

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

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, Hörnle.....	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 inflicção 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 excursão: 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

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

O presente trabalho tem como base dissertação apresentada junto ao programa de mestrado da Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique (LL.M), em 2013, sob a orientação do Prof. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann.¹ Não se trata, porém, de uma mera tradução do texto apresentado na Alemanha. Cuida-se do mesmo tema – que apresenta tanto aspectos universais, comuns a qualquer ordem jurídica, quanto locais, especificamente ligados à tradição jurídica e à realidade social de cada país –, tendo, todavia, também em mira o contexto científico e legal brasileiro. Optei por manter a estrutura básica do texto, por receio de quebrar a coesão do estudo original. Adicionei apenas um breve capítulo e uma seção dedicados ao direito brasileiro. Além disso, realizei algumas atualizações, complementações e correções.

Algumas referências mais específicas à jurisprudência alemã podem parecer um tanto quanto supérfluas para o leitor brasileiro. No entanto, decidi por bem não retirá-las, porque elas inserem-se no contexto de uma discussão teórica mais ampla, de modo que podem ser aptas a demonstrar o rendimento prático dos modelos teóricos de aplicação da pena analisados ao longo do livro.

Se, por um lado, todos os defeitos do trabalho devem ser a mim imputados, por outro lado, suas eventuais qualidades não são de minha exclusiva responsabilidade. Tive o privilégio de escrever a dissertação de mestrado

¹ Publicada, com leves modificações, sob o nome “Grundlagen einer tatproportionalen Strazumessungslehre. Ein Beitrag unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Rückfallschärfung”, Baden-Baden: Nomos, 2014.

que serve de base a este livro sob orientação do meu prezado Professor Bernd Schünemann. Ele não só generosamente me acolheu no prestigiado Instituto de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, onde pude desfrutar das melhores condições de trabalho e pesquisa, como também me concedeu a máxima liberdade científica para escrever. Sua honestidade científica, sua energia e engajamento a favor de uma ciência jurídico-penal cuja missão, enquanto “quarto poder”, é controlar, através da força dos argumentos, os demais poderes do Estado, são exemplos dos quais nunca pretendo me afastar. A ele, portanto, devo agradecer imensamente.

Escrever é tarefa solitária, frequentemente se diz, e com razão. Todavia, no caso deste livro, a solidão da escrita foi-me consideravelmente reduzida pela presença de preciosos amigos, companheiros de jornada, jovens grandes penalistas com quem tive – e tenho – o prazer de conviver diariamente. Alair Leite e Augusto Assis não só se mostraram sempre dispostos a discutir cada detalhe do trabalho, como também generosamente leram, comentaram e corrigiram o manuscrito deste livro. Caros amigos, muito obrigado.

Se nas linhas que preenchem as páginas que seguem há algum toque de inspiração e sensibilidade, este provavelmente se deve ao carinho e paciente apoio de quem esteve ao meu lado no árduo tempo de pesquisa. A Isadora Vilela, agradeço com todo o coração.

Agradeço também à querida Profa. Dra. Heloísa Estellita, a quem devo grande parte das referências de jurisprudência deste trabalho e valiosas correções; e à editora Marcial Pons, nas pessoas de Marcelo Porciuncula, Ramon Raguéz, Iñigo Ortiz e Ida Gouveia.

Por fim, cabe-me referir às pessoas a quem não só devo especialmente agradecer, mas também a quem dedico este escrito.

Homenagear os familiares é, no mais das vezes, uma obviedade protocolar, contudo, creio que neste caso a homenagem está mais que justificada. Durante a realização do mestrado, meus pais alcançaram a justa medida da virtude de incentivar sem pressionar, interessar-se sem intrometer, e foram sempre um porto seguro, ainda que à distância. Minha avó Idary, em tempos tão pragmáticos – em que, para muitos, dedicar-se à ciência não passa de perda de tempo ou de mero pedantismo, luxo descabido –, com extraordinária sensibilidade não só acreditou cegamente neste projeto como também o patrocinou, sob vários aspectos, de forma entusiasmada.

A importância do meu querido amigo e professor Dr. Luís Greco para este trabalho é tão grande, que temo não poder registrá-la satisfatoriamente.

Primeiro, não constitui nenhum excesso sentimentalista dizer que sem ele nenhuma linha deste livro seria escrita, pois provavelmente eu nem sequer teria vindo para Munique realizar o mestrado e, agora, o doutorado. Não é qualquer jurista estabelecido e já famoso em seu país que, quase que imediatamente após o envio, responde a um e-mail e de tal forma abre as portas a um tímido estudante intercambista completamente desconhecido. A partir daí, além do privilégio de poder desfrutar da amizade e orientação quase que diária, pude com ele aprender a me despedir definitivamente da vetusta cultura do *data venia* e do daninho costume do tapinha nas costas. Por fim, devo registrar que foi ele quem sugeriu o tema deste livro, e, se não bastasse, o leu atentamente, evitando vários dos erros contidos do manuscrito, e ainda presenteou-me com um prefácio. A você, meu professor, meu amigo, serei sempre grato.

