

# AS PESQUISAS SOBRE O “SENTENCING”: Disparidade, punição e vocabulários de motivos<sup>1</sup> // *Mariana Raupp*<sup>2</sup>

## Palavras-chave:

Produção decisória / disparidade / justiça criminal / punição.

////////////////////////////////////

## Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **As pesquisas sobre o sentencing: da busca pelos determinantes da decisão à compreensão da ação dos atores**
- 3 **As pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil: a (in) eficiência da justiça criminal em foco**
- 4 **Observando a disparidade das sentenças de outra maneira: o sentencing e o seu vocabulário de motivos**
- 5 **Considerações finais**
- 6 **Referências**

## Resumo<sup>1</sup>

O presente artigo propõe-se a traçar um panorama das pesquisas empíricas, estrangeiras e nacionais, sobre o processo de determinação da pena pela justiça criminal, o “sentencing”. Apontamos a trajetória desse campo, suas principais conclusões, bem como os pontos cegos de tais estudos. O objetivo é descrever os caminhos desse conjunto de pesquisas de modo a mostrar como os mesmos nos possibilitam refletir sobre a problemática do padrão de funcionamento desigual da justiça criminal apontado não somente por muitos estudos, mas também pelo imaginário social sobre a justiça criminal. A partir do levantamento da literatura sobre o tema, bem como da análise dos principais trabalhos apontados, propomos uma requalificação do problema da disparidade das sentenças criminais, bem como indicamos um novo objeto a ser explorado e, assim, para novas possibilidades de pesquisa empírica sobre o sentencing.

1 O presente artigo é uma versão atualizada de uma parte da minha dissertação de mestrado *O seletto mundo da justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas*, defendida em 18.10.2005 no Programa de Pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Sérgio Adorno e com o financiamento do CNPq (Ver Raupp, 2009). Tal temática foi resgatada aqui com o objetivo de dialogar com minha problemática de pesquisa atual, qual seja, as possibilidades e as dificuldades de construir políticas criminais que não reproduzem o “mecanismo de exclusão social” (Hulsman et de Celis, 1982, p. 98) que caracteriza o direito criminal desde sua formação. Como parte dessa problemática, interesse-me igualmente pela maneira como as ciências sociais observam o direito criminal e como por vezes tal observação pode contribuir na substancialização de uma determinada maneira de se conceber a intervenção do direito criminal. Para um exemplo de tal abordagem, ver Raupp (2013). A reflexão proposta aqui refere-se também, assim, ainda que de forma parcial, à minha pesquisa de doutorado desenvolvida no Departamento de Criminologia da Universidade de Ottawa (Canadá) sob a orientação do Prof. Álvaro P. Pires e com o financiamento da CAPES. Além de agradecer meus dois orientadores mencionados acima, agradeço os preciosos comentários e pertinentes sugestões dos dois pareceristas anônimos da Revista.

2 Professora do Programa de Criminologia na École de Service Social da Université Laval, Canadá.

Contato: mariana.raupp@svs.ulaval.ca

## **RESEARCH ON SENTENCING:** Disparity, punishment and vocabularies of motives // *Mariana Raupp*

### **Keywords**

epistemology / positivism / legal science / legal discourse / legal field / Social Theory

////////////////////////////////////

### **Abstract**

This article aims to present an overview of international and national empirical studies on sentencing. We aim to show this field's trajectory, its main discussions and findings as well as its "blind spots". The main goal of this article is to draw attention to how this field of research allows us to think about the problem of the disparity on sentencing as a criminal justice operation pattern. This problem has been identified by many studies, but also by the social representation of the criminal justice. From a literature review on sentencing and an analysis of the main studies identified, this article proposes a new direction to understand the problem of disparity on sentencing in criminal justice and indicates a new subject to be explored as well as new empirical research possibilities on sentencing.

## 1 Introdução

Sabe-se que a justiça criminal brasileira, bem como as demais instituições encarregadas da repressão criminal, vive um momento de descrença perante a opinião pública. Em grande medida, essa descrença está relacionada a um sentimento de que a justiça criminal opera fazendo escolhas, seja quanto ao crime a ser investigado e punido - recaindo a punição sobre determinados tipos de crime em detrimento de outros -, seja quanto aos próprios acusados de cometerem uma infração às leis penais (Cf. Oliveira, Ramos e Cunha, 2014, p. 111; Cardia, 1999, p. 53).

As explicações para esse fenômeno já foram apontadas por diversos autores. Trata-se da própria estrutura do sistema de justiça criminal, formada por “subsistemas frouxamente integrados” (Coelho, 1986); da convivência, no mesmo sistema, de princípios completamente opostos: o inquisitorial, na fase policial, e o acusatorial, na fase judicial (Kant de Lima, 1989); ou, então, do “afunilamento” que caracteriza a pirâmide de litigiosidade do fluxo do sistema de justiça criminal: uma base ampla, representativa da criminalidade real que não chega totalmente ao conhecimento da polícia, e que se estreita com o passar das fases: boletins de ocorrência que viram inquéritos policiais, os quais, por sua vez, viram processos, que serão julgados, encontrando-se no ápice da pirâmide (Santos, 1996). Nesse contexto de um sistema de justiça criminal ambíguo, fragmentado e “afunilado”, há suspeitas de disparidades no desfecho final da justiça criminal.

Todavia, a julgar pela enorme quantidade de pesquisas realizadas sobre o processo de determinação da pena, sobretudo na América do Norte, que se interrogam sobre a disparidade das decisões da justiça criminal, vemos que essa não é uma particularidade da justiça criminal brasileira. Tais pesquisas sobre o *sentencing* buscam entender o processo de determinação da pena, identificando os fatores levados em consideração pelos tribunais que consistiriam na gestão diferenciada da punição (Foucault, 1975). Desta maneira, os estudos sobre o desfecho do processo criminal podem contribuir para a compreensão da justiça criminal e o seu papel numa sociedade que se pretende democrática, pois procuram identificar

quais são os fatores legais (previstos na lei) e os extralegais (cor, condição socioeconômica, gênero, entre outros) que fundamentam as decisões judiciais.

O presente artigo propõe-se a traçar um panorama sobre referidas pesquisas destacando assim sua trajetória e seu desenvolvimento, bem como apontar seus limites e novas possibilidades. Não se trata de uma revisão exaustiva de todos os estudos até então realizados, pois existe uma quantidade infindável de produção científica neste domínio (Vanhamme e Beyens, 2007, p. 199). O objetivo é apontar os caminhos e os avanços conseguidos por este conjunto de pesquisas de modo a mostrar como elas nos possibilitam refletir a problemática da disparidade das sentenças criminais apontada não somente por muitos estudos, mas também pelo imaginário social sobre a justiça criminal. Por isso trabalharemos, sobretudo, com revisões da literatura, pois estas apontam as tendências deste campo de pesquisa e selecionaremos assim os principais estudos realizados. Ao fazê-lo, propomos uma requalificação do problema da disparidade das sentenças criminais, bem como apontamos para um novo objeto a ser explorado e, assim, indicamos novas problemáticas e novas possibilidades de pesquisa sobre o *sentencing*.

Primeiramente, vamos expor a trajetória que os estudos sobre o *sentencing* tomaram até o momento na literatura estrangeira, apontando as constâncias nas pesquisas e os principais debates levantados. Em seguida, já no plano nacional, enfocaremos um tipo específico de estudos sobre o *sentencing* para ilustrar o ponto cego que tais pesquisas apresentam. Tratam-se dos estudos sobre o fluxo do sistema de justiça criminal que buscam medir sua capacidade de “processar e punir crimes e criminosos” (Vargas, 2014, p. 420). A partir da identificação dos limites das pesquisas sobre o *sentencing*, proporemos uma reformulação da questão da disparidade das sentenças e da influência de fatores extralegais no processo decisório. O tema da disparidade nos conduz, desta maneira, como mostraremos, à compreensão dos mecanismos internos a essa justiça que possibilitam a variação na determinação da pena. Explorando essa ideia, o presente artigo apresentará um aspecto do processo do *sentencing* que parece ser negligenciado.

ciado pelas pesquisas em geral e que diz respeito às justificativas oficiais apresentadas nas decisões no momento da escolha da pena. Assim, pretendemos contribuir na compreensão da punitividade do direito criminal e de sua justiça, de forma a abrir horizontes para repensar outras possibilidades empíricas de pesquisas na área.

