal.

Indudablemente, toda la lógica de decisión está conformada por el principio constitucional de fundamentación/motivación de los actos judiciales, una vez que la aplicación de la pena, según el Código de Proceso Penal, se inserta en el acto de la sentencia. El art. 93, IX, de la Constitución Federal, establece que todas las sentencias de los órganos del Poder Judicial serán públicas, y todas las decisiones fundamentadas, bajo pena de nulidad. En términos procesales penales, es importante tener en cuenta que la Constitución impone, sólo en dos momentos, la sanción de nulidad: ilegalidad de la prueba - art. 5º, LVI, Constitución y, posteriormente, su incorporación al art. 157, CPP por la Ley n°. 11.690, 2008 - y la ausencia de motivación (art. 93, IX, la Constitución).

La fundamentación debe cumplir requisitos materiales y procesales, desde las nociones de motivación de hecho y legal del juicio de condena o absolución, o sea, correspondencia de argumentos de la sentencia con la base legal y las pruebas recogidas en procedimiento público y contradictorio.

El requisito de doble referencia encuentra amparo en el art. 381, III, del CPP, que impone al juez el deber de indicar en la sentencia las razones de hecho y de derecho que fundamentan su decisión. Sin embargo, este deber no obliga que sólo juicios absolutorios o condenatorios se mantengan sostenidos en pruebas producidas (motivo de hecho) admisible (legalidad de la prueba) bajo argumentos amparados en la Constitución y leyes ordinarias (motivo de derecho). *Vincula también el proceso de pertinentes para graduar la pena (motivo de derecho) y presentar el soporte probatorio que la sustenta (de facto).*

Al privilegiar la fundamentación, la reforma del Código Penal en 1984 adoptó un modelo criterioso y gradual de aplicación de pena, establecido en el art. 68. Establece método trifásico, en el cual *el juez tiene que decir no sólo por qué condena, pero porque aplica determinada pena, especialmente en lo que respecta a la cantidad (Apud SCHECAIRA, 2002, p. 175)*

Si la forma está predeterminada en el modelo trifásico, el contenido de los argumentos judiciales también debe ser reglamentado, fundamentalmente por la opción de Derecho Penal de la modernidad en instituir un modelo del hecho-crimen, excluyendo valoraciones de orden eminentemente moral.

El control material-sustantivo de la decisión que aplica la pena, sobre lo que puede o no ser objeto de valoración, es imprescindible en los sistemas que se destacan por la motivación. Incluso criterios subjetivos, es decir, referentes al autor del hecho, deben ser demostrados empíricamente, objetivados en la prueba, porque la subjetivación de hipótesis y argumentos “genera una perversión inquisidora en el proceso, direccionando-los e no más a la certificación de hechos objetivos, pero para el análisis de la interioridad de la persona juzgada” ; obteniendo como corolario, la degradación “(...) la verdad procesual (empírica, pública y intersubjetivamente controlable) en convencimiento íntimamente subjetivo y, por lo tanto, irrefutable del juzgador”. (FERRAJOLI, 1998, p. 15)

### 2.3 Estructura de aplicación de pena en Brasil

En la legislación brasileña, los artículos 68 y 59, del Código Penal, establecen los criterios y el escalonamiento de las etapas de aplicación de la pena.

En realidad, por la compleja redacción, la primera estructuración de aplicación de pena se encuentra en los incisos del art. 59 del Código. De manera didáctica, para comprender la primera formulación de la técnica de aplicación de pena, el art. 59, modificado por la Ley 7,209 /84, podría decir lo siguiente: “el juez (...) *establecerá, si es necesario y suficiente para reproche y prevención del crimen: I - penas aplicables entre las conminadas; II - cantidad de pena aplicable, dentro de los límites establecidos; III - régimen inicial de cumplimiento de la privación de la libertad; IV – caso sea pertinente, la sustitución de la pena privativa de la libertad aplicada, por otro tipo de pena.*

Este sistema está compuesto por cuatro operaciones necesarias, preliminares una de la otra, a saber: 1ª. elección de pena pertinente entre las penas conminadas (pena privativa de la libertad, pena de multa o pena restrictiva de derecho); 2ª. determinación de cantidad de pena (tiempo); 3ª. fijación de la calidad de la pena (régimen de cumplimiento de pena); y 4ª. evaluación de la posibilidad de aplicación de sustitutivos penales (sanción de multa o sanción restrictiva de derecho).

La primera operación (elección de pena pertinente) ocurre cuando el precepto secundario del tipo penal incriminador prevé dos o más diferentes modalidades de penas. Son casos esporádicos como, por ejemplo, en el Código Penal, el hurto privilegiado (art. 155) y, en la legislación ordinaria, las múltiples formas de crimen contra el orden económico (art. 4 , Ley 8.137/90), los diversos crímenes ambientales (art. 33 y 34, Ley 9.605/98), los casos de porte de drogas para consumo personal en la innovadora redacción de la Ley de Drogas (art. 28, Ley 11.343/06) o, aún, casi la totalidad de los casos de contravenciones penales (Decreto-Ley 3.688/41) que pueden haber sido recepcionadas por la Constitución, no incorporadas en las leyes ordinarias y que se mantienen como infracciones de menor potencial ofensivo (Ley 9.099/95).

Terminada la primera etapa (elección de la pena), el segundo paso es definir la cuantificación de la sanción, objeto privilegiado de la investigación, cualquiera que sea la pena.

Sin embargo, como se puede percibir, las posibilidades de aplicación de pena no privativa de libertad en esta primera etapa son remotas, dada la centralidad de la pena de prisión. La privación de la libertad, desde la Modernidad penal, es la piedra angular de los sistemas jurídicos. Aunque la previsión de otras especies de pena (restrictiva derechos y multa), estas operan normalmente como substitutivas de encarcelamiento, después de la cuantificación de privación de la libertad y la definición de su calidad (régimen), en la última etapa del sistema (art. 59, IV, del Código Penal).

En este segundo momento, el art. 59, II, del Código Penal, remite el aplicador del derecho al art. 68, en el cual se establece el trifásico del cálculo de la cantidad de frase: *"la pena-base será fijada teniendo en cuenta el criterio del art. 59 de este Código; luego se considerará atenuantes y agravantes; finalmente, las causas de disminución y aumento"*.

La ausencia de sistematización puede ser visualizada en el hecho de que la etapa de cuantificación, prevista en el inciso II del art. 59 del Código, se remite a la discriminación del modelo trifásico en el art. 68, y esto, a su vez, para regular la primera etapa (pena-base), reenvía criterios de evaluación al *caput* del mismo art. 59. Por lo menos hay un empleo erróneo de la técnica legislativa para la organización de los artículos en *caput*, incisos, párrafos y alineas teniendo en vista mayor o menor grado de abstracción de tipo penal, estableciendo como criterio la aplicación y especificación de materias que parten del general y van al particular, algo que no se observó en este momento importante de incidencia del sistema punitivo.

Como indican Zaffaroni y Pierangeli (2007, p. 829), la fórmula de la aplicación de pena (art. 59 c/c art. 68 del Código Penal) es bastante complejo, y exige *"(...) un orden sistemático de criterios y reglas, porque no es una síntesis ordenada, pero de elementos bastante dispersos, y cuyo orden jerárquico es necesario determinar"*.

Enseñan Miguel Reale Jr., René Ariel Dotti, Ricardo Andreucci y Sergio de Moraes Pitombo (1987, p. 188): *"las circunstancias legales son una especificación de algunas posibles circunstancias generales, descritas de forma abierta en el art. 59, debe el proceso para la fijación de la sentencia ser dividido: en primer lugar las circunstancias judiciales sin tomarse en cuenta hechos descritos en las circunstancias legales, después las circunstancias legales y finalmente, las causas de aumento o disminución"*.

El art. 63, del Código Penal 1969, define la pena-base como la *"que tiene que ser aumentada o disminuida, en cantidad fija o dentro de ciertos límites, es la que el juez aplicaría, si no existiese ninguna circunstancia o causa que importase el aumento o disminución de la pena"*.

De esta forma, alecciona Paganella Boschi (2006, p. 187) que *"pena-base es la que actúa como un punto de partida, es decir, como un parámetro para operaciones que siguen. La pena-base corresponde así, a la pena inicial fijada en concreto, dentro de los límites establecidos a priori en la ley penal, de manera que incida sobre ella, por cascada, las disminuciones y aumentos decurrentes de circunstancias agravantes atenuantes, mayorantes o minorantes"*.



Se puede observar, incluso por la exposición de la reforma de la Comisión, a predeterminar las fases y los parámetros de la aplicación de la pena, el Código Penal intenta reducir al máximo el arbitrio, aunque todavía sean elevados los espacios de discrecionalidad, especialmente en la fijación de la pena-base como resultado de los tipos penales abiertos previstos en el *caput* del art. 59 Del Código Penal.

La caracterización de la tipología de las circunstancias objetivas (circunstancias y consecuencias del crimen y comportamiento de la víctima) y subjetivas (culpabilidad, antecedentes, conducta social, personalidad del agente y razones) expuestos en el art. 59, *caput*, Código Penal, se debe a no estar previamente conceptuadas legislativamente y, sobre todo, al hecho de que, a diferencia de las circunstancias previstas en la segunda y tercera etapa, no están previamente definidas por Ley como criterios de aumento o disminución de la sentencia. Es, por lo tanto, criterio del juez, si esta circunstancia objetiva o subjetiva, en el caso concreto, será utilizada para variar la sanción en dirección al mínimo, al término mediano o máximo. Por esta razón son llamadas circunstancias judiciales.

Sin duda, la amplitud de las hipótesis (08 casos), especialmente de circunstancias subjetivas (05 circunstancias), amplía los espacios de discrecionalidad/arbitrariedad que, invariablemente, en el derecho penal, representa el aumento de punitividad.

Por último, respecto a las formas de cálculo, importante es decir de la imposibilidad de fijación matemática de cantidades de aumento o de disminución de pena por implicaciones de circunstancias judiciales del art. 59, del Código Penal. En varios casos podemos ver, incluso, el intento de producir una fórmula mecánica de cálculo de la pena, principalmente de la pena-base. La idea sería producir fórmula a partir de indicativos jurisprudenciales. Según la orientación pretoriana, si todas las circunstancias judiciales son favorables, la pena-base debe ser aplicada en el mínimo; si todos son desfavorables, debe acercarse al término medio (pena mínima sumada con la pena máxima y dividida por dos); y si hubo incidencia de sólo algunas circunstancias favorables y otras desfavorables, el Magistrado debe realizar una dosificación proporcional al grado de reprobabilidad indicada por ponderación entre las circunstancias. El raciocinio jurisprudencial, ampliamente aceptado y consolidado, condujo al método siguiente:

(1) en el caso de hurto simple, por ejemplo, la pena-base debería variar entre el mínimo (01 año) y el término mediano de 02 años y 06 meses (01 año sumado a 04 años previsto en el máximo dividido por 02);

2) como jurisprudencia consolidada, si todas las circunstancias judiciales son favorables la pena-base debe ser aplicada en el mínimo; si todas son desfavorables debe aproximarse del término medio; si la incidencia es parcial debe haber un cálculo ponderado;

(3) debido a ser 08 casos judiciales en el art. 59, del Código Penal, cada una significaría el valor de 1/8 de la diferencia entre el mínimo y el término medio, por ejemplo, en el caso de hurto simple (art. 155, del Código Penal), cada vector correspondería a la fracción de un octavo de 01 año y 06 meses (diferencia entre el mínimo 01 año y el término medio 02 años y 06 meses), correspondiente a 02 meses y 07 días; o, en el caso de la imputación por evasión de divisas (art. 22, *caput*, de la Ley 7.492 /86) la pena-base podrá variar entre el mínimo 02 y el

el término medio de 03 años, teniendo en cuenta que la máxima es 04 años, y cada circunstancia corresponde a 01 mes y 15 días (12 meses de la variación entre el mínimo y el término medio dividido por 08 circunstancias). De esta manera el juez, realizado el cálculo, y partiendo siempre del mínimo hacia el término medio, verificaría la cantidad de circunstancias negativas (las positivas mantienen la pena anclada en el mínimo y las ‘neutrales’, sin valoración, actúan favorablemente), sumaría y calcularía, la pena-base - por ejemplo, en caso de hurto, si sólo los antecedentes fueron negativos, la pena-base sería de 01 año, 02 meses y 07 días; en el caso de evasión de divisas, en caso negativo de culpabilidad, las razones y las consecuencias del delito, la pena-base sería de 02 años, 04 meses y 15 días.