Munique, abril de 2015.

ADRIANO TEIXEIRA

PREFÁCIO

Não incumbe ao prefaciador resumir as ideias do livro que o leitor está ansioso por ler. Muito menos é seu papel criticar a obra, colocando-se acima de quem a escreveu, ou dedicar-lhe uma ode, colocando-se acima de quem a lerá. Nessa oportunidade que me concede Adriano Teixeira de apresentar ao público brasileiro seu primeiro livro solo em português, pretendo menos falar do trabalho em si, de cujos méritos o leitor poderá convencer-se por si só. Desejo, ao invés disso, apontar para aquilo que eventualmente escaparia aos olhos do leitor, para aspectos que apenas se manifestam uma vez que se leia o livro à luz da pessoa que o escreveu. Interessa-me relevar aspectos que são mais facilmente perceptíveis para quem teve a satisfação de acompanhar o livro desde a fase de concepção e o privilégio de conviver com o autor desde sua chegada à Alemanha em 2011 – falar, assim, mais do autor, do que da obra.

O primeiro contato com Adriano Teixeira foi realizado através de um e-mail. Depois conversamos pelo telefone; ao final, pessoalmente. Desse primeiro encontro pessoal, pouco me recordo. Se as primeiras impressões são as que ficam, tenho de dizer que a minha primeira impressão de Adriano Teixeira veio apenas alguns anos depois, quando tive a oportunidade de ler um estudo (ainda não publicado) sobre as teorias da pena retributivistas no mundo anglo-saxônico, que o autor confeccionara para o seminário de seu orientador de mestrado, o Prof. Bernd Schünemann. Tratava-se de um trabalho estruturado, rigoroso e sutil, avesso ao alarde e à extravagância. Um trabalho que cultivava o argumento e que dispensava a grosseria dos slogans com que tudo hoje em dia se (des)constrói. Um trabalho que sabia ser original, sem desconhecer que essa liberdade implica pesada responsabilidade. Naquele momento entendi, retroativamente, quem era a pessoa

com quem tinha me encontrado alguns anos antes – um pensador sóbrio, um jurista fino.

A essas virtudes intelectuais, a esse estilo, por assim dizer, mais clássico do que barroco, se acrescenta um traço de caráter bem individual: uma atitude de revolta contra a injustiça, principalmente contra o arbítrio. Adriano Teixeira se interessa não por temas da moda, e sim por aquilo que é pouco estudado, por aqueles setores em que a injustiça e o arbítrio podem mover-se sem qualquer receio de que a ciência os chame a prestar contas. Adriano Teixeira pretendia, ao chegar à Alemanha, estudar o problema da legitimidade do direito penal de drogas; acabou por dedicar-se à aplicação da pena. Tomo a liberdade de anunciar que, futuramente, se verá um trabalho sistemático de Adriano Teixeira sobre esse capítulo desolado de nossos manuais que é o concurso de delitos, cuja importância se torna manifesta quando se recorda que, de uma categorização como concurso material, podem derivar diferenças de pena de mais de uma ou mesmo duas décadas.

A “dogmática” da aplicação da pena concreta, objeto do presente livro, mal merece esse nome. Nesse setor do direito penal há uma insalubre aliança entre o irrefletido ritualismo da prática, de um lado – em que se confundem legítimo intuicionismo (aquilo que tradicionalmente se designava por *iudicio* ou *prudentia*) com moralismo e arbítrio –, e uma teoria supostamente humanista, de outro, cujo mote é a “individualização da pena” e que soube até mesmo insculpir-se na Constituição Federal. Dos dois baluartes do direito penal liberal – o princípio da legalidade e o princípio da culpabilidade – não há mais qualquer traço no âmbito da aplicação da pena. Adriano Teixeira tenta, assim, recuperar a importância desses princípios para esse setor do direito penal. A pena concretamente imposta tem de ser proporcional ao fato, porque apenas isso corresponde às exigências dos dois princípios mencionados. A abordagem não se esgota, contudo, no plano abstrato: Adriano Teixeira discute uma série de problemas-limite, que abarca desde a interpretação do conceito de culpabilidade do art. 59 de nosso Código Penal até a concretização do campo de aplicação do art. 66, CP, e, principalmente, deriva dos fundamentos assentados uma resposta original e diferenciada para o problema do aumento de pena em razão de condenações prévias: elas serão relevantes, *de lege lata*, apenas no caso de reincidência específica e, *de lege ferenda*, somente se previsto o agravamento de pena na parte especial, para restritos e específicos grupos de delitos. Aqui se vê, mais uma vez, que o autor está menos preocupado em alinhar-se em uma ou outra das facções que dominam o polarizado debate atual do que em buscar um caminho racionalmente fundamentado.