## **2 As pesquisas sobre o *sentencing*: da busca pelos determinantes da decisão à compreensão da ação dos atores**

As pesquisas sobre o processo de julgamento da justiça criminal, o *sentencing*, conforme apontaram Pires e Landreville (1985), em importante revisão bibliográfica sobre o tema, emergiram para identificar quais fatores influenciariam o processo de decisão judicial. O termo *sentencing*, como explicam Pires e Landreville, procura abranger todas as etapas do processo de julgamento na justiça criminal com relação à sanção penal, seja quanto ao desfecho (absolvição ou condenação), seja quanto ao tipo de sanção (prisão, multa, prestação de serviço à comunidade, etc.), seja quanto à quantidade da pena (Pires e Landreville, 1985, p. 83). Assim, o conceito é mais abrangente do que “determinação da pena” e mais específico do que “decisões judiciais”.

Em revisão dos estudos de *sentencing* realizados nos Estados Unidos de 1919 a 1985, Pires e Landreville (1985, p. 86) identificaram três grandes períodos de evolução deste objeto de pesquisa.

O primeiro período, de 1919 a 1959, caracterizou-se por pesquisas que colocaram em foco os preconceitos dos juízes, buscando compreender o problema da sobre-representação dos negros e, ainda que de forma marginal para essas pesquisas, dos pobres nas estatísticas criminais. Este período não se caracterizou por algum debate teórico e foi marcado por “pesquisas sem filiação”. Tais pesquisas confirmaram a existência de discriminação racial e de classe no *sentencing* e ressaltaram o caráter parcial da justiça. Os principais estudos foram os de Thorsten Sellin (1928 e 1935), de Elmer H. Johnson (1957), entre outros.

O segundo período, de 1960 a 1974, caracterizou-

-se, primeiramente, pela multiplicação do número de pesquisas, em parte devido ao debate da época sobre a abolição da pena de morte, motivando os estudos sobre o caráter discriminatório da aplicação dessa pena em especial. Essas pesquisas isolavam predominantemente a variável “classe social”. Os debates concentraram-se nos resultados das pesquisas, sendo em sua maioria de natureza metodológica. Alguns estudos já apontavam que a discriminação estava presente nas várias instâncias de decisões, na polícia, nos promotores públicos etc., o que gerava um efeito cumulativo difícil de ser apreendido por meio das estatísticas disponíveis.

O terceiro período, de 1975 a 1985, caracterizou-se pela polarização entre linhas de pesquisa. De um lado, havia estudos que apontavam a preponderância de fatores extralegais (como cor, classe, entre outros) no desfecho processual. De outro, havia pesquisas que negavam esta hipótese e afirmavam que as variáveis mais influentes na decisão eram legais, previstas nas leis (como gravidade do crime, reincidência, entre outras).

O estudo emblemático desta polarização é o realizado por Chiricos e Waldo (1975). O debate iniciado por tal estudo é bastante ilustrativo do tipo de discussão em voga nesse período, caracterizada por uma preocupação empírica e metodológica. Chiricos e Waldo (1975), seguindo o estilo clássico de pesquisas de verificação de hipóteses (regressão multivariada), propunham-se verificar empiricamente uma das questões mais importantes da “perspectiva do conflito” na teoria criminológica: “quando sanções são impostas, as mais severas são impostas para pessoas da classe social mais baixa” (1975, p. 753, nossa tradução). O argumento principal de Chiricos e Waldo é basicamente de ordem metodológica: os estudos empíricos que demonstravam a relação existente entre condição socioeconômica dos acusados e a severidade da pena apresentavam falhas, quer com relação aos indicadores socioeconômicos utilizados, quer por considerarem somente quem era de fato punido, quer por se concentrarem em apenas um tipo de crime em especial. Com tal justificativa, os autores analisaram um conjunto de dezessete crimes em três estados norte-americanos, utilizando como variáveis

para caracterizar o status socioeconômico a renda, o nível educacional e a ocupação do acusado, e como demais variáveis a cor, a reincidência, a idade, o lugar da jurisdição (se zona rural ou urbana), entre outras. Ao fim, Chiricos e Waldo concluem que a influência da condição socioeconômica era apenas contingencial, interferindo somente em algumas situações. Assim, para os mencionados autores, o status socioeconômico dos condenados não se relacionava com a severidade da sanção imposta.

As críticas a esse estudo deixam clara a polarização mencionada acima. Hopkins (1977, p. 177) apontou que a principal falha da pesquisa de Chiricos e Waldo foi não considerar as atividades ilegais próprias das classes média e alta, como crimes do colarinho branco, sonegação de imposto, violação das leis contra poluição, propaganda enganosa, entre outros.

A crítica de Reasons (1977, p. 180), por sua vez, consistiu em ressaltar a incompatibilidade entre a teoria que Chiricos e Waldo queriam verificar (a perspectiva do conflito) e a metodologia utilizada, baseada numa perspectiva funcionalista. Segundo os autores, perspectivas teóricas diferentes ensejam metodologias diferentes. A perspectiva do conflito, de inspiração marxista e baseada num modelo histórico de análise, não poderia ser testada a partir de uma metodologia de inspiração funcionalista, baseada num modelo de ciência natural e de causalidade múltipla. Essa suposta incompatibilidade, na visão dos citados autores, faz com que a pesquisa empírica de Chiricos e Waldo apresente problemas, como o de considerar apenas um tipo de pena - a prisão -, e não outros tipos de pena existentes também, o que já é responsável por um recorte no universo empírico da pesquisa. Desta maneira, a pesquisa restringiu sua diversidade e acabou por eliminar a própria variável classe social ao abranger somente uma parcela da população, a classe mais baixa.

Por seu turno, Greenberg (1977, p. 175) apontou algumas omissões que favoreceram o resultado final da pesquisa, especialmente o fato de não considerar outras variáveis, como o status da vítima, e não contextualizar o período histórico da pesquisa (1969 - 1973), marcado por mudanças nos Estados Unidos

que poderiam tender a reduzir as disparidades de classes no *sentencing*, em função do crescimento do poder político dos negros e do movimento pelos direitos civis. Além desse argumento, Greenberg ressaltou que teoricamente não é inerente à perspectiva do conflito assumir que condenados de baixo status socioeconômico sempre estarão em desvantagem nos tribunais. Isso porque, segundo tal perspectiva, a luta e as atividades coletivas dos grupos socialmente desfavoráveis podem gerar poder suficiente para compensar as tradicionais desvantagens e, assim, reverter uma situação inicial adversa.

Pela revisão de Pires e Landreville (1985, p. 100), o que se pode apontar como uma tendência desses estudos de *sentencing* é a busca pela identificação do grau da influência de fatores extralegais no processo de julgamento. Os resultados diversos que estes estudos chegaram também é outro ponto a ser considerado. Ora sugerem que a decisão final é diretamente relacionada à cor do acusado ou da vítima, ora afirmam que esta relação é indireta sendo mediada por outras variáveis legais como reincidência, gravidade do crime, entre outras. Ora apontam que as sentenças são influenciadas pela classe social do acusado, ora dizem demonstrar que o resultado final é independente da classe social do acusado. Nesse sentido, a querela entre Chiricos e Waldo e as respectivas críticas, ilustradas acima, são bastante elucidativas da disparidade dos resultados a que chegaram as pesquisas de *sentencing*, cujo debate é sobretudo de natureza metodológica.

Buscando detectar outros fatores desta disparidade entre as pesquisas, Thomson e Zingraff (1981, p. 870) identificaram cinco variações contextuais existentes nas pesquisas que permitem avaliar a disparidade desses resultados e que funcionariam como armadilhas para os estudos de *sentencing*. A primeira variação é em função das mudanças no período de tempo em que as pesquisas foram realizadas, e reforça a necessidade de levar em consideração o cenário político, econômico e social em que a pesquisa está envolvida. A segunda é em função da jurisdição, pela diferença entre regiões<sup>3</sup>, entre tribunais localizados

3 O autor argumenta que ao falar em discriminação racial nos Estados Unidos é preciso distinguir os tribunais localizados no Sul

em regiões rurais e em regiões urbanas. A terceira refere-se à função do juiz, sendo importante levar em consideração o impacto potencial dos juízes individuais no resultado final da sentença. Por exemplo, a pesquisa precisa considerar a possibilidade de atuação no tribunal observada para um dado juiz progressista. A quarta é em função do tipo de decisão, pois cada pesquisa escolhe uma determinada fase processual, o que dificulta a comparação, e não leva em consideração o caráter processual da decisão judicial; assim, se a discriminação está concentrada nos primeiros estágios do processo, as pesquisas que focam as últimas fases tendem a não encontrar discriminação. E a quinta variação diz respeito à relação entre vítima e acusado, pois se o crime é um fenômeno inter-classes, inter-racial ou mesmo entre pessoas de status similares, não levar em consideração este fator tenderia a ocultar a disparidade da sentença.