Sin embargo, esta racionalidad calculadora no podrá aplicarse en derecho penal y, sobre todo, en el procedimiento penal moderno. Como demostrado, la aplicación de la pena integra la sentencia criminal y está obligada a principios constitucionales del proceso, en particular los principios de la motivación de facto y jurídica, que cumplan con la vinculación del juez al derecho y a la prueba producida.

El error de razonamiento es la generación de modelo prueba tarifada, típico de sistemas procesales inquisitivos, en total afronta al sistema de libre evaluación delineado por la Constitución (art. 5º, LV) para determinar la motivación de decisiones y el contradictorio. Según el art. 155 del Código de Procedimiento Penal, *“el juez formará su convicción por libre evaluación de prueba producida en comparación judicial, y no pueden fundamentar su decisión exclusivamente en elementos de información recogida en la investigación, consideradas las pruebas cautelares, no repetibles y anticipadas”*.

De esta forma, el Magistrado, en el caso concreto, teniendo en cuenta la peculiaridad de las circunstancias, podrá establecer criterios de preponderancia, de valoración diferenciada de una u otra circunstancia, siempre vinculada su opción al deber de fundamentar. Se puede ver, incluso, que el propio Código Penal, para abordar la cuestión del conflicto entre circunstancias agravantes y atenuantes, considera que las subjetivas deben preponderar, o sea, tienen que dejar en claro que no existe paridad o tasación de los criterios de aumento o disminución.

Así, superada la etapa de evaluación, aplicación y cálculo la pena-base, sobre esta el juzgador incide los atenuantes y agravantes (pena provisoria) y causas especiales de aumento y disminución (pena definitiva).

Atenuantes, agravantes, mayorantes y minorantes, a diferencia de las circunstancias judiciales, vienen previamente valoradas (favorables o desfavorables) por el Legislador, siendo atribución del juez identificarlas en la instrucción y realizar el cálculo.

<sup>8</sup> Recuerde que “en un proceso penal inquisitorio, la falta de pruebas y su consiguiente dubiedad no genera imperiosa absolución; pero, por el contrario, el mero indicio era equivalente a una semi-prueba, que contenía un juicio de semi-culpabilidad y una semi-condena”, (CARVALHO, 2007, p. 33) propio del sistema de tabulación probatoria.

<sup>9</sup> er, por ejemplo, entendimiento que prevaleció en el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región en el sentido de que sólo una circunstancia judicial negativa no tendría la posibilidad de elevar la pena-base por encima del mínimo legal, TRF4, ACR 2002.04.01.042792-0, Séptimo Turno, Relator Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 04/30/2003.

Según la jurisprudencia, el *quantum* de aumento o disminución de atenuantes y agravantes debe girar alrededor de 1/6 de la pena aplicada en la primera fase, por ser el grado mínimo de aumento o disminución previsto en la Legislación penal a las mayorantes y minorantes. Así, para establecer jerarquía entre las fases y las circunstancias, las circunstancias atenuantes no podrían disminuir más que las minorantes, y las agravantes aumentar más allá del posible en relación a las mayorantes.

En la tercera etapa, además de estar pre-valoradas las mayorantes y minorantes, el Legislador mismo determina cantidades fijas o variables de aumento o disminución, y en algunos casos específicos hay normas propias - por ejemplo, crimen continuado (número de delitos), crimen intentado (mayor o menor probabilidad de daños al patrimonio jurídico tutelado) entre otras -, que se desarrollaran en análisis cualitativo.

Por lo tanto, teniendo como norte las conclusiones presentadas, fue realizado, según la metodología propuesta por el Código, evaluación de los criterios de definición de la pena en Cortes Superiores.

## **2.4 Los criterios para la aplicación de la pena por tribunales superiores en Brasil**

Como presentado anteriormente, el análisis del padrón y/o de la variación de criterios de Cortes Superiores de Justicia en Brasil seguirá el sistema trifásico. El objetivo de la investigación es verificar cual es el contenido otorgado por los Tribunales para cada circunstancia de graduación de sanción criminal, cuales son los conflictos conceptuales, las dudas doctrinarias y eventuales errores técnicos y vicios procesuales cometidos, teniendo como preocupación central los argumentos que posibilitan a los Magistrados elevar la pena por encima del límite mínimo y a no reducirla por debajo de los pisos fijados por el Legislador.

Durante el análisis de las sentencias que hicieran parte de la base de datos fue posible percibir la forma en que los Tribunales entienden las circunstancias y como llenan el contenido abierto de su estructura normativa. Fue posible, también, observar importantes dificultades de juzgadores, ya sea en Cortes en las cuales se seleccionaron los juzgados, sea en los Tribunales Regionales Federales, Tribunales de Estados o en los jueces singulares que plantearon la apelación o la acción de impugnación. Las situaciones son muy específicas y pueden ser señaladas: a) dificultad para definir claramente el significado (concepto) de las circunstancias; b) dificultad en diferenciar el contenido de las circunstancias con los elementos constitutivos del tipo; c) dificultad en diferenciar el contenido de las circunstancias judiciales con las legales; d) dificultad en distinguir argumentos condenatorios y el grado de reprobabilidad; e) dificultad para concretar las circunstancias y vincular al juicio a las pruebas válidas producidos en la instrucción procesual; y f) dificultad en cuantificar el peso de las circunstancias en la dosificación de la pena.

Las dificultades provienen, fundamentalmente, de factores derivados de la técnica legislativa empleada en la elaboración del sistema de la aplicación de la pena. *El primer problema decore*

de la falta de sistematicidad de la materia, disyuntivamente dispuesta en el Código. El segundo es la complejidad de la operación misma para la definición de la cantidad de pena - sin hablar en las otras etapas de definición del régimen y sustitución de privación de la libertad por restricción de derecho o multa. Además, se agrega un tercer problema que es la falta de armonía de la parte general, reformada en 1984, y las sanciones penales establecidas en parte especial de 1942 y que, en todo el siglo pasado, sufrieran reformas puntuales, asistemáticas y no metódicas. Esta situación genera profunda disparidad entre las penas y bienes jurídicos tutelados, dificultando al intérprete la definición de criterios claros y armónicos.

Problema de cuarta orden es el empleo, desde el punto de vista legislativo, de estructuras normativas vagas, imprecisas, sin definición semántica, de difícil aprensión empírica y de tipos penales conceptuales o abiertos. El empleo de circunstancias con estas características aumenta de forma superlativa las posibilidades de equívocos interpretativos y, en definitiva, la apertura de espacios de discrecionalidad judicial acerca, cuando no excede, la frontera del arbitrio. Las sumas de estas variables apuntan para la lesión de derechos de condenados a partir de la violación de garantías penales materiales o procesuales constitucionalizadas, tales como:

a) violación del principio de fundamentación mínima de las decisiones, en razón de fundamentación deficiente u omisión de fundamentación;

b) la violación del principio *ne bis in idem*, por la aplicación acumulativa de circunstancias elementales del tipo penal imputado en la aplicación de la pena - situación que podría llamarse *bis in idem* heterólogo -, mediante la aplicación doblada de circunstancias judiciales y legales - *bis in idem* homólogo heterovitelino - o por la aplicación acumulada de las circunstancias judiciales mismas de forma que la anterior contemple el juicio de reprobación de la posterior - *bis in idem* homólogo homovitelino .

(c) la violación del principio del contradictorio, para el uso de argumentos imposible refutabilidad por las partes para dosificar la pena;

d) violación al principio de la legalidad, mediante el uso de metareglas o circunstancias no previstas en la ley para graduar el juicio de reprobación;

(e) violación del principio de libre evaluación de las pruebas, por la aplicación tasada de circunstancias a partir de determinadas reglas o Legajos;

f) violación del principio de isonomía, por la aplicación tasada de circunstancias a partir de determinadas reglas o Legajos sin observar criterios subjetivos de preponderancias;

g) violación del principio de secularización, en la evaluación eminentemente moral(ista) de las circunstancias del delito o del imputado, reproduciendo modelo penal del autor.

<sup>10</sup> La clasificación de *bis in idem* en homólogo (homovitelino y heterovitelino) y heterólogo se realiza desde analogía a formas de clasificación de normas penales en blanco – “a complementación de la norma penal en blanco puede ocurrir en otro dispositivo de ley (complementación homóloga - y, en este caso, homovitelina cuando sea ley penal o heterovitelina, cuando se refiere a ley diversa) o por la legislación de jerarquía inferior (acto administrativo, por ejemplo, cuando se llame de complementación heteróloga) (CARVALHO & RUDNICKI, 1996, p. 324).

Sin embargo, es fundamental llamar la atención para que el trabajo no tenga el objetivo de ser una crítica a las Cortes Superiores (STF e STJ) o al Poder Judicial, en general. Incluso, lo que se señalaba en la investigación cualitativa es que, normalmente, el Poder Judicial mismo interviene en la corrección de las violaciones levantadas, ya sea debido a los recursos o acciones de impugnación normalmente interpuestos contra decisiones de Tribunales Federales o Tribunales de Justicia de los Estados que sostuvieron sentencias de juzgamientos singulares - hecho capaz de reforzar la hipótesis presentada sobre la diferencia de grados de punitivismo entre las instancias del Poder. A pesar del hecho de que las Cortes mismas, en ciertos temas específicos, mantienen la tradición jurisprudencial de la armonía constitucional posible de ser criticada, como se demostrará.

La cuestión es que si del punto de vista dogmático penal y procesal penal, el sistema de aplicación de pena se caracteriza por la producción y proliferación de fallas, omisiones y contradicciones entre las normas que delimitan su forma y contenido, desde el lugar de la criminología el diagnóstico a que se llega es que el resultado concreto de este modelo produce la ampliación de la hipótesis criminalizadoras, con la potencialización del punitivismo. Si el poder es ejercicio y los vacíos de poder son rápidamente llenados, los espacios en blanco (fallas y omisiones) y las zonas grises (duda y contradicción), en lugar de proyectaren acción contenida de los operadores, basadas en la cautela en relación con la eventual violación de derechos, generan condiciones ideales para la incidencia desproporcionada de *potestas puniendi*.

#### **2.4.1 Sobre la aplicación de la pena-base y la valoración y conceptualización de las circunstancias judiciales**

Las circunstancias judiciales son establecidos en el art. 59, *caput*, del Código Penal en dos órdenes de valoración: circunstancias judiciales objetivas relativas a elementos externos de hecho-crímen (circunstancias y consecuencias del crimen y comportamiento de la víctima) y las circunstancias judiciales subjetivas que corresponden al autor responsable por su conducta ilícita y sus resultados dañinos (culpabilidad, antecedentes, conducta social, personalidad del agente y motivos).