Problemas, não ismos; conclusões concretas, não paradigmas; razões, e não apelos. Com estrutura, rigor e sutileza, com originalidade responsável, enfim, com sobriedade e fineza. Anunciei que falaria menos do livro do que da pessoa, acabei falando do livro. O clichê de que ambos são um só me parece, pelo menos no caso de Adriano Teixeira e de seus “Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato”, inescapável.

Augsburg, 11 de maio de 2015.

Prof. Dr. LUÍS GRECO

A. INTRODUÇÃO E ROTEIRO

É dito frequentemente que a teoria da aplicação da pena é um ramo cientificamente subdesenvolvido no âmbito das ciências penais,² e que não raro elementos irracionais, preconceitos arraigados, são os verdadeiros fatores que conduzem o juiz na tarefa de determinação da pena concreta.³ Nesse sentido, afirma-se que a dogmática da determinação da pena está longe de apresentar o mesmo grau de desenvolvimento que ostenta a teoria do delito.⁴ Tais afirmações, realizadas desde o pós-guerra até os dias atuais, permanecem válidas, porém não possuem o mesmo grau de evidência de outrora. A partir do pós-guerra pode-se observar, principalmente na Alemanha, um certo impulso científico no estudo da aplicação das sanções penais, que resultou em uma crescente discussão sobre os fundamentos normativos da determinação da pena,⁵ bem como sobre a possibilidade e amplitude da reforma⁶

² DREHER, JZ 1968, p. 214; SPENDEL, Zur Lehre vom Strafmaß, p. 240; LACKNER, Neue Entwicklungen, p. 5 ss.; HASSEMER, ZStW 90 (1978), p. 70; SCHREIBER, NStZ 1981, p. 338; GIEHRING, Ungleichheiten, p. 81; CRESPO, Prevención General, p. 28; SILVA SÁNCHEZ, Indret 2008, p. 3; ROIG, Aplicación da Pena, p. 19.

³ WÜRTEMBERGER, Kriminalpolitik, p. 157 ss.; REINHARD VON HIPPEL, Lange-FS, p. 285 ss.; GRASNICK, Rationalität, p. 1 ss.; HADDENHORST, Rationalität, p. 29 ss.; DREHER, Rationellere Strafzumessung?, p. 40 ss.; sobre isso HASSEMER, ZStW 90 (1978), p. 70 ss.

⁴ VON HIRSCH/JAREBORG, Strafmaß, p. 1; SILVA SÁNCHEZ, Indret 2008, p. 3; *idem*, Hassemer-FS, p. 626.

⁵ Cf. os trabalhos fundamentais de DREHER, Über die gerechte Strafe; SPENDEL, Zur Lehre vom Strafmaß; e ZIPF, Die Strafmassrevision. Sobre isso FRISCH, Straftatsystem und Strafzumessung, p. 3.

⁶ Cf. por exemplo, as monografias de ZIPF, Die Strafmassrevision e FRISCH, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung.

da decisão de fixação da sanção criminal.⁷ Desses debates emergiram diversas teorias e modelos que procuram descrever o caminho correto a ser percorrido pelo magistrado na determinação da sanção concreta, com o cotejo das diferentes – e muitas vezes divergentes – finalidades atribuídas à pena (a chamada “antinomia dos fins da pena”). Esses diferentes modelos tentam especificar que ordem de fatores – *referidos à culpabilidade (ao delito) ou relacionados a considerações de prevenção* – deve ser evocado e de que modo esses fatores devem ser manejados para fixar a sanção final.⁸

Embora a chamada *teoria do espaço livre (Spielraumtheorie)*,⁹ adotada desde 1954 pelo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH, correspondente ao nosso STJ), seja dominante na jurisprudência e literatura alemãs, ao longo do tempo vem ela enfrentado diversas e fundamentais críticas. Ademais, registra-se o surgimento de teorias alternativas, como especialmente a teoria da *pena proporcional ao fato ou teoria da proporcionalidade pelo fato (Tatproportionalitätstheorie)*,¹⁰ que paulatinamente vem ganhando ressonância (até mesmo internacional) na dogmática da aplicação da pena.¹¹

No Brasil, já não são poucas as vozes que se levantam contra a natureza dos critérios de fixação da pena atualmente previstos em nosso código penal e contra o domínio de um amplo subjetivismo do magistrado na

⁷ Esse também é o diagnóstico de JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 871: “A ciência dedicou-se nos últimos anos cada vez mais às questões da medição da pena, de modo que hoje não mais se pode falar em um abandono desse campo jurídico”.