No fundo, o que Thomson e Zingraff argumentam é que a pesquisa empírica sobre os determinantes do *sentencing* deve ser sempre contextualizada e nunca buscar um alto grau de generalização, pois os resultados alcançados sempre estarão relacionados a um contexto específico. Assim, concluem que quando a variação contextual é considerada, a discriminação racial é mais ou menos pronunciada (1981, p. 879). Thomson e Zingraff argumentam que, nesse sentido, os estudos que apontam a não existência de discriminação no processo decisório precisam ser revistos e avaliados criticamente (1981, p. 879).

O debate em torno dos fatores que interferem no processo de julgamento é bastante controverso. Seguindo a mesma relativização proposta por Thomson e Zingraff, outros estudos apontam para outros fatores determinantes no processo decisório.

Um exemplo bastante ilustrativo de como essa questão não é resolvida é o estudo de Dixon (1995). Nesse estudo, o autor aponta como problema das perspectivas em disputa a descon sideração do contexto organizacional dos tribunais, ou seja, a variação da burocracia e da tecnologia em cada tribunal considerado pelas pesquisas. Dixon sugere que a burocratização de tecnologias empregadas para organizar o trabalho dos atores nos tribunais modula o resultado do processo de julgamento (1995, p. 1190). Para a autora, nenhuma das teorias conseguiu explicar completamente a variação no processo de julgamento através dos tribunais porque apresentavam sempre como pressuposto que os tribunais operavam com um sistema unitário de *sentencing*, sem realizar uma análise ambiental e, assim, negligenciando as características de um dado tribunal (1995, p. 1164).

A pesquisa empírica de Dixon, além de considerar as variáveis presentes nos outros estudos (como gravidade do crime, cor, reincidência, entre outras), mede o nível de burocratização do tribunal, utilizando como variável a complexidade da divisão do trabalho judicial: se o tribunal em questão opera com somente um juiz responsável assim por uma variedade de casos (baixa complexidade) ou se o tribunal opera com diversos juízes especializados (alta complexidade). Dixon mede igualmente a descentralização do processo de decisão judicial, medida pela presença de apenas um juiz responsável pelo caso (centralizado) ou pela presença de vários juízes designados por tarefas e por etapas processuais (descentralizado). Como resultado final, Dixon (1995, p. 1191) sustentou que em casos processados em tribunais de baixa burocratização judicial (baixa complexidade na divisão do trabalho e baixa descentralização no processo de decisão), a decisão final seria influenciada por fatores legais, e em casos de elevada burocratização judicial, o desfecho final do processo era determinado por fatores legais e também processuais, como o tipo de defesa (privada ou pública) e o tipo de julgamento (decisão sobre o *plea bargaining* ou sobre a sentença ou decisão em outro momento processual).

Enfatizando o contexto organizacional dos tribunais e englobando crimes de outra natureza - os chamados “crime do colarinho branco” -, Hagan, Nagel e Albonetti (1980) realizaram uma pesquisa em dez tribunais federais (distinta das pesquisas mais recorrentes que estudam tribunais estaduais), o que os permitiu, potencialmente, lidar “com crimes de colarinho branco” de acusados de classes mais elevadas, segundo os autores. A opção por não considerar os ditos crimes comuns (roubo, homicídio, furto

daqueles localizados no Norte do país (Thomson e Zingraff, 1981, p. 871).

etc.), sempre utilizados nas pesquisas de *sentencing*, assume a crítica feita por Greenberg, Hopkins e Reasons ao estudo de Chiricos e Waldo, pois parte do pressuposto de que este tipo de criminalidade está relacionado às classes média e alta.

Sendo assim, segundo os autores, acrescentando os “crimes de colarinho branco” nas pesquisas, poderíamos comparar a sentença de diferentes crimes e verificar se há ou não desigualdade na aplicação da punição entre as classes (Hagan, Nagel e Albonetti, 1980, p. 803). Como conclusão, os autores constataram uma relação inversa entre o volume de processos de crimes de colarinho branco existentes nos tribunais e a severidade com o qual eles eram sentenciados. Essa constatação levou os autores a formularem a seguinte hipótese: quanto maior a entrada de um tipo de crime na justiça criminal (maior repressão pela polícia), menor será a severidade da sentença (Hagan, Nagel e Albonetti, 1980, p. 806). Uma justificativa possível levantada para explicar esse comportamento seria a influência da “rotinização” do funcionamento dos tribunais.

A partir dos anos 1970, encontramos pesquisas de inspiração fenomenológica que acrescentam outras preocupações e outras perspectivas ao debate. Influenciadas pela emergência do paradigma da definição social ou da reação social<sup>2</sup> no campo criminológico e preocupadas, assim, com o processo de construção do crime pelas agências formais de controle social, essas pesquisas voltaram-se para as atitudes dos juízes, entendendo a atividade judicante como eminentemente subjetiva. Exemplos destes estudos são os de Hogarth (1971), Hagan (1975) e de Lurigio, Carrol e Stalans (1994). O título do livro de Hogarth é bem ilustrativo desta tendência: “*Sentencing as a human process*”. Utilizando metodologia qualitativa e a técnica de entrevistas, diferente dos estudos tradicionais sobre o *sentencing* marcados pela metodologia quantitativa, essas pesquisas levantam crenças, atitudes e percepções dos juízes em especial e destacam o processo de interpretação dos

4 De acordo com esse paradigma, “[o] desvio não é mais considerado como uma característica da pessoa nem como propriamente um comportamento do delinquente, mas sim como um produto das agências de controle social” (Pires, 1994, p. 31).

fatos e das categorias legais pelos magistrados.

É nesse contexto que o diagnóstico de disparidades na sentença começa a ser observado pela identificação da seleção operada pelos julgadores no processo de tomada de decisão da justiça criminal. Essa preocupação permitirá deslocar a questão da disparidade das sentenças vista como influência de fatores extralegais para a compreensão do funcionamento da justiça criminal a partir de seus próprios mecanismos seletivos. Não se trata mais de identificar os fatores determinantes da decisão. Busca-se compreender a decisão como um processo (Vanhamme e Beyens, 2007, p. 214).

Vanhamme e Beyens (2007, p. 217) propõem, assim, uma classificação das pesquisas sobre o *sentencing* a partir do paradigma epistemológico e da abordagem metodológica nas quais as pesquisas inserem-se. Essas pesquisas caracterizariam-se, segundo as autoras, pela polarização entre duas perspectivas em disputa: uma perspectiva positivista e uma perspectiva compreensiva. Ao passo que a primeira apresenta uma pretensão explicativa, através de metodologia quantitativa e volta-se para o resultado da prática do *sentencing* buscando verificar quais são os fatores que determinam o resultado, a segunda perspectiva mencionada (compreensiva), através de metodologia qualitativa, volta-se para o *sentencing* como um processo de interpretação e interação apontando para a complexidade de tal prática. Enquanto as pesquisas quantitativas identificam os fatores legais (gravidade do crime) e os fatores extralegais (características do acusado, como reincidência, gênero, posição social, origem étnica, etc.) da sentença, as pesquisas qualitativas voltam-se para a figura do juiz e exploram desde suas características sociais e biográficas até o contexto em que ele se insere, como a cultura judiciária, a interdependência das agências penais, bem como as práticas judiciais *in loco*, isto é, as interações dos atores apreendidas por observação direta nas audiências (2007, p. 217).

Vanhamme e Beyens falam de uma busca por modelos de compreensão do *sentencing* que o vêem como uma prática social inserida no contexto da penalidade e da sociedade em geral (2007, p. 214). Assim, de-

fendem as autoras, as pesquisas sobre o *sentencing* “são influenciadas pelas evoluções da sociedade, da penalidade e das teorias/métodos científicos” (2007, p. 199, nossa tradução).