La investigación ha concluido que, por ser esta la zona de mayor existencia de tipos penales abiertos, en los argumentos y cálculos efectuados para definir la pena-base viven los mayores problemas y dificultades judiciales.

Las sentencias de referencia serán presentadas a partir de las principales fallas, equívocos o nulidades observados en las decisiones, ya sea producido por las Cortes inferiores o jueces singulares. En razón de la investigación estar orientada a *criterios judiciales* de aplicación de pena, interesará el análisis de todas las valoraciones que consten en los fallos (las que hayan sido expuestas en el informe, aplicadas por los jueces singulares o Tribunales locales, y fueron corregidas o confirmadas en el STF o STJ).

Aisladamente serán evaluados la culpabilidad, personalidad y conducta social, frente a las circunstancias y consecuencias del delito y los motivos invariablemente presentaren problema similar por su naturaleza, que es, *bis in idem* con las elementares del tipo o con causas legales de aumento o reducción de pena.

Datos sobre la circunstancia *comportamiento de la víctima* no hubo ninguna referencia en la investigación en el STF. A su vez en el STJ aparecieran en 04 casos como “comportamiento de la víctima no ha contribuido en nada a la práctica delictuosa” (STJ 5°- Turno - *Hábeas Corpus* 72024/DF - Rel. Min. Laurita Vaz; STJ 5° Turno - *Hábeas Corpus* 92431/DF, Rel. Min. Napoleón Nunes Maia Filho, j. 06-19-2008; STJ - 6° Turno – Recurso Especial 658,512/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02-25-2008 ; STI 6° Turno - *Hábeas Corpus* 67.710/EP, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, j. 03-27-2008).

#### **2.4.1.1 La doble valoración circunstancias: *bis in idem* homólogo y heterólogo**

Como se ha anticipado, el principio de la prohibición de doble valoración (principio *ne bis in idem*), se encuentra en tres diferentes casos: (a) aplicación duplicada (o triplicada) entre las circunstancias judiciales del art. 59 del Código Penal, cuando una circunstancia actúa como contenido de otra, sosteniendo nuevo juicio de reprobación (*bis in idem* homólogo homovitelino); (b) aplicación tomada por circunstancias judiciales y circunstancias legales (agravantes o mayorantes) (*bis in idem* homólogo heterovitelino); y/o aplicación doble de circunstancias elementares de tipo pena penal imputado en la aplicación de pena (*bis in idem* heterólogo).

Los casos más comunes son de *bis in idem* homólogos homovitelinos, que ocurren horizontalmente en el marco de la pena-base misma.

01. Acción de *Hábeas Corpus* juzgada en abril de 2008 por el 2° Turno del STF, Rel. Min. Eros Grau, ejemplifica, sin embargo, no sólo una hipótesis de *bis in idem* homólogo homovitelino como de *bis in idem* heterólogo (STJ, 2° Turno, *Hábeas Corpus* n° 93875-2, Min. Eros Grau, 04/15/2008).

En el juicio en el primer grado de imputación de tráfico de estupefacientes, el Magistrado valoró negativamente 05 circunstancias judiciales para graduar la pena-base por encima del mínimo: culpabilidad, conducta social, personalidad, consecuencia del crimen y malos antecedentes. Valoró la culpabilidad sosteniendo que “*el acusado actuó con grado significativo de culpabilidad, dada el largo iter que recorrió, revelando su obstinación y insistencia en la práctica del delito*”. Al fundamentar conducta social, antecedentes y personalidad dijo: “*además tiene pésima conducta social y personalidad volcada a la delincuencia, como demuestran sus pésimos antecedentes*”. Por último, en relación con las consecuencias del crimen, afirmó: “*no puede pasar desapercibido, por otro lado, la importante cantidad de marihuana aprehendida, a saber, 196kg y 700gr, demandando, también por esa razón, a la luz del art. 37 de la Ley Antitóxicos, la elevación de la pena-base,*

*máxime considerando que delitos de este jaez han sido responsables por la destrucción de hogares, familias, así como han generado la práctica de tantos otros, tales como hurto y robo, constituyendo actualmente el flagelo de la humanidad, especialmente en la cantidad mencionada anteriormente, y considerando tratar-es la marihuana, es decir, estupefaciente sabidamente consumido en proporciones ínfimas”.*

El TJMS ha sostenido una pena-base por encima del mínimo legal previsto (03 años), fijando dicha pena en 06 años de reclusión y multa de 100 días-multa. La Suprema Corte ha mantenido la pena-base entendiendo que esa era satisfactoriamente fundamentada en las hipótesis del art. 59 del Código Penal.

Se nota, en este caso, que se ha intensificado la valoración de malos antecedentes, que sirvieran para fundamentar el juicio negativo de culpabilidad (*“obstinación y insistencia en la práctica del delito”*), conducta social y personalidad, además de los propios antecedentes (*“tiene pésima conducta social y personalidad volcada a la delincuencia, como demuestran sus pésimos antecedentes”*).

Además, para analizar las consecuencias del crimen, el juzgador incurre en juicio esencialmente moral, en choque con el principio de la secularización del derecho, confundiendo despliegues naturales de conducta (elementares del tipo penal) con las consecuencias del crimen (*“delitos de este jaez han sido responsables por la destrucción de hogares, familias, así como han generado la práctica de tantos otros, tales como hurto y robo, constituyendo actualmente el flagelo de la humanidad”*).

02. De forma análoga, dos Recursos Ordinarios Constitucional juzgados por el Tribunal Supremo: STJ, 2° Turno, Recurso Ordinario en *Hábeas Corpus* n° 89000-8/MS, Min. Ellen Gracie, 06/24/2008; y STF, 2° Turno, Recurso Ordinario en *Hábeas Corpus* n° 90223-5/RJ, min. Joaquim Barbosa, 04/08/2008.

En el primer caso, el Magistrado de primer grado (decisión sostenida en todos los niveles), teniendo por base los antecedentes, fundamenta conducta social y personalidad: *“sobre la conducta social del acusado, debemos considerar su comportamiento en la comunidad: trata-se de un ciudadano con larga vocación dedicada a lo ilícita, prefiriendo vivir de rapiñas al trabajo honesto”; [...] “su personalidad demuestra ser la de un individuo con intensa inclinación a la senda del delito, con especial predisposición para los crímenes contra el patrimonio, considerando que ya ha sido condenado por idéntica práctica”.*

En el segundo, además de los antecedentes (re)fundamentaren juicio sobre personalidad, la categoría peligrosidad es utilizada como *metaregla* de interpretación: *“por lo tanto, trata-se de una persona de marcada peligrosidad, de personalidad direccionada al mundo del crimen, ganando la vida a través de la explotación de una de las más despreciables modalidades criminales existentes”.*

03. Sin embargo, se nota que los Tribunales tienen plena comprensión de la imposibilidad de valorar más de una vez idéntica circunstancia, como puede ser visualizado en los fallos

del STF y del STF - v. g. STF, 1° Turno, el *Hábeas Corpus* n° 92274-1/MS, Min. Ricardo Lewandowski, 19/02/2008; y STJ, 5°. Turno, *Hábeas Corpus* n° 95102/RJ, min. Laurita Vaz, 08/05/2008.

Se percibió a través de la investigación, sin embargo, que sigue siendo demasiado dudoso a los Magistrados, la extensión a darse al principio *ne bis in idem*, especialmente con respecto a las estructuras típicas abiertas o imprecisas. Por lo tanto, en tales casos hay mayor posibilidad de ocurrencia y violación.

04. Decisión dispar del STJ, por la profundización del sentido y conceptos de las circunstancias, por la verificación de la posibilidad de ocurrencia de diversas hipótesis de *bis in idem*, por la clara posición con respecto a la necesidad de la exclusión de juicios morales (argumentos inidóneos), que acaban cumpliendo con las circunstancias judiciales subjetivas, y por la determinación de fundamentación obligatoria en las demás circunstancias, merece especial atención: STJ – 6° Turno - HÁBEAS CORPUS N° 67.710 /PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 27 de marzo, 2008.

#### **2.4.1.2 La imprecisión acerca del concepto de culpabilidad**

01. La conceptualización judicial de circunstancia y culpabilidad es una cuestión visualizada en numerosos fallos y que merece especial atención. En numerosos fallos se encuentra la utilización de conceptos y formas totalmente distintas, en los diversos niveles de jurisdicción. En la mayoría de las sentencias está expuesta la conceptualización utilizada en primer grado, en casos en que los Tribunales adhieren a la propuesta del Magistrado singular o la modifican.

Sin embargo, la pluralidad de conceptos utilizados indica claramente la confusión conceptual que requiere una evaluación específica. Se puede ver como ejemplo, las siguientes propuestas conceptuales presentes en los fallos analizados, todos en referencia expresa a la culpabilidad:

“Punición fijada por encima del mínimo por el modo intensamente reprobable de la ejecución del delito”. (STF, 1°. Turno, *Hábeas Corpus* n° 92956-7/SP, Min. Carmen Lúcia, 01/04/2008)

“El acusado actuó con significativo grado de culpabilidad, dado el largo *iter* que ha percurrido, revelando su obstinación y insistencia en la práctica del delito”. (STF, 2°. Turno, *Hábeas Corpus* n° 93875-2, Min. Eros Grau, 15/04/2008)

“debe considerarse como desfavorable para el acusado a alto reprobabilidad su conducta” (STF, 2°. Turno, Recurso Ordinario de *Hábeas Corpus*, n° 93855-8/RJ, Min. Eros Grau, 08/04/2008)

#### **Con igual incidencia en 5 y 6TH Clases de STJ:**

“Demuestra culpabilidad con un alto grado de reprobabilidad, una vez que se vinculó con un grupo delictuoso, teniendo a su progenitor como uno de los miembros (denunciado Silvio Amadi). Dicho grupo trafica drogas en grandes cantidades (654.350kg), proveniente del Estado de Paraná, lo que hace su conducta extremadamente perjudicial”. (STJ – 5° Turno - *Hábeas Corpus* n°. 94.549/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/02/08)



“Aumenté la pena privación de la libertad, frente al dolo intenso del acusado en la práctica delictiva, revelando insensibilidad moral y exacerbada codicia”. (STJ – 5° Turno - Hábeas Corpus n°. 52.558 /SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/03/08)

“Respecto a la culpabilidad, anoto que es alta, pues se cometió el crimen con violencia contra la persona”. (STJ – 5° Turno - Hábeas Corpus n°. 84.050/DF, Rel. Min. Napoleón Nunes Maia Hijo, j. 03-11-08)

“[...] fue intensa su culpabilidad, ya que ha actuado interna y externamente visando resultado final lucrativo [...]. (STJ – 5° Turno - Hábeas Corpus n° 97.447/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 01-04-08)

“La reprovabilidad de su conducta es de grado intenso porque restó la vultuosa importancia de R\$ 356.379,50”. (STJ – 6° Turno - AgRg en Agravio de Instrumento n° 916.884/PR, Rel. Min. Nilson Naves, j. en 27 de marzo de 2008)

“[...] Reconozco el alta culpabilidad del sentenciado, que en el veredicto del Jurado, ha cobrado la vida de la víctima por ‘motivo torpe’ (buscando recibir la recompensa) y sin dejarle posibilidad de defensa, por la acción sorprendente. (STJ – 6° - Turno - Hábeas Corpus 67.710/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 27 de marzo de 2008)

“La culpabilidad es acentuada, en vista del nivel de instrucción del acusado (Secundaria completa)”. (STJ – 6°. Turno AgRg en Recurso Especial 753.419/RS, Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada por el TJ/MG), j. en 29 de abril de 2008)

“No hay duda que la delincuencia de un policía se reviste de mayor culpabilidad, en la medida en que es el más craso quiebre de la confianza que le fuera depositada por la sociedad, ella que le ha asignado tan noble misión de combate al crimen, invistiéndole de poder para eso”. (STJ 6TH Turno Hábeas Corpus 37,107 /SP Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. en el 1° de abril de 2008).