⁸ Cf. neste tocante, a conhecida sistematização de SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, p. 191 ss.; *idem*, NJW 1964, p. 1759, que divide os fatores de medição da pena em finais (fim da pena), reais (fatos de medição pena) e lógicos (considerações de aplicação da pena).

⁹ Fundamentalmente BGHSt, 7, 28, 32 (= JZ 55, 504, 505, com comentários de SCHNEIDWIN).

¹⁰ Sigo aqui as traduções disponíveis já em língua espanhola: “teoria da proporcionalidad con el hecho” (SILVA SÁNCHEZ, *Indret* 2008, p. 6; CRESPO, *Prevención General*, p. 203), “teoria da proporcionalidad por el hecho” ou “teoria de la pena proporcional al hecho” (FEJOO SÁNCHEZ, *Indret* 2007, p. 4) – cf. também, baseando-se nas obras espanholas, STOCO, RBCC 104 (2013), p. 57. Acredito que, ao contrário das traduções das outras teorias que serão analisadas neste trabalho, todas essas opções expressam adequadamente o significado de *Tatproportionalitätstheorie*. Optarei por utilizar com mais frequência, no entanto, o termo “teoria da proporcionalidade pelo fato”.

¹¹ SCHÜNEMANN, *Plädoyer*, p. 225; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, p. 108 ss.; H.-J. ALBRECHT, *Strafzumessung*, 50 ss.; FRISCH, *Einleitung*, p. 20; VICTOR, *Der Grundsatz der Tatproportionalität*, p. 243 ss.; LAPPI-SEPPÄLA, *Das Proportionalitätsprinzip*, p. 261; VON HIRSCH/JAREBORG, *Proportionate Sentencing*; SILVA SÁNCHEZ, *Indret*, p. 8 ss.; PERALTA, DOXA 31 (2008), p. 610 ss.; MAURER, *Komparative Strafzumessung*, p. 187; (em certo sentido) FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 373; GRECO, *Feuerbach*, p. 442; DUTTGE, *Menschengerechtes Strafen*, p. 12–13; SSW-StGB-ESCHELBACH, § 46 nm. 41; aparentemente também ZABEL, *KritV* 2009, p. 60.

determinação da sanção criminal no caso concreto. Percebe-se, ainda, um comportamento vacilante da jurisprudência nesse âmbito, e não raros são os erros crassos em que esta incorre, como a violação da proibição de dupla valoração.

Vê-se, portanto, que há muitos aspectos do direito da aplicação da pena que merecem ser investigados cientificamente. Contudo, é perceptível que já os *fundamentos* da dogmática da determinação da pena ainda permanecem carentes de uma reflexão mais cuidadosa. Sem a solidificação dos fundamentos, a resolução dos problemas mais específicos da aplicação da pena fica dependente de soluções intuitivas, *ad-hoc*, assistemáticas e, não raro, arbitrárias e injustas. Por essa razão, este estudo pretende *ser uma contribuição para os fundamentos normativos do direito da aplicação da pena*, obtida a partir principalmente da análise crítica das teorias discutidas na doutrina e na jurisprudência, sobretudo da teoria da proporcionalidade pelo fato.

Para tanto, será cumprido o seguinte *roteiro*: Primeiramente, serão tecidas breves considerações sobre a metodologia utilizada neste trabalho, cujo objeto, ao mesmo tempo, será delimitado (B). Em seguida, serão apresentados alguns casos hipotéticos para que o leitor possa apreender o cerne, a dificuldade e a relevância prática do problema enfrentado (C). O capítulo subsequente será dedicado à dogmática da aplicação da pena no direito brasileiro (D). Ato contínuo, as tradicionais teorias da determinação da pena, desenvolvidas principalmente na Alemanha, serão apresentadas e criticadas (E), com especial destaque para a teoria do espaço livre. Na sequência será apresentada a teoria da proporcionalidade pelo fato, com suas diferentes vertentes, e serão expostas e analisadas as principais objeções contra ela levantadas (F). Por fim, será delineada a minha própria posição (G), no que será firmada a tese de que apenas uma aplicação da pena orientada às categorias do delito pode dar conta das exigências de garantia do direito penal e, com isso, será oferecida uma nova fundamentação para a teoria da proporcionalidade pelo fato. Neste mesmo capítulo, serão investigadas as possíveis consequências do modelo proposto para o direito penal brasileiro. Ao final, serão discutidas algumas questões problemáticas no âmbito de uma aplicação da pena proporcional ao fato, quais sejam, a importância dos comportamentos pré e pós delitivos, especialmente a questão da reincidência, e o suposto efeito atenuante de considerações de prevenção especial. O livro será fechado com a resolução dos casos iniciais (H) e com um breve resumo das teses apresentadas ao longo do trabalho (I).