Todavia, é importante destacar que ambas as perspectivas ocupam-se de uma questão comum, e, portanto, uma mesma preocupação: como explicar a disparidade das penas? Como argumentam Vanhamme e Beyens, tal preocupação é fundamentada numa determinada visão de igualdade de todos perante a lei, princípio fundamental do Estado de Direito. Ora, o ideal de igualdade não somente formal, mas também material, é um dos vetores centrais da lógica do Estado Social, argumentam as autoras (2007, p. 200). Assim, não é mero acaso que o auge dessas pesquisas se deu nos anos 1960 e 1970 nos países da América do Norte, bem como na Europa.

Ao inserir as pesquisas de *sentencing* num cenário mais abrangente de mudança da penalidade na modernidade tardia, a revisão de Vanhamme e Beyens (2007) estabelece uma ligação entre a constatação recorrente pelas pesquisas da disparidade nas decisões e as reformas penais que visam exatamente controlar mais essa prática, com o intuito de deixá-la mais previsível e consistente. Diante do diagnóstico de disparidade, buscam-se novas maneiras de evitar tal disparidade. Entretanto, ao buscarem reduzir a disparidade das sentenças, as reformas penais valorizam habitualmente a ideia de que um julgamento justo e que enseja menos disparidade é aquele baseado exclusivamente na gravidade do crime. Nessa visão, quanto mais reduzida for a margem de manobra dada ao juiz no processo de determinação da pena, mais o julgamento será objetivo. Tal visão implica na desvalorização da discricionariedade judicial. Um exemplo dessa política é dado pelas *Sentencing Guidelines Commissions* implementadas nos Estados Unidos, comissões que procuravam evitar as disparidades nas sentenças judiciais fornecendo uma grade detalhada do que deveria ser levado em consideração na decisão e o tipo de pena correspondente, bem como sua quantidade de acordo com os critérios estabelecidos na grade numérica. Sabemos que o resultado foi frustrante, como demonstrou Savelberg (1992) para a Comissão em Minnesota, pois

as disparidades continuaram a acontecer<sup>3</sup>.

Referida tendência de limitar o poder discricionário dos juízes estabelecendo critérios detalhados para a determinação da pena não se restringe somente aos Estados Unidos. A Europa, em geral, como demonstram Vanhamme e Beyens (2007, p. 215), optou por estabelecer princípios diretores mais gerais em forma de relatórios, ao invés de criar grades numéricas para delimitar a tomada de decisão. Apesar de adotar uma política diferenciada, percebe-se que a preocupação em reduzir as disparidades estava não somente presente, mas era o que guiava tal prática. O Canadá também passou por uma experiência semelhante através da reforma do Código criminal em 1996 em que foram estabelecidas as linhas diretivas para o *sentencing* (Roberts, 2001).

Assim, percebemos o movimento das pesquisas sobre o *sentencing*: das pesquisas quantitativas que identificam os fatores contextuais que influenciam a decisão para pesquisas qualitativas que mostram a complexidade deste processo e colocam o juiz como objeto central para a compreensão desta prática. O ponto de Vanhamme e Beyens é mostrar como os juízes contemporâneos estão inseridos em um contexto em que eles precisam lidar com vários fatores: opinião pública, vítimas, cidadão e o próprio sistema penal (2007, p. 217).

Essa virada epistemológica e metodológica descrita pelas mencionadas autoras torna assim possível a emergência de novos pontos de observação empírica para as pesquisas sobre o *sentencing*. Todavia, tais pesquisas ficaram ainda presas ao conceito de ator, buscando compreender a atuação dos juízes. Se radicalizarmos tal paradigma compreensivo de que falamos as autoras e considerarmos que a própria justiça criminal, enquanto organização reflexiva, constrói sua realidade, independentemente dos seus atores individuais, podemos observar o processo de determinação da pena de outra maneira.

Tal perspectiva aceita a ideia de que há uma plu-

<sup>3</sup> Outros estudos demonstraram que as disparidades não foram eliminadas mesmo após as Guidelines Commissions. Ver Albonetti, (1997), Engen e Steen (2000), Bushway e Piehl (2001).



ralidade de “sujeitos” que observam e produzem sentido e que, portanto constroem suas realidades (Luhmann, 1988)<sup>4</sup>. Assim, o ator social ou o sujeito não é o único sistema capaz de produzir sentido. Os sistemas sociais, como os sistemas jurídico e político, possuem esta capacidade reflexiva de produzir sentido e de construir sua realidade (Teubner, 1989). Essa perspectiva implicaria observar os juízes não somente como atores individuais, mas portadores de representações institucionalizadas que fornecem informações sobre o direito criminal, ou, mais especificamente, sobre como o direito criminal se constrói e opera. O foco poderia ser assim as ideias mobilizadas pelos juízes e não a subjetividade dos indivíduos que as mobilizam. Tal perspectiva permitiria observar outros aspectos do processo de determinação da pena, tal como o seu “vocabulário de motivos”, como veremos em detalhe adiante.

### **3 As pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil: a (in) eficiência da justiça criminal em foco**

No Brasil, o interesse e a produção acadêmica sobre os fatores determinantes da sentença judicial ganharam força com a emergência dos *estudos do fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro*. As primeiras pesquisas datam da década de 1990 e ganharam um novo fôlego a partir dos anos 2000 (Vargas, 2014; Ribeiro, 2009). A análise do processo de determinação da pena no Brasil desenvolveu-se dentro deste campo de pesquisas. A produção nacional sobre punição é sem dúvida mais abrangente e trata da questão mais ampla da seletividade da justiça criminal. Embora tal questão sem dúvida relaciona-se com a discussão proposta no presente artigo, optamos por centralizar nossa análise na maneira como tais pesquisas observam a questão da disparidade das penas e dos discursos mobilizados para construir a identidade do direito criminal<sup>5</sup>. Observaremos, assim, as

6 Tal perspectiva alinha-se a perspectivas de outros autores, como a de Foucault (1969), e quer assinalar a sobre-valorização dos atores sociais nas teorias e pesquisas em ciências sociais. Para aprofundar a questão da descentralização do sujeito nas pesquisas empíricas em direito, ver Garcia (2014).

7 Para um panorama da produção sobre a seletividade da justiça criminal, ver Lima, Rattón e Azevedo (2014) e, mais especificamente, Azevedo e Sinhoretto (2014).

pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal e como o direito criminal é usualmente observado por tais pesquisas e, assim, apontar os limites de tal observação.

Sem ter o objetivo de realizar uma revisão exaustiva dessa produção nacional em particular, queremos destacar algumas características que se apresentam nessas pesquisas e que são importantes para o nosso argumento. Essas pesquisas buscam reconstituir “o fluxo de pessoas e procedimentos que atravessam as diferentes organizações que compõem o sistema de justiça criminal” (Vargas e Ribeiro, 2008, p. 5). Nesse sentido, a determinação da pena realizada pelo juiz é apenas uma das fases que estes estudos observam, pois o objetivo é de avaliar a produção decisória de cada etapa do funcionamento da justiça criminal, desde a entrada na polícia, passando pelo Ministério Público, pelo juiz da sentença e chegando à administração penitenciária (execução penal), para, ao final, produzir um retrato do funcionamento global desse sistema. Mede-se o que entra, o que permanece e o que sai de cada uma dessas etapas processuais com o objetivo de avaliar a prestação de cada uma dessas organizações, bem como do sistema como um todo. E identificam-se quais são os fatores, sobretudo os fatores extralegais (cor, escolaridade, situação de trabalho, entre outros), que influenciam as decisões das organizações em questão.

