

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------|----|
| Prefácio – LUÍS GRECO..... | 7 |
| Apresentação..... | 9 |
| Agradecimentos | 11 |
| Abreviaturas..... | 13 |
| Introdução | 21 |

CAPÍTULO 1

| | |
|--|-----------|
| A pena adequada à culpabilidade..... | 25 |
| 1.1 Delimitação do problema | 25 |
| 1.2 O pensamento dominante sobre o conceito de culpabilidade como categoria sistemática e critério de aplicação da pena | 26 |
| 1.2.1 A consagração do entendimento atual sobre a culpabilidade e a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 | 27 |
| 1.2.2 O entendimento jurisprudencial brasileiro sobre a culpa- bilidade como critério de determinação da pena..... | 31 |
| 1.2.3 Considerações críticas sobre o entendimento dominante na doutrina e jurisprudência..... | 33 |
| 1.3 Níveis funcionais do termo culpabilidade | 36 |
| 1.3.1 Ideia de culpabilidade | 37 |
| 1.3.2 Culpabilidade fundamentadora da pena (<i>Strafbegründungsschuld</i>) | 39 |

| | |
|--|----|
| 1.3.3 Culpabilidade da determinação da pena (<i>Strafzumessungsschuld</i>)..... | 39 |
| 1.4 A busca pela “pena adequada à culpabilidade”..... | 42 |
| 1.5 Excurso: renúncia ao conceito de culpabilidade?..... | 48 |
| 1.5.1 Considerações críticas..... | 52 |
| 1.6 Culpabilidade como atribuição do injusto..... | 57 |
| 1.6.1 A esfera íntima do agente como objeto do juízo de culpabilidade? | 57 |
| 1.6.2 O injusto como ponto de orientação da medida da culpabilidade | 68 |
| 1.7 Síntese do primeiro capítulo..... | 71 |

CAPÍTULO 2

| | |
|--|-----------|
| Fundamentos para a graduação da culpabilidade na medida da pena | 75 |
| 2.1 Fundamentos de determinação da pena..... | 75 |
| 2.1.1 Teoria do delito e aplicação da pena..... | 78 |
| 2.1.2 Culpabilidade na medida da pena como sinônimo de “injusto culpável”..... | 84 |
| 2.2 Fundamentos de concretização da pena na medida da culpabilidade | 86 |
| 2.2.1 Culpabilidade em sentido estrito agravada?..... | 87 |
| 2.2.2 O injusto como fator constitutivo da medida da pena.... | 90 |
| 2.2.3 Pena na “medida da culpabilidade” como pena na medida do injusto culpável..... | 92 |
| 2.3 Fundamentos de compatibilização entre culpabilidade e prevenção..... | 93 |
| 2.3.1 A antinomia entre culpabilidade e prevenção na aplicação da pena | 93 |
| 2.3.2 Teoria dos níveis | 98 |
| 2.3.3 Teoria da pena proporcional ao fato..... | 102 |
| a) Teoria da pena proporcional ao fato sob fundamentos de prevenção geral de integração..... | 104 |

| | |
|---|-----|
| b) Teoria da pena proporcional ao fato sob fundamentos de uma teoria expressiva da pena..... | 107 |
| c) Teoria da pena proporcional ao fato como corolário dos princípios da culpabilidade e da legalidade | 109 |
| d) Adoção da perspectiva proporcional ao fato como modelo de determinação judicial da pena..... | 111 |
| 2.3.4 Proporcionalidade e margem preventiva?..... | 114 |
| a) Proporcionalidade e prevenção: proposta de separação em dois níveis | 119 |
| b) O critério da culpabilidade nas decisões sobre substituição e suspensão da pena..... | 122 |
| 2.4 Síntese do segundo capítulo | 125 |