La ausencia de criterios precisos para evaluar la circunstancia genera numerosos defectos (fallas, contradicciones, imprecisiones, confusiones conceptuales), entre los cuales valoraciones de *modus operandi* del delito, *iter criminis*, reprobabilidad intrínseca a la conducta, co-autoría, dolo, bien jurídico, fin económico, expresividad de la lesión, calificadora del tipo imputado, nivel de instrucción y actividad profesional, respectivamente.

En la mayor parte de los casos hay fundamentación de la culpabilidad con elementos vinculados a las características típicas (elementales). Referencia a la calificadora surge igualmente de la apreciación.

02. Juzgamiento del 6° Turno del STJ merece especial atención: STJ – 6° Turno – Recurso especial N°. 864.163/RS, Rel. Min. Hamilton Que, j. 1° de abril de 2008.

En el informe se exponen en detalle los argumentos judiciales en que se basan la circunstancia culpabilidad: *“respecto a las circunstancias judiciales de aplicación de la pena, se considera la culpabilidad de los acusados, principalmente de Jackson y Marcelo, quienes eran plenamente conscientes de la ilegalidad del acto practicado. La conducta que se exigía de ellos era bastante distinta, principalmente por el hecho de ser, el primero, policía civil y el segundo haber sido policía militar. Además, actuaron los tres denunciados*

con intenso dolo, al arrebatarse la víctima en casa y permanecer con ella por horas, ostentando una arma de fuego.

03. En un juzgamiento del mismo turno, una decisión aplica de forma casi académica el concepto de culpabilidad, en oposición directa a la noción utilizada anteriormente: “[...] adoptada en la reforma penal como fundamento y medida de responsabilidad penal. Se ha substituido en esa ley las expresiones ‘intensidad de dolo’ y ‘grado de culpabilidad’, con la justificativa de ser ‘graduable la censura cuyo índice, mayor o menor, incide en la cantidad de pena,’ como se encuentra en el ítem 50 de la ‘Exposición de motivos de la Ley n° 7.209/84. Actualmente, el examen de culpabilidad, en relación a la dosificación es un juicio de reprobabilidad de conducta practicada, o sea, a su medida, donde algunos autores entienden que integra el delito mismo, y no puede considerarse como un criterio para mayorar la pena por el juicio de censura. (STJ – 6° Turno - Hábeas Corpus 43.930 /RJ Rel. Ministro Jane Silva (Des. Convocada por el TJ/MG), j. 22 de abril de 2008).

Descripción similar encontrada en juzgamiento del 5° Turno: “como circunstancia judicial, la culpabilidad debe ser analizada en sentido *lato*, entendida como la reprobación social que el crimen y la autora merecen. Diferente, por lo tanto, de la culpabilidad del elemento constitutivo de delito, cuyos requisitos son la imputabilidad del agente, conciencia potencial de la ilicitud y exigibilidad de conducta diversa. En esta etapa de la dosificación, es tarea del juez evaluar, no más la presencia de los presupuestos ya mencionados sin los cuales no hay delito; pero el grado de censura social que incide en el agente y sobre el hecho cometido. Por lo tanto, en esta oportunidad, se clasifica la culpabilidad entre intensa, media o reducida. (STJ – 5°. Turno - Hábeas Corpus 64.903/EP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/02/08)

En los casos expuestos y comparados, se percibe que gran parte de la jurisprudencia resiste a la reforma de 1984, entendiendo estar dolo y culpa situados en la culpabilidad, como si el Código Penal adoptase aún el sistema causalista. Con la incorporación del finalismo y el desplazamiento de dolo y culpa para la tipicidad (en calidad elementales subjetivos de tipo) su revaloración en la aplicación de pena implica, necesariamente, *bis in idem*.

#### **2.4.1.3 La volatilidad de los conceptos de personalidad y conducta social**

01. La volatilidad de los conceptos de personalidad y conducta social - a diferencia del concepto de culpabilidad que, aunque tenga contenido dudoso en la jurisprudencia, tiene una definición precisa en la dogmática – posibilita los más diversos tipos de interpretación. Precisamente por esta razón, son los conceptos que más amplían el punitivismo judicial, actuando como espacio abierto de valoraciones morales, juicios y opiniones personales sobre los acusados, inferencias sobre sus deberes y responsabilidades, entre otros.

Tras la metodología utilizada en relación al concepto de culpabilidad, la secuencia de decisiones que, en el informe (presentando decisiones de otros juicios - situación más común) o voto (presentando decisiones del órgano) buscan conceptualizar la circunstancia *personalidad*:

“En vista de la aplicación del delito, previamente acordado entre cuatro personas, con el uso de dos armas - pistola y cuchillo - y, además, utilizando de estímulo lascivo para atraer la víctima, actitud vehemente inmoral, demostrando grave defecto en la formación de su carácter. (STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus nº 92956-7/SP, Min. Cármen Lúcia, 01/04/2008)

“Considerando que el acusado tiene personalidad peligrosa, actuando como ya presentado en diferentes Estados de la Federación”. (STF, 2º. Turno, Recurso Ordinario de Hábeas Corpus nº 92295-3/RJ, Min. Ellen Gracie, 24/04/2008)

“[...] su personalidad demuestra ser de un individuo con intensa inclinación a la senda del delito, con especial predisposición para crímenes contra el patrimonio, una vez que ya ha sido condenado anteriormente por la misma práctica. (STF, 2º. Turno, Recurso Ordinario de Hábeas Corpus nº 89000-8/MS, Min. Ellen Gracie, 24/06/2008)

“Por lo tanto, se trata de persona de marcada peligrosidad, de personalidad inclinada al mundo del crimen, viviendo a través de la explotación de una entre las modalidades criminales más abominables que existen. (STF, 2º. Turno, Recurso Ordinario de Hábeas Corpus nº 90223-5/RJ, Min. Joaquim Barbosa, 08/04/2008)

Decisiones de igual forma en el STJ:

[...] presentaren personalidades distorsionadas y comprometidas con los valores nocivos de la continuidad de la conducta punible (STF, 5º. Turno, Hábeas Corpus nº 92956-7/SP, Min. Carmen Lucía, 01/04/2008).

[...] Su personalidad, con temprana edad es de carácter temerario y audaz, en vista de la cantidad de drogas que transportó y escoltó a través de cuatro Estados de la Federación (Paraná, São Paulo, Minas Gerais y Goiás) con desdén por las instituciones públicas legalmente constituidas. (STJ – 5º Turno - Hábeas Corpus nº 94.549 /DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/02/08)

“Por el hecho de que ya ha sido condenado, responder a otras actividades penales y volver a cometer un delito muestra personalidad comprometida con el ilícito (STJ – 5º - Turno - Hábeas Corpus nº 90.513/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/02/08) “[...] Deben ser recordadas las cualidades morales del acusado, su buen o mal carácter, el sentido moral del criminoso, así como su agresividad y el antagonismo en relación al orden social y su temperamento. No cabe depreciar, tampoco, las oportunidades que el acusado ha tenido toda su vida. Fueron consideradas en su favor una vida miserable, reducida instrucción y deficiencias personales que han impedido el desarrollo armonioso de su personalidad. Cabe recordar que no se puede considerar de mala personalidad alguien que sufre investigaciones o tiene procesos en curso, como iterativas decisiones de los Tribunales”. (STJ – 6º Turno - Hábeas Corpus 43.930/RJ Rel. Min. Jane Silva (Jueza Convocada del TJ/MG), j. 22/04/2008).

“[...] Personalidad dirigida a la práctica de conductas delictivas, como se infiere de la hoja de antecedentes penales (fls. 97/105)”. (STJ – 6º Turno - Hábeas Corpus 54.616 /RJ, Rel. Min. Maria Teresa de Assis Moura, j. 22/04/2008 )

“[...] demuestra el acusado personalidad violenta, considerando su particular aprecio por armas de fuego (STJ – 6º Turno – Recurso Especial 658.512/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25/02/2008)

En la mayoría de los casos la valoración negativa se deriva de juicios esencialmente morales o posee marcado vinculación con antecedentes y/o habitualidad delictiva. En casos extremos, decisiones imputan grados de peligrosidad vinculadas a la personalidad, una vez que, técnicamente, se determina la ausencia de reprobabilidad del agente, por ser ese elemento (peligrosidad) fundamento de aplicación de medida de seguridad – a diferencia de culpabilidad, fundamento de aplicación de sanciones.

En numerosos casos, se percibió en los informes la fusión de circunstancias *personalidad* y *conducta social* o de estas con los antecedentes - v. g. STF, 2º. Turno - Hábeas Corpus n° 93875-2, Min. Eros Grau, 15/04/2008; y STJ – 5º Turno - Hábeas Corpus n° 95.022/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11/03/08.

## 02. No difieren las valoraciones relacionadas a la conducta social.

“[...] Conductas sociales marginales, pero sin perjuicio de exhibir una audacia y agresividad impares”. (STJ – 5º Turno – Agravio de Regimiento en Agravio de Instrumento n° 87.896/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 10/06/08)

“[...] Su conducta social sufre restricciones en la prueba cosechada, una vez que ha tenido diversos pasajes por la policía y respondió a juicios en otras Varas [...]. (STJ – 5º Turno - Hábeas Corpus n° 97.447/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 01/04/08)

03. Sin embargo, la decisión del STJ es notable frente a su carácter didáctico y del serio debate sobre la imposibilidad de determinadas valoraciones: STJ – 6º Turno - *Hábeas Corpus* 67.710/PE, Rel. Min. Maria Teresa de Assis Moura, j. 27/03/2008. En la declaración de voto, el Relator argumentó: [...] creo que la asignación de conducta social desfavorable al paciente en razón de haber sido ‘mancillada por el evento que generó el proceso, dando pésimo ejemplo para la sociedad’, no procede, una vez que la conducta social sería juzgada desfavorablemente en caso de condena. Ese no es el objetivo del legislador, que tenía por objeto evaluar si el paciente tenía, en el momento del delito, una conducta social buena, como se portaba en el ambiente de trabajo, y su relación con la familia, etc. [...] Por la misma razón, el ‘pésimo ejemplo dado a la sociedad’ no es un argumento idóneo para evaluar, como mala, la conducta social del paciente. Además, cualquier evaluación ético-moral debe ser rechazada en este proceso de fijación de pena, porque no podemos exigir nadie que ofrezca un buen ejemplo para la sociedad. Lo que se cobra del ciudadano, en general, es que apenas se omita de realizar conductas criminosas.

04. Sobre la diferencia entre conducta social y antecedentes. Averiguar STJ – 6º Turno - Hábeas Corpus n° 98.284/SP, Rel. Min. Jane Silva, j. 17/04/08. El fallo establece parámetros importantes para el cierre de los criterios utilizados para la evaluación de antecedentes y conducta social.

## **2.4.2 Aplicación de pena provisoria: valoración y conceptualización de circunstancias agravantes y atenuantes**

En la etapa de aplicación de pena provisoria, dos cuestiones han tenido particular relevancia: aplicación de circunstancias atenuantes por debajo del mínimo legal y (in)constitucionalidad de agravante de reincidencia.