Da mesma forma que as pesquisas estrangeiras, as pesquisas brasileiras sobre a “produção da decisão judicial” (Ribeiro, 2010) são igualmente marcadas por um significativo debate metodológico. Todavia, as diferenças metodológicas entre as pesquisas parecem residir nas dificuldades da realização da pesquisa tendo em vista as particularidades do sistema de justiça criminal brasileiro, seja quanto aos diversos ritos processuais existentes, seja com relação à inexistência de bases de dados confiáveis e que considerem todas as etapas do fluxo do sistema de justiça. Uma pesquisa privilegiará uma metodologia determinada em razão do tipo de dado e do acesso ao dado de que o pesquisador dispõe. Os estudos são unânimes em apontar a ausência de dados integrados com relação ao sistema de justiça criminal

como uma das principais dificuldades para a realização dessas pesquisas, bem como para a adoção de uma mesma metodologia entre os estudos (Ribeiro, 2010; Adorno e Izumino, 2002). Sem contar as particularidades dos procedimentos judiciais que variam de acordo com o crime observado. Diante dessas características, os balanços realizados sobre essas pesquisas distinguem as pesquisas pelo tipo de metodologia utilizada para produzir o dado e construir a análise. Vargas e Ribeiro (2008) classificaram os estudos sobre o “fluxo” de acordo com a metodologia privilegiada:

1) estudos que utilizam o método “longitudinal ortodoxo”. Vargas e Ribeiro definem esse método como sendo “o acompanhamento [físico] de um conjunto de ocorrências policiais de cada tipo de crime (registros de ocorrência) ao longo de certo período” (2008, p. 12). Neste caso, trabalha-se então com uma amostra. Trata-se de uma opção metodológica que demanda além de um custo elevado, um tempo considerado para a coleta de dados;

2) estudos que utilizam o método “transversal”. Ainda de acordo com Vargas e Ribeiro (2008), o método “transversal” calcula “o número de casos de cada tipo de crime que são processados anualmente por cada uma das agências que compõem o sistema de justiça criminal” (p.13); e

3) os estudos que optam pelo método “longitudinal retrospectivo”. O “desenho longitudinal retrospectivo” consiste na “análise em profundidade dos casos encerrados em um determinado ano no intuito de viabilizar o monitoramento do fluxo retrospectivamente – de trás pra frente – até chegar ao estágio inicial” (Vargas e Ribeiro, 2008, p. 15).

Outros critérios utilizados para caracterizar tais estudos referem-se ao tipo de crime escolhido para a pesquisa, a localidade da justiça criminal em análise, bem como o período coberto pela pesquisa (Ribeiro, 2009).

Quanto à análise dos fatores que influenciam o processo de determinação da pena, a maior parte das pesquisas apontou o peso dos fatores extralegais no

desfecho processual. Em estudo realizado nos tribunais em São Paulo, Adorno (1995) constatou que a justiça criminal opera discriminatoriamente em suas sentenças com relação a réus negros e réus brancos pela prática do mesmo crime. Réus negros seriam condenados em maior proporção do que réus brancos em razão da prática de crime idêntico. E concluiu: “a cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça” (1995, p. 63). O funcionamento enviesado da justiça criminal brasileira foi apontado igualmente por vários outros estudos<sup>6</sup> que indicam a influência de fatores extralegais (cor, classe social, gênero, etc.) na decisão judicial.

Nota-se igualmente, todavia, uma tendência, representada pela pesquisa de Vargas (2007), de observar a influência de fatores legais no processo decisório. Vargas (2007, p. 686) argumenta que “discriminações de raça, de gênero e de idade podem estar embutidas nos critérios legais normalmente considerados legítimos e neutros”. Trata-se aqui de uma tentativa de superar o debate entre fatores legais e extralegais. No caso do seu estudo sobre o processamento do crime de estupro, a autora apontou o peso das regras jurídicas na determinação dos casos que continuarão no fluxo do sistema de justiça criminal. As duas regras jurídicas presentes na legislação criminal brasileira analisadas pela autora foram a decisão da vítima de processar o agressor, o que condiciona a atuação dos operadores do direito, em especial, os promotores de justiça, e a presunção de violência pela idade da vítima. Vargas demonstrou que o processo tem mais chance de seguir o fluxo do sistema de justiça se a vítima manifestar sua decisão de processar o agressor e se a vítima tiver até 14 anos, idade da presunção da violência dada pelo Código penal brasileiro. A presunção da violência definida pela idade da vítima facilitaria especialmente o trabalho de constituição de provas, o que explicaria a maior chance desses casos de seguirem no fluxo do sistema de justiça.

Todavia, queremos enfatizar aqui uma importante característica dessas pesquisas que Vargas e Ribeiro (2008), autoras que contribuíram para a retomada e o aprofundamento desse campo de pesquisa no ce-

8 Ver Correa (1983), Adorno (1994), Ribeiro (1995 e 1999) entre outros.

nário nacional a partir dos anos 2000, chamaram a atenção. As autoras identificam certo “reducionismo analítico” de parte desses estudos, pois esses buscariam avaliar a prestação do sistema de justiça criminal, o que compreende o processo de determinação da pena, de modo a verificar ou medir a impunidade penal e, assim, uma suposta ineficiência da justiça criminal ao cumprir suas funções de prevenção e punição do crime.

O objetivo dado por estas pesquisas, como identificaram Vargas e Ribeiro (2008), de avaliar a prestação do sistema de justiça criminal a partir da impunidade penal atribui a qualidade (ou o tipo) da prestação da justiça criminal às ideias de punição e de prevenção, à “capacidade dissuasória sobre a intenção de um dado cidadão em cometer o crime, posto que desvela a certeza (ou não) da punição pela transgressão de dadas regras” (Vargas e Ribeiro, 2008, p. 6). E essa atribuição é feita sem questionamentos. De fato, o objetivo atribuído à justiça criminal de dissuadir futuros violadores da lei penal é veiculado de maneira dominante pelo direito criminal desde o século XVIII (Pires, 1998). Podemos dizer que o auto-retrato que o direito criminal faz dele mesmo vale-se da semântica da dissuasão para construir e afirmar sua própria identidade. Tal semântica desempenha um papel central na construção de certa identidade essencialmente punitiva do direito criminal. Todavia, é importante notar que tal identidade é uma construção do direito criminal, ou seja, trata-se de uma “*performance*”, de uma seleção do direito criminal. É preciso assim, distinguir entre tal construção interna e as descrições feitas pelos observadores externos ao direito criminal. De fato, o próprio direito criminal pode mobilizar outras ideias para construir eventualmente outra identidade. Dessa maneira, o observador externo deve estar atento à sua própria observação.

Bachelard (1938) fala da “vigilância epistemológica” do pesquisador. Significa questionar-nos no sentido de saber se estamos reproduzindo uma determinada identidade ou uma maneira de observar de outro “sujeito” (uma organização, como os tribunais, ou mesmo o direito criminal como um todo), o que nos impediria de observar de outra forma (Pires, 2004, p. 181). Significa, assim, de um lado, relativizar a nar-

rativa dada habitualmente pelos tribunais, e pela cultura penalista em geral, de cobrar uma prestação centrada nos discursos da punição repressiva e dissuasiva (como o são as narrativas sobre a impunidade da justiça e sobre seu efeito dissuasório). E, de outro, observar a “luta” de semânticas dentro do universo do direito criminal, e considerar outras narrativas, outras semânticas, talvez menos centradas na ideia de punição e de exclusão social como parte da realidade do universo jurídico-penal, e mesmo se essas narrativas “alternativas” não possuem o mesmo peso e a mesma estabilidade que as narrativas dominantes. Ao menos, aquelas desafiam estas últimas.

A “vigilância epistemológica” do pesquisador nesse sentido poderia evitar a “substancialização”<sup>9</sup> do direito criminal (entendo aqui por direito criminal as práticas judiciárias dos tribunais, assim como a doutrina, as reflexões de reforma do direito, etc.). A escolha por esta via da “substancialização” poderia significar para as ciências sociais a perda da sua capacidade virtual de estimular o direito criminal a se construir de outra maneira, uma maneira não centrada na ideia de pena aflitiva.

A maneira como a prestação da justiça criminal é observada pelos estudos do fluxo do sistema de justiça criminal acaba por substancializar uma determinada maneira de conceber a prestação da justiça criminal construída pelo próprio direito criminal. A prestação da justiça criminal seria dada pelos objetivos de dissuadir o crime. Tal maneira reforça a ideia de que a prestação da justiça criminal deve se dar através de meios exclusivamente negativos e que se fecha às sanções positivas, como a reparação, a composição entre as partes, etc., sanções tidas como próprias da justiça cível.

É sobre esse ponto que propomos requalificar a

<sup>9</sup> O sentido de “substancialização” aqui é de dar ao direito criminal um conteúdo determinado, uma forma particular, que exclui toda outra forma que não seja a escolhida. Queremos marcar uma distinção entre observar uma determinada forma como apenas uma determinada forma existente entre um universo de outras formas possíveis (atuais ou virtuais) e observá-la como a única forma possível, a única forma “verdadeira”. A segunda maneira de observar considera a contingência da seleção realizada enquanto que a primeira a cristaliza e fecha-se para outras formas alternativas.

questão dos fatores determinantes da sentença judicial, bem como do funcionamento desigual da justiça criminal e apontar para novos objetos de pesquisa sobre a determinação da pena.

