

ADRIANO TEIXEIRA

TEORIA DA APLICAÇÃO DA PENA

Fundamentos de uma determinação
judicial da pena proporcional ao fato

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

Coleção

Direito Penal e Criminologia

Direção

Íñigo Ortiz de Urbina / Ramon Ragués / Luís Greco

Conselho Científico Editorial

Manuel ATIENZA / Carlos BERNAL / Mauro BUSSANI / Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA / Luís GRECO / Daniel González LAGIER / Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA / Daniel MITIDIERO / José Juan MORESO / Juliana NEUENSCHWANDER

Jordi NIEVA / Eduardo OTEIZA / Ángel Luis Prieto de PAULA / Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER / María SALVADOR / José María Rodríguez de SANTIAGO / Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA / Carlos Ari SUNDFELD / Michele TARUFFO / Íñigo Ortiz de URBINA

Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato

Adriano Teixeira

Capa

Nacho Pons

Preparação e editoração eletrônica

Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

**CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ**

Teixeira, Adriano

Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato / Adriano Teixeira. – 1. ed. São Paulo : Marcial Pons, 2015.

Coleção Direito Penal e Criminologia

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-66722-34-5

1. Direito penal 2. Processo penal. I. Título.

15-22672

CDU: 343.1(81)

© Adriano Teixeira

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

SUMÁRIO

Apresentação e agradecimentos.....	9
Prefácio – LUÍS GRECO.....	13
A. Introdução e roteiro.....	21
B. Considerações metodológicas.....	25
C. Casos.....	27
D. Considerações sobre a determinação judicial da pena no Brasil....	29
E. As insuficiências das tradicionais teorias da aplicação da pena.....	35
I. A teoria do espaço livre (<i>Spielraumtheorie</i>).....	37
1. O nascimento da teoria e seu desenvolvimento dogmático	37
2. Crítica.....	40
a. Indeterminação da margem de culpabilidade	40
b. Ausência de orientação para o juízo de primeira instância ..	42
c. Crítica à determinação da medida de pena dentro da margem de culpabilidade através da aplicação direta dos fins da pena	43
aa. Circunstâncias agravantes de prevenção geral.....	44
bb. Circunstâncias agravantes de prevenção especial.....	49
3. Conclusão.....	51
II. A teoria dos níveis (<i>Stellenwerttheorie</i> ou <i>Stufentheorie</i>).....	51

1. Apresentação.....	51
2. Crítica.....	53
III. A teoria da retribuição da culpabilidade.....	55
1. Apresentação.....	55
2. Crítica.....	55
IV. Conclusão intermediária.....	57
F. A teoria da proporcionalidade pelo fato.....	59
I. A teoria da proporcionalidade pelo fato de origem anglo-americana	60
1. A teoria da proporcionalidade pelo fato positiva.....	61
2. A teoria da proporcionalidade pelo fato negativa.....	62
II. A teoria da proporcionalidade pelo fato baseada na prevenção geral – Schünemann, H.-J. Albrecht.....	64
III. A teoria da proporcionalidade pelo fato baseada na teoria expres- siva da pena – von Hirsch, Hörmle.....	65
1. Teoria expressiva da pena.....	65
2. Consequências para a aplicação da pena.....	67
IV. Objeções contra a teoria da proporcionalidade pelo fato.....	68
G. Tese: Determinação da pena proporcional ao fato como corolário dos princípios da culpabilidade e da legalidade.....	71
I. Teoria da pena e aplicação da pena.....	72
1. Teorias da pena.....	72
a. Fim e justificação da ameaça da pena.....	74
b. Fim e justificação da inflição da pena.....	80
aa. Teorias retributivistas.....	80
bb. Teorias preventivas.....	85
(i) Prevenção especial.....	85
(ii) Prevenção geral.....	86
cc. Teorias expressivas.....	90
c. Breve excuro: teoria agnóstica ou negativa da pena.....	91
d. Conclusão.....	97

2. A (relativa) independência entre fim da pena e determinação da pena	97
a. O princípio da proporcionalidade na cominação da pena.....	99
b. O princípio da proporcionalidade na determinação judicial da pena.....	103
aa. O princípio da culpabilidade na determinação judicial da pena	106
bb. O princípio da legalidade na determinação judicial da pena.....	108
c. Conclusão	114
II. O injusto culpável como parâmetro central da determinação da pena	115
1. O conceito de culpabilidade na determinação da pena – Relação entre teoria do delito e aplicação da pena	115
a. O conceito de culpabilidade no direito penal	115
b. Teoria do delito e aplicação da pena	118
2. Consequências para o direito brasileiro	128
a. O papel das circunstâncias judiciais do Art. 59 do CP.....	128
aa. Culpabilidade	128
(i) Culpabilidade em concurso com as demais circunstâncias judiciais ou como critério central de aplicação da pena?.....	129
(ii) Culpabilidade em sentido estrito ou sentido amplo?	131
(iii) Conclusão	135
bb. Demais circunstâncias judiciais.....	136
cc. Conclusão.....	141
b. Agravantes e atenuantes – Arts. 61 a 67, CP.....	141
aa. Agravantes.....	141
bb. Atenuantes	144
c. Causas de aumento e diminuição.....	147
aa. Tentativa – Art. 14, II, parágrafo único	147
bb. Arrependimento posterior – Art. 16.....	148
cc. Erro sobre a ilicitude – Art. 21, <i>caput</i> , última parte.....	148

dd. Semi-imputabilidade – Art. 26, parágrafo único	148
ee. Embriaguez – Art. 28, § 2.º	148
ff. Participação de menor importância e participação dolosamente distinta – Art. 29, §§ 1.º e 2.º	149
d. Síntese	150
III. Questões problemáticas em uma determinação da pena proporcional ao fato	151
1. Comportamento pré- e pós-delitivo, sobretudo a relevância de condenações pretéritas para a aplicação da pena	151
a. Considerações gerais	151
b. O papel de condenações pretéritas para a aplicação da pena	153
aa. Rejeição da agravante da reincidência	155
bb. Fundamentos para a agravante da reincidência	158
(i) Fundamentações ligadas à gravidade do delito	159
(ii) Fundamentações ligadas à prevenção.....	163
cc. Efeito atenuante da primariedade.....	168
dd. Conclusão	171
2. A suposta relevância de considerações de prevenção especial como atenuante da pena	171
H. Resolução dos casos iniciais	177
I. Resumo das teses apresentadas no trabalho	179
Bibliografia	183