Las acciones y los recursos que se propusieron al STF y STJ provinieron, en su totalidad, del TJRS, más específicamente de la 5ª Cámara Criminal. Respecto al primer tema, el debate gana especial importancia en la investigación.

### **2.4.2.1 Aplicación de circunstancias atenuantes por debajo del mínimo legal**

01. El tema, pacificado en la jurisprudencia nacional después de la edición del Resumen 231 del STJ (“la incidencia de circunstancia atenuante no puede conducir a una reducción de la pena por debajo del mínimo legal”), retoma el debate nacional tras enumerados manifestaciones del TJRS.

Interesantes decisiones del STF señalan las razones por las cuales no sería posible aplicar la pena por debajo del mínimo legal. De forma referencial STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus n°. 93455-2/RS, Min. Ricardo Lewandowski, 13/03/2008. En la decisión, los Ministros adoptan la comprensión del STJ sobre la imposibilidad de aplicar por debajo del mínimo en la segunda fase del método, bajo dos argumentos: a) ruptura con la seguridad jurídica; b) debilitamiento de la función de prevención general de la sanción penal.

Sostienen que *“la fijación de pena en límite por debajo del mínimo legal, visto el simple proceso de apreciación de circunstancias, cumple destacar, también coloca en jaque la seguridad jurídica. Es que, en Derecho Penal, este principio exterioriza una doble garantía: por un lado se plantea si una descripción típica inequívoca, que permite al conjunto de la sociedad tener conocimiento de la conducta prohibida por la ley penal. Por el otro, ella se completa a través de una clara descripción de la sanción que debe ser aplicada a quienes cometen un delito. Quiero añadir, además, que presentes todos los elementos típicos de conducta, la aplicación de una sanción por debajo del mínimo legal podría conducir a un debilitamiento de una de sus principales funciones, que es, la prevención de la práctica conductas criminosas”*.

En la misma dirección: STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus n° 92742-4/RS, Min. Menezes Derecho, 04/03/2008 ; STF, 2º. Turno, Hábeas Corpus n° 93908-2/RS, Min. Eros Grau, 01/04/2008; STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus n° 94234-2/RS, Min. Ricardo Lewandowski, 20/05/2008 ; STF, 2º. Turno, Hábeas Corpus n° 92926-5/RS, Min. Ellen Gracie, 27/05/2008 ; STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus n° 94684-4/RS, Min. Carlos Britto, 17/06/2008 ; STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus n° 94365-9/RS, Min. Menezes Derecho, 17/06/2008 .

En el STJ, corte de origen del Resumen 231, el argumento es naturalmente rechazado, y casi la totalidad de los juzgamientos que evalúan la segunda fase de la cuantificación de la sanción, componen el tema de la pena provisoria por debajo del mínimo.

02. En juzgamientos sobre el mismo tema, además de los argumentos presentados es invocado el motivo de que si admitida la pena por debajo del mínimo quedaría abierta la posibilidad de aplicar sanción por encima del máximo - v. g. STF, 1°. Turno, Hábeas Corpus n.º 93071-9/RS, Min. Menezes Direito, 18/03/2008.

En la declaración del voto el argumento aparece en toda su intensidad: *“una característica clave de las circunstancias judiciales, agravantes y atenuantes, es que su aplicación debe estar siempre dentro de los límites máximos y mínimos de la pena abstractamente conminada. Así, la presencia de circunstancias atenuantes no puede conducir a la pena a estar por debajo del mínimo, y las circunstancias agravantes tampoco pueden conducir a la pena que permanezca por encima del máximo previsto en el tipo penal básico o calificado”*. En sentido idéntico: STF, 1°. Turno, Hábeas Corpus n.º 90659-1/ SP, Min. Menezes Derecho, 12/02/2008.

En juzgamiento de otro recurso de *Hábeas Corpus*, se invocó el argumento de la sensación de impunidad [como] si existiera la posibilidad de reducción de la pena por debajo del mínimo: [...] *La tesis sostenida por la defensoría Pública, en el caso de que sea aceptada, permitirá el surgimiento de situaciones esdrújulas. Podría resultar, por ejemplo, la imposición de pena irrisoria para condenados por delitos graves, lo que llevaría a la sensación de impunidad”*. (STF, 2°. Turno, Hábeas Corpus n.º 94354-3/RS, Min. Eros Grau, 29/04/2008)

#### **2.4.2.2 (In) constitucionalidad de la agravante de reincidencia**

Aunque haya referencia histórica y el tema de la inconstitucionalidad de agravante tenga espacio privilegiado en la doctrina latino-americana de inspiración criminológica crítica, el debate nunca había sido propuesto en el espacio jurisdiccional.

Desde la posición establecida en 1999 originalmente por la 5ª Cámara Criminal del TJRS (5ª. Cámara Criminal, Apelación Crimen n. 699291050, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.09.1999), compartida por la 6ª Cámara y 3º Turno de la misma Corte , el debate ha llegado a los Tribunales Superiores.

01. En el STF, se ha debatido la cuestión y las posiciones son la constitucionalidad del instituto (STF, 2°. Turno, el Hábeas Corpus n.º 92203-1/RS, Min. Eros Grau, 20/05/2008).

En caso análogo, contra la alegación de ilegalidad del reconocimiento de la reincidencia, a traducir bis in idem, el STF decidió que “el resurgimiento del castigo impuesto es resultado de la opción del paciente en seguir delinquiendo. (STF, 2°. Turno, Hábeas Corpus n.º 93620-2/RS, Min. Eros Grau, 08/04/2008)

02. Aunque el entendimiento es de la aplicación unánime, fue posible verificar una tendencia a la adhesión de la tesis por la Min. Carmen Lúcia: *“no ignorar la crítica extrema de parte de la*

<sup>11</sup> En este sentido, conferir los juzgamientos n.º 70001004530 y 70001014810 (Apelación-Criminal, 6º Cámara Criminal del TJRS, Rel. Des. Sylvio Bautista) y n.º 70000916197 (Embargos Infringentes, 3º Grupo Criminal TJRS, Rel. Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira)

*doctrina, que inspirada por algunos de los principios rectores del Derecho Penal, especialmente por la condena del llamado derecho penal del autor, defiende ser inaceptable el agravamiento obligatorio por razón de reincidencia. La tesis fascinación ineludible, nunca obtuvo, sin embargo, la bendición de la jurisprudencia de esta Suprema Corte, que siempre reputó válida la fijación de dicha agravante, reconociendo, incluso, que contrariamente a lo decidido por el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, se justificaría 'el resurgimiento de pena impuesta al paciente' en función de la reincidencia, porque esto sería resultado de su 'opción por continuar en la delincuencia [...] Por lo tanto, me rindo por ahora, a la jurisprudencia consolidada en este Supremo Tribunal. (STF, 1º. Turno, Hábeas Corpus n.º 93969-4/RS, Min. Cármen Lúcia, 22/04/2008)*

### **2.4.3 Aplicación de pena definitiva: causas especiales del aumento (mayorantes) y de disminución (minorantes)**

Fue posible percibir a través de la investigación que, a medida que el proceso de aplicación de pena se va acercando a la cuantificación final, empiezan a disminuir los temas de confronto y las fallas. Los investigadores comprenden que este hecho demuestra y aporta más elementos para comprender el problema que las tipificaciones abiertas producen en la vida cotidiana de los operadores del derecho, con efectos directos sobre las personas que responden a procesos penales.

Entre los principales debates evaluados se destacan: a) cuantificación de tentativa; b) cuantificación y el reconocimiento de la continuidad delictiva o concurso material; y (c) (des) proporcionalidad del párrafo 4º, art. 155 del Código Penal.

#### **2.4.3.1 Cuantificación de la minorante del intento**

El 5º Turno del STJ en dos casos examinó la cuestión de la cantidad de pena a ser aplicado en el caso de causa especial de reducción de pena de intento (STJ – 5º Turno – Recurso Especial 564858/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. en 08/04/2008; y STJ – 5º Turno Recurso Especial 870630/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, J. en 26/02/2008). Constituye, incluso, una cuestión fundamental en los casos de mayorantes o minorantes variables.

Dos importantes preguntas son discutidas: exposición del motivo de reducción mínima y la graduación de cantidad de pena.

En el primer caso se nota definición sobre la necesidad de fundamentación en la fase final de aplicación de la pena. Así, en niveles mínimos de reducción o máximos de aumento es esencial la demostración de motivos.

El segundo debate es la consolidación de entendimiento jurisprudencial y doctrinario, vinculando mayor o menor aumento o reducción a la proximidad de la lesión al bien jurídico tutelado. Como el fundamento de la punición del crimen intentado es el riesgo de daños al bien jurídico, la graduación de pena estará vinculada al grado de probabilidad de lesión.

#### **2.4.3.2 Criterio de aplicación y de pena de crimen continuado**

Respecto al crimen continuado, dos temas se discutieron en fallos específicos juzgados por el 5° Turno del STJ: a) la aplicación o no de la regla del art. 71 del Código Penal en los casos de concurso entre violación y atentado violento al pudor; b) criterios de aumento del mayorante de mayor variabilidad existente en la legislación nacional - aumento de 1/6 y 2/3 cuando la variación común es de 1/3 y 2/3.

01. En el primer caso de delitos sexuales, el 5° Turno admitió la inexistencia de crimen continuado y ha aplicado la regla de concurso material, imponiendo dos penas, una por cada imputación (STJ - 5 Turno – Agravio Regimental en Recurso Especial n° 984.726/RS, Rel. Min. Napoleón Nunes Maia Filho, f. 03/06/08).

02. En este caso, el debate no es sobre la posibilidad de configurar continuidad en el caso de crímenes contra la vida, pero sobre el quantum de aplicación: STJ – 5° Turno - Hábeas Corpus n.º 87.676/RJ, Rel. Min. Feliz Fischer, f. 04/03/08.

El 5° Turno del STJ añadió, en la decisión, el criterio del número de delitos - divulgado ampliamente -, el grado de culpabilidad (sentido amplio) averiguado en la primera fase de la aplicación de la pena (art. 59, caput, Código Penal).

#### **2.4.3.3 El debate sobre la proporcionalidad del párrafo 4, art. 155 del Código Penal**

01. Igualmente tematizado por el TJRS, la jurisprudencia de algunas Cámaras de la Corte de Rio Grande do Sul ha confrontado criterios de mayoración de pena en los delitos de hurto y robo, desde el criterio de la proporcionalidad de penas establecido en la Constitución y el Código Penal.

El Código establece en su art. 155, pena de 01 a 04 años de reclusión y multa. No obstante, impone pena de dos a ocho años y multa, si el delito es cometido: I - con destrucción o ruptura de obstáculo de sustracción de la cosa; II - con abuso de confianza, o por fraude, escalada o destreza; III - con empleo de llave falsa; IV - por concurso de dos o más personas (art. 155, Párrafo 4°, Código Penal).

Para regular el crimen del robo, el art. 157 fija pena de reclusión de 04 a 10 años y multa, previendo aumento de un tercio hasta la mitad en los siguientes casos: I - si la violencia o amenaza es ejercida con empleo de armas; II - si existe el concurso de dos o más personas; III - si la víctima está en servicio de transporte de valores y el agente conoce dicha circunstancia; IV - si la sustracción es de vehículo automotor que será transportado a otro Estado o al exterior; V - si el agente mantiene la víctima en su poder, restringiendo su libertad.



De esta forma, el entendimiento discutido en el STF y en el TSJ es si no sería posible, por tratarse de conductas similares contra el mismo bien jurídico, de mayoración distinta de las sanciones para las mismas circunstancias especiales de aumento.