#### **4 Observando a disparidade das sentenças de outra maneira: o *sentencing* e o seu vocabulário de motivos**

Vimos que as pesquisas tradicionais sobre o *sentencing* caracterizam-se por buscar identificar os fatores que influenciam o processo de determinação da pena. Vimos igualmente que se começou a constituir outro interesse no estudo sobre o *sentencing*, voltado mais para a observação do papel dos juízes nesse processo. Vimos ainda o caso particular das pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil e como tais estudos observam o processo de determinação da pena.

O que propomos aqui é observar a questão da disparidade de outra maneira. Diante do panorama apresentado pelas pesquisas sobre o *sentencing* que mostram resultados tão diferentes, bem como a própria diversidade metodológica apresentada, percebe-se o quanto a disparidade das penas e a polarização característica dessas pesquisas entre o legal e o extralegal são mais complexas. Como argumentaram Pires e Landreville (1985, p. 104), ao ressaltar a disparidade e a influência seja de fatores legais ou extralegais no processo decisório, as pesquisas sobre o *sentencing* permaneceram prisioneiras da ideologia jurídico-penal. Quando se voltavam para afirmar a influência de fatores legais acabavam por fazer uma crítica ao funcionamento da justiça, caindo, assim, no limite, no culto da lei penal. Quando se voltavam para mostrar a influência de fatores extralegais, acabavam também por cultivar a lei penal, na medida em que explicavam a disparidade das sentenças pelo preconceito do juiz, aceitando, em última instância, o mito da igualdade jurídica. As próprias regras metodológicas utilizadas nessas pesquisas estariam prisioneiras da “ideologia” jurídico-penal, mostram Pires e Landreville (1985, p. 105), na medida em que não questionariam a neutralidade declarada dos critérios legais de julgamento.

Os autores argumentam que as pesquisas não colocaram em questão a própria lei penal, caindo na crítica à justiça, ao juiz, à polícia, sempre em reverência a lei, sem aterem-se à desigualdade jurídico-penal. Para Pires e Landreville (1985, p. 105) essa postura reflete os limites epistemológicos e teóricos da sociologia criminal clássica que, mesmo quando apontou a relação entre desigualdade social e as causas do crime, esqueceu-se da ligação entre desigualdade social e desigualdade jurídico-penal, acabando por fazer a crítica à sociedade sem fazer a crítica ao direito criminal.

Propomos assim observar outro aspecto da “disparidade” que é constantemente negligenciado por tais estudos. O que é observado como disparidade, como variações de uma sentença a outra, isolando determinados fatores para verificar sua influência nas decisões, diz respeito a disparidades na *duração da pena* para um mesmo crime. Todavia, como observa e demonstra estatisticamente Tonry (1995, p. 280), o problema da disparidade somente é significativo quando a escala global das penas é muito elevada, isto é, a quantidade da pena prevista e aplicada (em números de anos de prisão) é alta. Uma escala elevada de penas de prisão permite diferenças significativas entre os extremos. Assim, se os juízes não se contiverem e utilizarem uma boa parte do espaço dado pela lei, a diferença entre suas sentenças será significativa. Mas se um crime não possuir pena mínima e a pena máxima for, por exemplo, de 2 anos, a diferença entre as sentenças dos juízes seria menos dramática do que se a pena máxima prevista fosse de, suponhamos, 8 anos. É o argumento que Tonry levanta: “onde muitos condenados recebem prisão por um longo período de tempo, a margem potencial de disparidade é maior” (1995, p. 280, tradução nossa).

O argumento de Tonry toca num ponto central para o debate da disparidade entre as sentenças, a saber, a questão da qualidade da prestação da justiça criminal: quais são as penas previstas, como se pune, como se concebe a punição, e, conseqüentemente, o que não se aceita como punição, como resposta legítima da justiça criminal ao crime praticado. Consideremos o problema da impunidade ou da ineficiência da justiça criminal levantado pelas pesquisas sobre a

produção decisória dos tribunais. O que significa dizer que não houve punição ou que a justiça criminal foi ineficaz? Quais ideias são valorizadas (e quais são desvalorizadas) nessa maneira de problematizar a questão da disparidade das sentenças?

Colocando o problema neste registro, outros aspectos do *sentencing* tornam-se pertinentes para a compreensão desse processo e da disparidade, como os “vocabulários de motivos” mobilizados nas decisões judiciais, buscando dar legitimidade às escolhas e à sanção penal.

Pretendemos, assim, finalizar o presente artigo apontando a pertinência de um aspecto das decisões sobre a sanção penal que não foi observado pelas pesquisas em *sentencing* em geral. Diz respeito a uma clássica distinção introduzida por Wright Mills entre motivos e vocabulário de motivos (1940).

Segundo Wright Mills, os motivos de uma determinada ação social não se referem a estados privados existentes internamente nos indivíduos. Os motivos são, do ponto de vista sociológico, dirá Wright Mills, vocabulários que possuem funções identificáveis em determinadas situações sociais. São termos mediante os quais os atores sociais interpretam suas condutas (1940, p. 904). A questão não é saber as intenções internas do agente. A preocupação é saber por que certos motivos são verbalizados em detrimento de outros (1940, p. 905). Então, para Wright Mills não faz sentido chamar as justificativas dadas a determinadas seleções de motivos inconscientes ou falsos motivos, sendo equivocado distinguir entre motivos reais e mera racionalização. Por exemplo, nos relata Wright Mills, um diplomata quando fornece um motivo determinado em uma situação específica não está falando uma mentira intencional, mas o motivo por ele utilizado indica o uso de um vocabulário apropriado para aquela determinada situação.

O vocabulário de motivos é assim uma justificativa aceita que merece consideração sociológica exatamente porque permite observar a concorrência entre os vocabulários de motivos e questionar por que uns são mais estáveis e dominantes do que outros. Identificar empiricamente o motivo de uma determinada

ação é observar o vocabulário de motivo verbalizado pelos atores numa determinada situação. Tratá-los como mera racionalização abstrata significa perder de vista, defende Wright Mills, o uso legitimador que eles possuem.

Desta maneira, numa decisão da justiça criminal não encontraremos um vocabulário de motivos que justifique a tomada de decisão com base no racismo porque isso seria “inaceitável” do ponto de vista jurídico e social em geral. Mas, podemos encontrar justificações “aceitáveis” e “inquestionáveis” como “é preciso punir para dissuadir a prática de outro crime” ou “é preciso punir para retribuir a prática do delito”, ou “é preciso punir para denunciar o grau de reprovação da conduta criminosa e, assim, restituir a ordem”, ou, ainda, “é preciso punir para ressocializar o acusado”. Por que esses vocabulários de motivos mobilizados constantemente nas decisões da justiça criminal parecem ser inquestionáveis? Existiriam outros vocabulários de motivos que seriam mobilizados mesmo não sendo tão estáveis como estes? No final das contas, o que o uso reiterado destes vocabulários de motivos poderia nos dizer?

## 5 Considerações finais

Propomos aqui observar as teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, denúncia, ressocialização prisional) como os “vocabulários de motivos” dominantes nas decisões da justiça criminal sobre a sanção penal. O uso do vocabulário significa que ele foi escolhido porque ele é o vocabulário “aceito” ou “institucionalizado” na tomada de decisões sobre a pena. O vocabulário de motivos é uma justificativa de conveniência pré-aceita para uma determinada situação. Eles possuem um potencial de legitimação. As teorias da pena tornaram-se uma espécie de vocabulários de motivos das decisões sobre a pena. No plano de motivos, seu vocabulário é sistemicamente pré-aprovado, o que não é o caso, por exemplo, dos motivos subjetivos de um juiz quando da determinação da pena.

As teorias da pena fornecem, assim, “premissas pré-decisionais, conselhos, receitas às autoridades políticas, jurídicas e administrativas sobre os critérios

que elas devem adotar para a tomada de decisões concernentes às sanções penais”, como definiu Pires (2008, p. 2). Ainda segundo Pires (2008, p. 2), elas dizem “como (e com a ajuda de quais critérios) elas devem decidir sobre as penas na legislação, na sentença e na execução da pena”. Quando um juiz na determinação da pena, ou um político na elaboração legislativa concernente à sanção penal, ou mesmo um juiz na decisão sobre o livramento condicional, mobiliza essas teorias na sua decisão, ele espera conseguir aceitação da justificativa dada à escolha da sanção penal, pois são vocabulários inquestionáveis.