02. El STF, en varias decisiones, entiende como inadmisibles los argumentos de la falta de proporcionalidad entre las sanciones de los tipos penales, entendiéndolos como admisibles aumentos dispares: STF, 2°. Turno, Hábeas Corpus n.º 94362-4/RS, Min. Eros Grau, 13/05/2008; y STF, 2°. Turno, Hábeas Corpus n.º 92926-5/RS, Min. Ellen Gracie, 27/05/2008.

El último fallo - que también realiza un amplio debate sobre la cuestión de la posibilidad de que las circunstancias atenuantes establezcan una pena por debajo del mínimo legal conminado -, se restringe a negar el argumento, remitiendo la justificación a la opción político-legislativa.

No hay apreciación, sin embargo, si hubo efectivamente recepción constitucional de dispositivos en cuestión.

#### **2.4.3.4 Motivo del valor social, intensidad de emoción y provocación de la víctima: criterio de disminución de pena**

01. El reglamento sobre homicidio por el Código Penal (art. 121) prevé como causa especial la disminución de la pena (minorante), en los casos en que “el operador comete el delito impelido a cuenta de valor social o moral relevante, o bajo el dominio de emoción violenta, luego de la injusta provocación de la víctima”. (Art. 121, §1) En tales circunstancias, el juez puede reducir la sanción de un sexto un tercio de la prevista en el caput (confinamiento de 06 a 20 años).

Con la misma naturaleza de las circunstancias judiciales del art. 59, caput, Código Penal, o parte de las previstos como calificadoras del delito de homicidio (motivo torpe, motivo fútil, medio insidioso o cruel, recurso que haga imposible o dificulte la defensa de la víctima), la minorante se constituye como tipo penal abierto, dejando amplio espacio de discrecionalidad judicial.

02. En el caso juzgado por el STF, los Ministros presentes entendieron el minorante, reconociendo, sin embargo, la reducción mínima, en razón del homicidio haber sido cometido contra esposa adúltera (STF, 2°. Turno, Hábeas Corpus n.º 93242-8/SP, Min. Eros Grau, 26/02/2008).

El Juez de la causa reconoció la minorante, mantenida por el STF, bajo el siguiente argumento: *“el privilegio votado en esta sesión plenaria impone reducción de la sanción en 1/6 consolidando, en ausencia de otras causas modificadoras, pena corporal de 05 (cinco) años de confinamiento. He optado por reducción mínima de pena frente a las circunstancias que acompañaron el anhelo. Efectivamente, decidiendo lavar con sangre su deshonra personal el acusado dejó ver, para todos los efectos, que el contexto no fue ocasional. Por el contrario, fue de por sí decisivamente precipitado – hasta porque no ha presentado prueba contrariando esta inferencia, que, para mí, se opuso al trato más benevolente del escenario. Considérese que el acusado fue al encuentro con la víctima, cobrándole la vida en las cercanías de su residencia. Lo que hizo,*

*según ha alegado, un día después de flagrar a su esposa adúltera con su amante. Para corroborar la preordinación de su ira, es imposible olvidar la descarga del arma que llevó propositalmente y con la cual acribilló el tronco de la víctima. El suyo podrá descontar esa sanción en régimen inicial semiabierto (conforme el artículo 33, §2º, letra b, del Código Penal), en cualquier caso, adecuado para reflexionar sobre la falta de valor de su conducta.*

#### **2.4.3.5 Armas de fuego sin munición y el párrafo 2º, inciso I, art. 157, Código Penal**

En el juzgamiento de Recurso Especial 213.054-SP, en sesión de 24/10/2001, la Tercera Sección del STJ se decidió por retirar el Resumen 174, que enunciaba que “en el crimen de robo, la intimidación con arma de juguete autoriza el aumento de la pena” prevista en el párrafo 2º, inciso I, art. 157, Código Penal. Es decir, el uso de arma no letal operaría la reclasificación de delito de hurto para robo, sin embargo no permitiría la aplicación de mayorante.

Avanzando en esa cuestión, el 5º Turno ha ampliado la negativa de la circunstancia mayorante a los casos de arma sin munición (STJ – 5º Turno - Hábeas Corpus n° 96.388/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/03/08). El precedente es importante en vista de la gran incidencia de casos de esta naturaleza en los Tribunales.

#### **2.4.3.6 Concurso de causas especiales de aumento de pena**

El fallo de referencia que discute la cantidad de aumento en el caso de concurso de mayorantes es bastante completo, con varias tematizaciones sobre la aplicación de la pena: STJ – 5º Turno - Hábeas Corpus n° 91.702/DF, Rel. Min. Miguel Joseph Mussi, f. 27/03/08.

En la decisión el 5ª Turno del STJ anuló la sentencia que había aumentado a la mitad la pena provisoria, en vista del concurso de mayorantes del art. 157, Código Penal. Esa situación imponía, en este caso, la pena de 09 años de reclusión.

En virtud de la fundamentación del quantum de aumento, la anuló parcialmente, imponiendo el mínimo, es decir, un tercio.

En un caso similar, el mismo Turno mantuvo la comprensión de aumento mínimo por no haber sido demostrado ninguna excepcionalidad en el juzgamiento (STJ – 5º Turno - Hábeas Corpus n° 90.497/SP, Rel. Min. Napoleón Nunes Maia Filho, f. 07/02/08).

#### **2.4.4 Cuestiones procesuales: formas de control de la aplicación de la pena en decisión penal**

La investigación permitió detectar importantes directrices en el sentido de densificar el intento de control y cierre de espacios que potenciaron la ruptura con las garantías

fundamentales en la aplicación de la pena por el STF y TSJ - posición no siempre eficaz y mucho menos constante a fin de poder visualizar la política judicial de control de arbitrio, ya que las propias Cortes Superiores incurren en vicios y equívocos señalados.

En la gran mayoría, la tutela del derecho material viene amparada por el avance en las normas procesuales.

#### **2.4.4.1 El deber de justificar la aplicación de la pena**

01. La principal garantía visualizada en la investigación es el sometimiento del proceso de aplicación de la pena al principio de la motivación, en términos del al art. 93, IX de la Constitución. Fue vigente durante un largo período, la idea de que la fundamentación sería suficiente sólo en lo que respecta a los juicios absolutorios y condenatorios, y la cuestión de la pena quedaría aislada en la sentencia, como si fuera un apéndice administrativo, vinculado a la ejecución de acto decisorio jurisdiccional.

Sin embargo, superada esta fase - la jurisdiccionalización de la ejecución de la pena, en la reforma de 1984, tuvo un papel importante en este proceso -, se percibe la consolidación del principio en las Cortes Superiores, a pesar de que muchas veces los propios Tribunales no otorgan a ese principio toda su amplitud posible.

En este sentido se ha manifestado el 6° Turno de TSJ al anular una decisión y establecer nueva aplicación de pena, con valoraciones de circunstancias: STJ – 6° Turno - Hábeas Corpus n° 43.930/RJ - Rel. Ministro Jane Silva (Jueza Convocada del TJ/MG), f. 22/02/2008.

02. Más claramente y señalando hacia la necesidad de fundamentar los juicios sobre la aplicación de la pena en prueba refutable producida en contraposición, dos decisiones del 6° Turno merecen destacarse: TSJ - 6° Turno - Hábeas Corpus n° 54.616 /RJ, Rel. Min. Maria Teresa de Assis Moura, f. 22/04/2008); y STJ 6° Turno - Hábeas Corpus n° 106.491/MG, Rel. Min. Jane Silva, f. 24/06/2008.

En el fallo, además de sostener el deber de motivar, se percibe la prohibición de *bis in idem* (heterólogo): “respecto a las circunstancias del delito, negativamente valoradas por el juez sentenciador, bajo el argumento de que el paciente ha alcanzado a la víctima en área letal – la razón asiste a la noble defensora - teniendo en cuenta que está prohibido al magistrado llevar a cabo esa valoración utilizando elementos propios del tipo, como ocurrió en el presente caso”.

En sentido similar, están las decisiones del 5° Turno del TSJ: TSJ - 5° Turno - Hábeas Corpus n° 96.395/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, f. 11/03/08; y TSJ - 5° Turno -Hábeas Corpus – n° 96.395/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, f. 11/03/08. En sentido idéntico: TSJ – 5° Turno - Hábeas Corpus n° 97.796/SP, Rel. Min. Felix Fischer, f. 27/03/08. ídem: TSJ – 5° Turno - Hábeas Corpus n° 97.348 /SP, Rel. Min. Felix Fischer, f. 17/04/08.

03. El tema de la motivación llega, incluso, vía el principio de proporcionalidad, los criterios de dosificación y cuantificación (cálculo) de la pena (TSJ – 5° Turno - Hábeas Corpus 77.822/ DF, Arnaldo Esteves Lima, f. 09/05/08).

Los fallos son paradigmáticos porque vinculan toda la valoración de la aplicación de la pena a las pruebas producidas, en todas sus etapas, sean circunstancias legales o judiciales, y conjetura, imponiendo su demostración expresa por el juez sobre los cuales los datos fueron idóneos, procesualmente, para amparar la dosificación.

#### **2.4.4.2 Cuestión probatoria: confesión. Fundamentación de juicio condenatorio y no aplicación de atenuante**

Si los tribunales, del punto de vista abstracto, requieren la demostración probatoria de todas las circunstancias que fundamentaron el aumento de pena, redoblada la obligatoriedad cuando valorada negativamente a fundar el juicio condenatorio, por ejemplo, la confesión.

En el caso, al establecer pena provisoria, se reconoció dos factores agravantes (el agente ha cometido el crimen por razones fútiles o torpes, y la utilización de recursos que hayan dificultado o tornado imposible la defensa del ofendido – apartado ‘a’ y ‘c’, inciso II, art. 61 del Código Penal) y una circunstancia atenuante (minoridad - art. 65, I del Código Penal). Resultando equivalentes en la ecuación, no tuvieron efecto para el dimensionamiento de la sentencia.

El Tribunal de origen, frente a la apelación, fue provocado a manifestarse respecto al reconocimiento del atenuante de confesión espontánea. Se entendió que el atenuante había sido reconocido en la sentencia, aunque el razonamiento fue en la dirección opuesta (“la confesión calificada fue efectivamente tomada en cuenta en el caso en cuestión, aunque, la Mma. Dra. Jueza *a quo*, haya referido que doctrinariamente comprendía no haber atenuante de confesión, porque el acusado ofreció versión distinta a la realidad de la prueba, algo que, por supuesto, le daría más beneficios).

Respecto al Hábeas Corpus, el Min. Relator ha demostrado que la sentencia sólo aplicó la atenuante de minoridad, reconociendo la confesión espontánea por haber sido argumento para la condenación – “(...) se observa que la jueza consideró la confesión del acusado, con fines de confirmación de la autoría del crimen, concluyendo que el propio acusado admite su acto, tanto en el interrogatorio a fs. 110/111 como en el interrogatorio realizado en esta sesión plenaria’. (...) Bien, si la jueza ha utilizado la confesión de condenar al acusado por la práctica de lesión corporal de naturaleza gravísima art. 129, Párrafo 2º, Inc. IV, del CP -, no podría haber desconsiderado la circunstancia atenuante referida en la fijación de la sentencia. (...) (STJ – 5º Turno Hábeas – Hábeas Corpus n° 37.150 /RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, f. 21/02/08) .

#### **2.4.5 Aplicación de pena por la Justicia Electoral**

01. La ampliación de la investigación en los Tribunales Electorales, por la razón de que innumerables tipos penales del Código Electoral no establecen un nivel mínimo de pena, no ha sido fructífera.