A implicação da aceitação *tout court* desses vocabulários de motivos é que essas teorias compartilham enunciados em comum, apesar de se auto-apresentarem como distintas uma das outras. Elas compartilham a mesma semântica do sofrimento e/ou da exclusão social para conceber a prestação da justiça criminal. A punição, definida a partir da semântica do sofrimento, é necessariamente a imposição de um sofrimento. Ela visa, em primeiro plano, fazer sofrer a pessoa condenada pela prática de um crime. Enquanto a teoria retributivista afirma que a punição visa retribuir o mal do crime, as outras teorias acrescentam outras finalidades: a teoria da dissuasão acrescenta a finalidade especial de *provocar ações futuras conformes às leis*, a teoria da denúncia acrescenta a finalidade especial de *expressar a reprovação do público*. A teoria da ressocialização, por sua vez, acrescenta a finalidade especial de *garantir a reforma do indivíduo*<sup>8</sup>. Além da semântica do sofrimento, referidas teorias da pena valorizam uma semântica da exclusão social, na qual a prestação da justiça penal, a pena, não deve considerar a manutenção dos laços sociais da pessoa condenada nem buscar sua inclusão social. O que se vê, assim, é a dominação de um determinado conceito de punição e de pena e uma semântica da exclusão social que são naturalizados de tal forma que não se consegue pensar outra forma de punição para o direito criminal. A reparação do dano à vítima, por exemplo, será vista

10 É certo que a teoria da ressocialização prioriza uma resposta penal programática e baseada em meios positivos, o que a difere das outras três teorias citadas. Todavia, é no contexto punitivo da prisão que ela encontra o espaço para a realização de tal programa. Assim, ela acaba por valorizar, mesmo indiretamente, a semântica do sofrimento.

como uma sanção essencialmente do direito civil e nunca como uma sanção do direito criminal.

O substrato comum apresentado pelas teorias modernas da pena forma, assim, como defende Pires e sua teoria da racionalidade penal moderna, um sistema de ideias sobre a pena criminal, constituído entre os séculos XVIII e XIX, que reivindica a exclusão social do culpado e que utiliza uma semântica do sofrimento para definir a punição (Pires, 1998). Esse sistema de ideias, responsável por dar ao direito criminal seu auto-retrato punitivo, pode ser observado no interior do sistema jurídico e do sistema político quando este discute as sanções penais<sup>9</sup>. Enquanto sistema de ideias dominante em matéria de sanção criminal, podemos observar sua perenidade e sua constante atualização. Dubé e Pires (2009, p. 124) formulam a hipótese de que esse sistema de ideias funciona como um obstáculo do conhecimento para uma mudança qualitativa do direito criminal, isto é para um direito criminal mais adequado à complexidade da sociedade na modernidade tardia.

É preciso dizer igualmente que as teorias da pena, ou o sistema de ideias que elas formam, possuem outra dimensão que o conceito de “vocabulário de motivos” não dá conta de apreender. O conceito de vocabulário de motivos diz respeito apenas a um uso comunicacional ligado à orientação, à fundamentação e à motivação das decisões sobre a pena. É a dimensão de ser um “padrão” de comunicação e de ação. Outra dimensão, igualmente importante, é ligada ao fato que essas narrativas são utilizadas pelo direito criminal para construir sua identidade e, assim, marcar uma diferença com relação a outros sistemas normativos. São “recursos cognitivos” (Garcia, 2010, p. 126) que o direito criminal utiliza para construir e reforçar sua identidade. Logo, essa dimensão das teorias da pena está ligada à construção de certa identidade pelo direito criminal essencialmente punitiva e promotora de exclusão social. Um exemplo é a própria ideia de impunidade que aparece nas pesquisas de *sentencing*, sobretudo no Brasil. O que é considerado como “pena suficiente” ou “resposta estatal suficiente” para a realização da prestação da justiça criminal? Prisão para todos os crimes? Qual é

11 Cf. Pires, Cellard e Pelletier (2001), e Pires (1998).

a margem efetiva de discricionariedade do juiz?

Sugerimos que uma parte do problema dessa percepção de “impunidade” possa estar ligada ao fato que não existe uma verdadeira determinação da pena no Brasil. Não existe uma determinação da pena que ofereça um leque de possibilidades aos juízes e que não se limite a calcular matematicamente a quantidade de tempo de prisão entre um tempo mínimo e um tempo máximo previstos na lei. Machado e Ferreira chamaram precisamente este fenômeno de “*automatismo decisório extremo aliado ao culto à quantificação em matéria de penas*” (2014, p. 65). Isto é,

[a] ideia amplamente difundida de que as penas são *calculadas* pelo juiz de acordo com os parâmetros fixados em lei – e não fruto de um processo decisório que envolva o juiz, a defesa e acusação e que esteja voltado a encontrar a pena mais adequada ao caso concreto e que preserve na maior extensão possível, os laços concretos e a vida social do cidadão ao qual se imputa a prática de um crime (Machado e Ferreira, 2014, p. 65).

Por tudo isso, achamos importante a observação e problematização das teorias da pena e seu papel no processo de determinação da pena. O *conjunto* dessas teorias que compõem a racionalidade penal moderna não foi examinado em profundidade pelas pesquisas em ciências sociais como obstáculo à evolução do direito criminal. E mesmo os estudos que chamam a atenção para essas teorias da pena são criticados por aceitarem as justificativas da punição que as mesmas propõem, bem como suas prescrições, como o reflexo do que se passa na prática (Duff e Garland, 1994).

Mas não se trata aqui de “aceitar” tais teorias. Queremos destacar a papel das teorias da pena na legitimação de certas práticas repressivas e na desqualificação de alternativas na maneira de sancionar. As teorias da pena são discursos institucionalizados e reconhecidos pelo direito criminal. Elas integram assim certa realidade do direito criminal e são utilizadas para apoiar algumas de suas operações.

A sociologia deste vocabulário de motivos, proposta por Pires (1998 e 2013) leva a sério as teorias da pena e acredita que essas formulações fazem parte da “prática” e da “realidade” dos tribunais, do legislativo ou da administração penitenciária (no que toca à decisão sobre a pena). Elas fazem parte da prática discursiva dessas organizações e muito têm a dizer sobre a maneira como essas organizações concebem punição e pena no *sentencing*, ajudando, assim, a compreender melhor a questão da disparidade da justiça criminal sem substancializar o direito criminal. A justiça criminal sim faz escolhas, a começar pela maneira como constrói sua identidade e como concebe a punição e a qualidade da sua prestação.

Como todo processo de seleção, outras maneiras de conceber a pena e outros autorretratos possíveis para o direito criminal não foram selecionadas. Todavia, tratando-se de uma aposta na contingência e por contingência, entendemos, como define Martuccelli, “a virtualidade sempre presente de outras escolhas possíveis” (Martuccelli, 1999, p. 144). Por fim, objetivar os vocabulários de motivos do *sentencing* ajuda a (1) compreender a maneira pela qual o direito criminal e suas organizações se concebem; (2) relativizar e desnaturalizar sua gramática dominante essencialmente punitiva e portadora de exclusão social, bem como (3) recuperar sua historicidade, ressaltando suas vozes dissonantes, suas ideias alternativas e marginalizadas.