Un análisis más preciso, según la hipótesis de los investigadores, debe llevarse a cabo con la jurisdicción de primer grado. La limitación de la investigación de los Tribunales a partir de fuentes

electrónicas (sitios web) prescinde de la existencia del banco de datos de origen actualizado, completo, con disponibilidad amplia. En este sentido, se puede afirmar que los principales Tribunales del país tienen esta disponibilidad.

El problema en la justicia Electoral puede ser de dos órdenes, que merecen una investigación posterior, es decir: a) baja incidencia de delitos electorales; b) incompletitud de la base de datos disponibles en la web.

En el TSE, después de pasar las sentencias seleccionadas por todos los filtros descriptos, quedaron 05 fallos referentes a la aplicación de la pena.

02. En el primer caso (TSE, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Agravio de Instrumento 9.065, f. 24/03/2008), hubo imputación del art. 350, Código Electoral (documento particular), que establece pena de confinamiento hasta 03 años y pago de 3 a 10 días-multa si el documento es particular, o sea, no prevé mínimo.

Ocurre que el razonamiento realizado por el Magistrado de primer grado y confirmado por el TRE y TSE fue construido a partir de la fijación genérica de la pena mínima de 01 año del art. 284 del código Electoral, como ocurrió en el juzgado TRE-MG – Recurso Criminal n° 192/2008, Rel. Juez Antonio Romanelli, f. 05/06/08.

Así, la pena-base fue fijada en el mínimo legal (01 años de reclusión y 03 días-multa). En la segunda fase de aplicación de pena el juez singular reconoció atenuante contenido en el art. 65, inciso III, apartado d, Código Penal, dejando, sin embargo, de aplicarla en razón del Resumen 231 del STJ. En la pena definitiva aumentó en 02 meses por la continuidad delictiva, definiéndola en 01 año y 02 meses de confinamiento.

03. En el segundo juzgamiento (TSE, Rel. Min. Antonio Cezar, Peluso, Recurso Especial 28.474, f. 26/02/2008) hubo imputación por crimen del art. 11, inciso III, combinado con el art. 5° de la Ley n° 6.091/74. Frente la existencia de piso legal, el debate fue centralizado en la aplicación de Resumen 231 del STJ y la imposibilidad de que la sanción provisoria esté por debajo del mínimo legal.

04. En Recurso Especial de origen de Mato Grosso (TSE, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Recurso Especial 28.640, f. 17/06/2008), no hay en el informe de la decisión cualquier referencia a los criterios para la aplicación de pena, situación que impidió cualquier análisis.

05. Interesante caso juzgado en Recurso Especial 25.764, cuya imputación fue el crimen previsto en el art. 299, Código Electoral, que establece pena de confinamiento hasta 04 años (TSE, Rel. Min. Antonio Cezar, Peluso, Recurso Especial n. 25764, f. -14/02/2008).

En dicho juzgamiento, aunque no haya más información, la pena-base se aplicó al máximo, motivo por el cual, por la falta de justificación de la opción judicial (motivación), fue anulada.

06. En el Recurso Especial 28.539/08, Rel. Min. Antonio Cezar Peluso, el juicio electoral de primer grado juzgó procedente la solicitud del Ministerio Público y condenó al acusado a 01 (un año) y 08 (8) meses de reclusión, en régimen abierto, reemplazando esa pena por dos restrictivas del derecho. El Tribunal Regional Electoral de Paraná, por mayoría, reformó la sentencia argumentando que: “como la reprobación de conducta es mínima, más allá de aquella ya hecha por el legislador, no se justifica la elevación de la pena-base”.

El objetivo de la apelación fue que el TRE de Paraná admitiera Embargos Infringentes, contra la decisión no unánime, incluso en órgano no fraccionado. El TSE aprobó el Recurso Especial para determinar que el Tribunal reciba, como infringentes, los embargos opuestos. Es decir, el recurso no trata de la pena sino que, como ocurrió en el AI 9.065/08, se encuentra una mención expresa sobre la imposibilidad de elevación de la pena -base cuando es mínima la reprobación de conducta.

07. De lo que se percibió en el análisis de los fallos del TRE y TSE, la lógica de la aplicación de pena, cuando existe un mínimo legal, es transferida, frente al apego de los juzgadores al art. 284, Código Electoral. Innegablemente se percibe en los juzgamientos del Agravio de Instrumento 9.065/08 y del Recurso Especial 28.539/08, en los cuales hay una clara mención al mínimo legal de 01 año.

Respecto al Recurso Especial 25.764, no hay datos para explicar el motivo de por el que la pena-base haya sido aplicada al máximo. Por supuesto no se puede imputar a esta aplicación desproporcionada, la ausencia de mínimo.

### 3. CONCLUSIÓN

En el momento de la revisión final de este informe, en el día 26 de marzo de 2009, por unanimidad (nueve votos), la totalidad del STF confirmó la línea jurisprudencial que impide la fijación provisional por debajo del mínimo legal.

En el Recurso Extraordinario RE 597.270/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, se reconoció la existencia de repercusión general, debiendo ser la decisión aplicada por las otras instancias del Judicial.

En este caso, hubo un Recurso Extraordinario interpuesto por la Defensoría Pública de la Unión en favor del condenado a seis años y ocho meses de reclusión por robo, para mantener la decisión del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, que fijó en cuatro años, seis meses y 20 días de reclusión. Al valorar dos circunstancias atenuantes (confesión espontánea y reparación del daño), consideró razonable aplicar, en esa etapa, la pena por debajo del mínimo, aumentándola posteriormente frente a la existencia de mayorantes. Reformada la decisión en el TSJ, igual se mantuvo ese fallo.

Al exponer sus razones para decidir, el Min. Peluso realizó la siguiente advertencia, en caso de que el Supremo decidiese alterar la comprensión: *“si la Corte se propone modificar esa jurisprudencia, tendría que tomar ciertas precauciones por el riesgo que introduciría al dejar librado a cada juez la definición de la pena para cada crimen”*.

Según el Ministro, cortes constitucionales internacionales han evaluado el tema y, en determinadas circunstancias, comprenden que es razonable aplicar la pena por debajo del mínimo legal, siempre que no se violen los principios de individualización de la pena y del debido proceso legal. Destaca, además, el reportaje, en el que el Ministro Aurelio complementó que la fijación de pena, en Brasil, se rige por el tipo penal que establece piso y techo para condena: "al prevalecer lo que se sostiene en este recurso, tendremos que dar la misma consecuencia a las circunstancias agravantes, a punto de elevar la pena por encima del límite establecido para el tipo [penal]."

La reciente reafirmación del STF a uno de los temas centrales de la investigación consolida una de las conclusiones del grupo de investigadores de que existe una fuerte tendencia de los Tribunales (en prácticamente todos los grados de jurisdicción) a mantener ciertas tendencias de juzgamiento, conformando una tradición jurídica arraigada en el sentido común teórico de los juristas, en diagnóstico preciso de Warat (2004, pp. 27-35), realizado en el período cumbre de la consolidación de la crítica jurídica nacional.

Esta cultura jurídica - por más que se esté en desacuerdo con ella - es esencial para que se pueda establecer parámetros razonablemente viables para cualquier reforma. No es que los proyectos de modificación de la cultura y avance de la ciencia del derecho deberían ser interrumpidos. No obstante, cambios que no observen esta tradición tienden a tornarse estériles e ineficaces,

cuando no producen efectos perversos, como fue el cambio legal en el sistema de sanciones con la Ley 9.714/98 (Ley de Penas Alternativas).

En este sentido, la investigación puede presentar algunas conclusiones acerca de los objetivos establecidos, que son, evaluar los criterios para la aplicación de la pena en Brasil y el significado de la penalización mínima. De igual forma: verificar las alternativas de control de la actividad judicial, inmersa en la cultura punitivista, y la experiencia de derecho comparado.

01. Desde el marco constitucional, no hay ningún obstáculo respecto a la posibilidad de la exclusión de marcos mínimos de penas privativas de la libertad en Brasil. El proyecto sería adecuado a los principios de la proporcionalidad, la individualización y personalidad de penas, sistematizado por la legislación ordinaria. Hay, en efecto, experiencia legal en este sentido (Código Electoral, al tratar de crímenes electorales).

02. Desde el punto de vista teórico, está plenamente justificada la ausencia de límites mínimos. No obstante, prescindiría de una amplia reforma en el marco general de sanciones, incluida la disminución en la cantidad máxima impuesta por Código Penal.

03. Desde el punto de vista político-criminal, la exclusión de los límites mínimos es adecuada al proyecto penal *welfare* (Garland), en el cual los jueces poseen un alto poder discrecional en el momento de aplicación de la pena y los técnicos de la ejecución penal (criminólogos) gran capacidad de modificación de la cantidad y calidad de pena aplicada judicialmente.

La investigación en los Tribunales y en la literatura nacional permitió confrontar el proyecto con el cotidiano de la cultura jurídica nacional, cuyos diagnósticos reflejan cierta tensión respecto a la idea político criminal de indeterminación de pena en su piso.

04. Hay, en la metodología para la aplicación de pena, la posibilidad de aplicarla por debajo del mínimo. Las barreras establecidas por la jurisprudencia - no existe ningún obstáculo legal – impiden ultrapasar el mínimo en las dos primeras etapas del sistema de cuantificación de penas (art. 59, II c/c art. 68, Código Penal).

05. A pesar de esta posibilidad, en el universo de la investigación, los casos de aplicación por debajo del mínimo fueron prácticamente inexpressivos (8.02% - gráfico 03), principalmente en casos de delitos tentados (art. 14, II, del Código Penal).

06. La resistencia principal a la aplicación de la pena-base –debate prácticamente no existe, y no hubo ningún caso de fijación por debajo del mínimo en la primera etapa -, y de la pena provisoria por debajo de los pisos establecidos, es resultado de la construcción pretoriana (Resumen 231, TSJ), consolidada en la cultura nacional.

07. Cambio de primer orden, a corto plazo y con gran impacto sobre los niveles de punibilidad, y que permitiría testear y alterar gradualmente en la tradición jurídico-penal brasileña, no requiere de ninguna forma de proyecto legal. El trabajo de construcción de argumentos, no necesitaría ser realizado junto al Legislativo sino en el Judicial, siendo igualmente político, lo que permitiría por ejemplo revocar el Resumen 231 – en la historia reciente ha habido cambios profundos en los niveles de punibilidad con la revocación de resúmenes que perduraron por largo período, especialmente los que tratan de la ejecución anticipada de la pena (Resumen 267, STJ) y aplicación de mayorante ‘empleo de arma’ en casos de robo cometidos con arma de juguete (Resumen 174, STJ); por otra lado, fueron aprobados guías que permitieron disminuir los vicios de *bis in idem* como, por ejemplo, Resumen 718, STF



(la opinión del juzgador sobre la gravedad en abstracto del crimen no es motivación idónea para la imposición del régimen más estricto que el permitido según la pena aplicada).

Respecto a los grandes proyectos de reforma en el sistema de sanciones, las experiencias recientes - no sólo de las Leyes n° 9.099/95 y 9.714/98, sino que, incluso, de las reformas en el Código de Proceso Penal - permiten esbozar algunos diagnósticos y pronósticos.