## 6 Referências

- Adorno, S. (1994). Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri. *Revista USP*, 21, 132-151.
- Adorno, S. (1995). Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, 43, 45-63.
- Adorno, S., e Izumino, W. P. (2002). Fontes de dados judiciais. *Fórum de Debates Criminalidade, Violência e Segurança Pública no Brasil: uma discussão sobre bases de dados e questões metodológicas*. Temas Especiais. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – CESEC, novembro

- 2002, 3-25.
- Albonetti, C. (1997). Sentencing under the Federal Sentencing Guidelines : effects of defendant characteristics, guilty pleas, and departures on sentence outcomes for drug offenses. *Law and Society Review*, vol. 31 (4), 789-822.
- Azevedo, R.G. (2014). Sociologia da administração da justiça penal, in R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), *Crime, polícia e justiça no Brasil* (pp. 392-399). São Paulo: Contexto,
- Bachelard, G. (1938). A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, [1996].
- Bushway, S. D. e Piehl, A. M. (2001). Judging judicial discretion: legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law and Society Review*, vol. 35 (4), 733-764.
- Cardia, N. (1999). Pesquisa sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violência em dez capitais brasileiras. Brasília: Ministério da Justiça/ Secretaria de Estado de Direitos Humanos.
- Chiricos, T. e Waldo, G. (1975). Socioeconomic status and criminal sentencing: an empirical assessment of a conflict proposition. *American Sociological Review*, 40, 753-772.
- Coelho, E. (1986). A administração da Justiça Criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. *Dados*, 29 (1) 1, 61-81.
- Correa, M. (1983). Morte em família: representações jurídicas dos papéis sociais. Rio de Janeiro: Graal.
- Dixon, J. (1995). The organizational context of criminal sentencing. *American Journal of Sociology*, 100 (5), 1157-1198.
- Dubé, R., e Pires, A. P. (2009). La refondation de la société moderne, in R. Dubé, P. Gin, W. Moser et A.P. Pires (orgs), *Modernité en transit / Modernity in Transit* (pp. 111-135). Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Duff, R. A. e Garland, D (1994). (ed.) *A reader on punishment*. Oxford : Oxford University Press.
- Engen, R. L. e Steen, S. (2000). The power to punish: discretions and sentencing reform in the war on drugs. *American Journal of Sociology*, 105 (5), 1357-1395.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. Paris : Gallimard, [2008].
- Garcia, M. (2010). *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*, Tese de doutorado em Sociologia, Université du Québec à Montréal (Canadá).
- Garcia, M. (2014). Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1(1), 182-209.
- Greenberg, D. F. (1977). Socioeconomic status and criminal sentences: is there an association? *American Sociological Review*, 42, 174-175.
- Hagan, J. (1974). Extra-legal attributes and criminal sentencing: an assessment of a sociological viewpoint. *Law & Society Review*, 8 (3), 357-384.
- Hagan, J. (1975). Law, order and sentencing: a study of attitude in action. *Sociometry*, 38 (2), 374-384.
- Hagan, J., Nagel, I., Albonetti, C. (1980). The differential sentencing of white-collar offenders in ten federal district courts. *American Sociological Review*, 45, 802-820.
- Hogarth, J. (1971). *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto Press in association with the Centre of Criminology, University of Toronto.
- Hopkins, A. (1977). Is there a class bias in criminal sentencing? *American Sociological Review*, 42, 176-177.
- Johnson, E.H. (1957). Selective factors in capital punishment, *Social Forces*, 36 (2), 165-169.
- Kant de Lima, R. (1989). Cultura jurídica e práticas policiais - A tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 10 (4), 65-84.
- Lima, R. S.; Ratton, J.L. e Azevedo, R.G. (org.) (2014), *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto.
- Luhmann, N. (1988). Cognition as construction, In H-G Moeller (2006), *Luhmann Explained: from souls to systems* (pp. 241-260). Chicago: Open Court.
- Lurigio, A., Carrol, J., Stalans, L. (1994). Understanding judges' sentencing decisions: attributions of responsibility and story construction. In L. Heath et al, *Applications of heuristics and biases to social issues*. New York: Plenum Press.
- Machado, M. R., e Ferreira, C. C. (2014). Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao sistema



- carcerário no Brasil. *Revista Transgressões*, 3, 58-83.
- Martuccelli, D. (1999). *Sociologies de la modernité*. Paris : Gallimard.
- Moeller, H-G (2006). Luhmann Explained. *From Souls to Systems*. Chicago: Open Court.
- Oliveira, F.L.; Ramos, L.O.; Cunha, L. G. (2014). *O Judiciário, a polícia e as leis na visão dos brasileiros, Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, 8, 110-123.
- Pires, A. P. (1994). La criminalité : enjeux épistémologiques, théoriques et éthiques, in F. Dumont, S. Langlois e Y. Martin, *Traité des problèmes sociaux* (pp. 247-277). Montréal : Institut québécois de recherche sur la culture.
- Pires, A. P. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne, in C. Debuyst, F. Digneffe e A.P. Pires, A. P., Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (pp. 1-52). Bruxelles, De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2004). La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux?, In D. Kaminski, D. e M. Kokoreff (org.) *Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron* (pp. 173-198). Ramonville Sait-Agnès : Édition Éres.
- Pires, Alvaro P. (2008). *Introduction aux théories de la peine*. Resumo do curso, inverno 2008, documento não publicado. Ottawa: Departamento de Criminologia, Universidade de Ottawa.
- Pires, A. P. (2013), Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche, in R. Dubé, M. Garcia e M.R. Machado (org.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 289-323). Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. e Landreville, P. (1985). Les recherches sur les sentences et le culte de la loi. *L'Année Sociologique*, 35, 83-113.
- Pires, A. P., Cellard, A., Pelletier, G. (2001). L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien, in Q. Bonastra (org.), *Régulation et Gouvernance : le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada* (pp. 195-217). Une perspective historique. Barcelona : Universitat de Barcelona.
- Raupp, M. (2009). O (in)visível tráfico de drogas : um estudo de sociologia das práticas jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 80, p. 346-369.
- Raupp, M. (2013). La distinction école classique/école positive et la rationalité pénale moderne : une réflexion à partir du regard des sciences sociales sur la réforme pénale de 1984 au Brésil, In R. Dubé, M. Garcia e M.R. Machado (org.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 143-166). Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa.
- Reasons, C. (1977). On methodology, theory and ideology. *American Sociological Review*, 42, 177-181.
- Ribeiro, C. A. (1995). *Cor e Criminalidade: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.
- Ribeiro, C. A. (1999). *As práticas judiciais e o significado do processo de julgamento*. *Dados*, 42 (4), 691-727.
- Ribeiro, L. (2009). Impunidade no sistema de justiça criminal brasileiro: uma revisão dos estudos produzidos sobre o tema. *Research Paper Series*, 48, Latin-american and Iberian Institute (LAI), New Mexico, University of New Mexico.
- Ribeiro, L. (2010). *A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do Estado de São Paulo entre 1991 e 1998*. *Dados*, 53 (1), 159-193.
- Roberts, J. (2001). Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada. *Sociologie et Sociétés*, 33 (1), 67-83.
- Santos, B. S (1996). *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento.
- Savelsberg, J. (1992). Law that does not fit society: sentencing guidelines as a neoclassical reaction to the dilemmas of substantivized law. *American Journal of Sociology*, 97 (5), 1346-1381.
- Sellin, T. (1928). The negro criminal: a statistical note, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 140, 52-64.
- Sellin, T. (1935). Race prejudice in the administration of justice, *The American Journal of Sociology*, 41 (2), 212-217.
- Sinhoretto, J. (2014). Seletividade penal e acesso à

- justiça, in R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), *Crime, polícia e justiça no Brasil* (pp. 400-409). São Paulo: Contexto.
- Teubneur, G. (1989). How the Law thinks: toward a constructivist epistemology of Law. *Law and Society Review*, 23 (5), 727-757.
- Thomson, R. J. e Zingraff, M. T. (1981). Detecting sentencing disparity: some problems and evidence. *American Journal of Sociology*, 86(4), 869-880.
- Tonry, M. (1995). Sentencing reform cross national boundaries, in C. Clarkson e R. Morgan (org.), *The politics of sentencing reform* (pp. 267-282). Oxford: Clarendon Press.
- Vanhamme, F., e Beyens, K. (2007). La recherche en sentencing: un survol contextualisé. *Déviance et Société*, 31 (2), 199-228.
- Vargas, J. D. (2007). *Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro*. Dados, 50 (4), 671-697.
- Vargas, J. D., e Ribeiro, L. (2008). Estudos de fluxo da justiça criminal: balanço e perspectivas. *Anais do XXXII Encontro anual da ANPOCS*. Caxambu, Anpocs.
- Vargas, J.D. (2014). Fluxo do sistema de justiça criminal, in R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), *Crime, polícia e justiça no Brasil* (pp. 411-422). São Paulo: Contexto.
- Wright Milss, C (1940). Situated actions and vocabularies of motives. *American Sociological Review*, 5 (6), 904-913.

Data de submissão 14 de agosto de 2014

Data de aprovação 11 de novembro de 2014