08. El actual cuadro de penas en Brasil sufre profunda asistematicidad en todos los niveles: penas conminadas legalmente, criterios judiciales de aplicación y forma judicial-administrativa de ejecución. El problema es generado por la ausencia de reforma general que adecuase proporcionalmente las sanciones. Así, el mantenimiento de la parte especial, mutilada por reformas ocasionales y en la mayoría de las veces populista, la gradual decodificación y el cambio metodológico de la parte general con la Ley 9.714/98, ha creado muy complejo sistema y abierto a la punibilidad judicial.

09. El esfuerzo legislativo, por lo tanto, sería de recodificación, objetivando un nuevo Código Penal, en consonancia con la línea de trabajo de la actual Comisión del nuevo Código de Proceso Penal.

10. La existencia de una Comisión para redactar el nuevo Código de Proceso Penal, poco después de la aprobación de numerosas reformas en el proceso, presenta los equívocos de las reformas parciales. En el ámbito de las penas, proyecta la necesidad de reforma general en la estructura de penas, especialmente en los crímenes en especie y en legislación ordinaria, para que existan criterios mínimos de proporcionalidad.

Como se ha demostrado anteriormente, el actual cuadro de penas, inmerso en un complejo y asistemático modelo, genera un fenómeno preocupante, sobretudo en relación con la falta de criterios mínimamente claros sobre la aplicación de la pena, situación esa que, en la actual coyuntura político-criminal, potencia la punibilidad.

En el análisis de los fallos fue posible percibir lo enredado que están los aplicadores de derecho, perdidos en conceptos vagos, lagunosos, contradicciones legales y fórmulas jurisprudenciales. La falta de criterios mínimos que permita al juzgador realizar, de forma razonable y proporcional, la individualización de la pena - como, por ejemplo, descifrar el significado de las circunstancias judiciales, para diferenciar las circunstancias y los elementos del tipo, para diferenciar el contenido de circunstancias judiciales y legales que, para distinguir argumentos condenatorios y valoración de reprobabilidad, para concretar las circunstancias y vincular la aplicación de pena a las pruebas producidas en la instrucción procesual, para cuantificar el peso de las circunstancias en la dosificación de pena - alienta el descontrol de este momento crucial de la incidencia del sistema punitivo en la sociedad, produciendo numerosas lesiones en los derechos individuales expuestos en el análisis de investigación empírica - violación de los principios de fundamentación de decisiones, en el *bis in idem*, del *contradictorio*, de la legalidad, de la libre apreciación de la prueba, de isonomía y secularización.

Sin embargo, es necesario referir nuevamente que la crítica no se dirige exclusivamente al Poder Judicial. La investigación cualitativa muestra, incluso, que normalmente el propio Judicial interviene en la corrección de las violaciones enumeradas, revelando distintos grados de punibilidad

entre las esferas. Sin embargo, como también se percibe, el respeto sacramental a la tradición jurisprudencial también produce efectos negativos que deben ser enfrentados.

En términos político-criminales, con el objetivo de reducción de los daños de la punibilidad y disminución de encarcelamiento, se entiende que una eventual reforma (parcial o global) en el sistema de aplicación de sanciones debería primar por algunos valores.

11. Para aplicar la reforma en el sistema de aplicación de sanciones es imprescindible mejorar la técnica legislativa, con redacción clara, objetiva y una demostración exhaustiva de los criterios de valoración de reprobación personal por el ilícito.

12. En relación con la graduación (cálculo) de la pena, una técnica intermediaria sería utilizar la metodología prevista por el Código Electoral, que es, en razón de no estar fijado el mínimo, establecer mínimo común a todos los crímenes y criterios específicos de cuantificación de agravantes y atenuantes – algo que permitiría, incluso, rediscutir el Resumen 231 del STJ.

13. Así, para utilizar experiencias existentes y no olvidar nuestro presente, es interesante la posibilidad de retomar proyectos que se presentaron y anticipan en mucho las conclusiones presentadas, especialmente el Proyecto Reale Jr. Como se señaló en otro momento (CARVALHO & CARVALHO, 2008, p. 78), El proyecto Reale Jr. llegó a alcanzar puntos efectivamente problemáticos de nuestro sistema, disminuyendo la apertura de las normas de aplicación de pena, que en la investigación, resultó ser las principales potenciadoras de la punibilidad. 14. En la nueva redacción propuesta del art. 59, caput, del Código Penal, están excluidas las circunstancias personalidad y conducta social (reemplazadas por ‘condiciones personales del acusado’), y se incrementa la circunstancia de co-culpabilidad ‘oportunidades sociales ofrecidas’ y existe el desplazamiento, para la primera fase, del agravante de reincidencia. In verbis: *“el juez, dada la culpabilidad, antecedentes, recurrencia y condiciones personales del acusado, así como oportunidades sociales ofrecidas al mismo, a los motivos, circunstancias y consecuencias del crimen y al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea necesario y suficiente para la individualización de la pena”*.

15. En nuestro sistema, como se ha constatado, en las circunstancias personalidad y conducta social proliferan innumerables contradicciones e indeterminaciones. De igual forma, también se extiende la cantidad de penas el agravante de reincidencia. La alteración propuesta indica soluciones interesantes que merecen ser discutidas. Incluso porque en la exposición de motivos se justifica la exclusión de personalidad y conducta social a partir de la percepción de que es imposible demostrar y refutar empíricamente, situación que ofende al principio del contradictorio.

Además, se sostiene que cualquier reforma en el sistema debería prescindir no sólo de las investigaciones académicas y de diálogo con los operadores, sino de laboratorios de testeo empírico.

16. Por lo tanto es procedente, en el ámbito de las reformas legislativas, la creación de instrumentos de estudio del impacto político-criminal (CARVALHO, 2008, p. 08) como forma de proyectar eventuales efectos perversos y crear las condiciones para la aplicación de buenas prácticas. En relación a la exclusión de la pena mínima, por ejemplo, aunque sea la propuesta justificada conceptual y teóricamente, desde el punto de vista de la aplicación judicial del derecho puede ampliar aún más los enormes espacios de indefinición que producen, diariamente, lesiones a los derechos

de los imputados. Aunque aparentemente indique disminución en los niveles de punición, la ausencia de criterios mínimos, sin una amplia alteración en todo el sistema de penas, puede producir efectos adversos. Así pues, además de los análisis de laboratorio, el testeo empírico se torna muy saludable en el marco político-criminal y carcelario brasileño.

La investigación en derecho comparado nos permitió evaluar los problemas de las reformas impactantes sin observación de la cultura jurídica nacional - v. g. la reforma francesa tras excluir la penalización mínima regresó al antiguo sistema; la experiencia americana para el establecimiento de límites, pero con el establecimiento de criterios estrictos auxiliares a la labor de los jueces (*guidelines*); la moderación y el cambio gradual del sistema penal lusitano.

Por último, se entiende que cualquier reforma, por menos impactante que sea, debe crear las condiciones de aplicabilidad y reducir al máximo, dentro de los límites de lo posible, riesgos y efectos perversos, a fin de dar vida, efectivamente, al texto constitucional y salvaguardar los derechos humanos de las personas.

## REFERENCIAS

- AEBI, Marcelo; STADNIC, Natalia. Imprisonment Rates in Europe. Newsletter of the European Society of Criminology, Vol 6 (2), 2007.
- ALMEIDA, Maria Rosa Crucho. Reflexos da Reforma do Código Penal nas Penas Aplicadas: Análise Estatística do Quadriênio 1994-1997. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 9. Jan-Mar, 1999.
- AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006. Brasília: AMB, 2006.
- ASHWORTH, Andrew. Sentencing. In The Oxford Handbook of Criminology 4th Ed. Oxford: Oxford Press, 2008.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BRENNAN, Pauline K. & SPOHN, Cassia Empirical Research on the Impact of Sentencing Reforms: Recent Studies of State and Federal Sentencing Innovations. In Journal of Contemporary Criminal Justice, 2008 (24).
- BRUM, Nilo Bairros. Requisitos Retóricos da Sentença Penal. São Paulo: RT, 1980.
- CARVALHO, Amilton Bueno. Teoria e Prática do Direito Alternativo. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- CARVALHO, Salo de & CARVALHO, Amilton Bueno. Aplicação da Pena e Garantismo. 4. ed. RJ: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. In Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 193, dez. 2008.
- CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. 3. ed. RJ: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO & RUDNICKI, Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente, p. 324/25).
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Questões Penais. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COLLAÇO, Rodrigo. Desenvolvimento: uma Questão de Justiça in AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006. Brasília: AMB, 2006.

COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DAEMS, Tom. Engaging with Penal Populism: the case of France. Punishment & Society, Vol 9 (3), 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os Grandes Sistemas de Política Criminal. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: as Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

FAYET, Ney. A Sentença Criminal e suas Nulidades. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GARLAND, David. The Culture of Control: crime social order in contemporary society. Chicago University of Chicago Press, 2001.

GENINET, Béatrice. L'indispensable du Droit Penal. Paris: Studyrama, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 1997.

HIRSCH, Andrew Von. The Future of the Proportionate Sentence. In COHEN, Stanley & BOLMBERG, Thomas (Eds). Punishment and Social Control. New York: Aldine de Gruyter, 2007.

IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Visões de Política Criminal entre Operadores da Justiça Criminal de São Paulo: Relatório de Pesquisa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. & IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo. São Paulo: RT/IBCCrim, 2000.

- KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais (06). São Paulo: RT, 1994.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. Direitos Humanos do Preso. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal: Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996 (volume 01).
- MAILLARD, Jacques de; ROCHÉ, Sebastian. Crime and Justice in France: time trends, policies and political debate. In European Journal of Criminology, Vol 1 (1), 2004.
- PARENT, Dale G. Structuring Criminal Sentences: The Evolution of Minnesota's Sentencing Guidelines. Stoneham: Butterworth Legal Publishers, 1988.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva. Rever o Código Penal: Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais. Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei nº 92/VI. In Sub Judice: Justiça e Sociedade. Código Penal: os Anos da Reforma. Janeiro/junho, out, 1996.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. Processo Penal Norte-americano. São Paulo: RT, 2006.
- RAKOFF, Jed S. & SACK, Jonathan S. (eds.). Federal Corporate Sentencing: Compliance and Mitigation. Revised Edition. New York: Law Journal Press, 2008.
- REALE Jr., Miguel. Mens Legis Insana, Corpo Estranho. In REALE Jr., Miguel et all. Penas Restritivas de Direitos. São Paulo: RT, 1999.
- REALE Jr., Miguel. (et. aili). Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Sistema Punitivo Português: Principais Alterações no Código Penal Revisto. In Sub Judice: Justiça e Sociedade. Código Penal: os Anos da Reforma. Janeiro / junho, out, 1996.
- ROBERT, Jacques-Henri. Droit Penal General. 5. ed. Paris: PUF, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SCHECAIRA, Sérgio. Cálculo da Pena e Dever de Motivar. In SCHECAIRA, Sérgio S. & CORRÊA Jr., Alceu. Teoria da Pena. São Paulo: RT, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Plenário Confirma Jurisprudência que Impede Fixação da Pena Abaixo do Mínimo Legal, in [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 26/03/2009.

STRECK, Lênio. Tribunal do Júri. 3. ed. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

WACQUANT, Loic. The Great Penal Leap: Backward Incarceration in América from Nixon to Clinton. In *The Punitive Trends, Part I: The New Punitiveness*, 2000.

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comun Teórico dos Juristas. In WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito II*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981 (volumes 03 e 05).

\_\_\_\_\_. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. In: BUSTAMANTE, Ricardo

& TUBENCHLAK, James (coords.). Livro de Estudos Jurídicos (06). Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

\_\_\_\_\_. Sistemas Penales y Derechos Humanos. Buenos Aires: Depalma, 1986.