CAPÍTULO 3

| | |
|--|------------|
| Determinação da pena proporcional à medida do injusto culpável | 129 |
| 3.1 Concepção de injusto para a determinação da pena | 129 |
| 3.1.1 Injusto de ação..... | 131 |
| a) Compreensão ideal de injusto como “perturbação da paz jurídica” | 132 |
| b) A valoração do injusto como violação aos interesses do portador do bem jurídico | 134 |
| c) Circunstâncias admissíveis para a graduação do injusto de ação | 136 |
| aa) Graduações do dolo..... | 138 |
| 1. Valoração do dolo no âmbito do injusto..... | 139 |
| 2. Distinção entre dolo direto e eventual | 140 |
| 3. Dolo intenso?..... | 143 |
| bb) Graduações da culpa | 146 |
| 1. Violação ao dever de cuidado..... | 146 |
| 2. Grau de risco ou perigo causados e não permitidos | 147 |
| cc) Forma de execução..... | 148 |

| | |
|---|-----|
| 1. Emprego de brutalidade e meios cruéis | 148 |
| 2. Abuso de condições de vulnerabilidade da vítima | 149 |
| dd) Infração de dever por ocupação de cargo, função ou posição profissional | 152 |
| 3.1.2 Injusto de resultado | 155 |
| a) Resultados típicos..... | 155 |
| b) Resultados extratípicos | 157 |
| aa) Os critérios de juízo de adequação e âmbito de proteção da norma de <i>Wolfgang Frisch</i> | 159 |
| bb) O âmbito de proteção do bem jurídico de <i>René Bloy</i> | 161 |
| cc) Causalidade por violação de dever de cuidado e os critérios de imputação objetiva de resultados de <i>Grosse-Wilde</i> | 162 |
| dd) A determinação do injusto de resultado sob a perspectiva do portador do bem jurídico na teoria de <i>Tatjana Hörnle</i> | 165 |
| 1. Teoria do dano de acordo com o grau de redução de qualidade de vida da vítima..... | 166 |
| 2. Danos primários e níveis de gravidade | 168 |
| 3. Danos secundários: aprofundamento e expansão de danos | 172 |
| 3.2 Circunstâncias atenuantes do injusto e da culpabilidade em sentido estrito | 174 |
| 3.2.1 Atenuantes do injusto..... | 175 |
| a) Comportamento da vítima relevante para a medida do injusto: consentimento e provocação..... | 175 |
| b) Reparação do dano..... | 177 |
| 3.2.2 Atenuantes da culpabilidade em sentido estrito | 178 |
| a) Diminuição da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação | 179 |

| | |
|---|-----|
| b) Erro de proibição evitável..... | 182 |
| c) Restrições à possibilidade de agir de acordo com a norma | 183 |
| 3.3 Circunstâncias “além do injusto e da culpabilidade” | 184 |
| 3.3.1 Motivos | 185 |
| 3.4 Síntese do terceiro capítulo | 189 |
| 3.5 Considerações críticas | 190 |
| 3.5.1 Proporcionalidade x “individualização da pena” | 191 |
| 3.5.2 A perspectiva da vítima: limitações | 194 |

CAPÍTULO 4

| | |
|---|-----|
| Pena proporcional ao fato e <i>unfair advantage</i> | 199 |
| 4.1 <i>Fairness</i> , cooperação mútua e tutela penal de bens jurídicos coletivos..... | 201 |
| 4.2 Teoria da <i>unfair advantage</i> | 204 |
| 4.3 <i>Unfair advantage</i> e determinação de penas proporcionais | 209 |
| 4.3.1 A discussão sobre o conceito de vantagem injusta | 209 |
| 4.3.2 O mercado de licenças para a prática de crimes de <i>Michael Davis</i> | 212 |
| 4.4 Críticas à teoria da <i>unfair advantage</i> | 216 |
| 4.4.1 Uma “falsa” teoria retributiva | 216 |
| 4.4.2 Vantagem em uma sociedade injusta? | 217 |
| 4.4.3 Insuficiência na explicação da punição de determinados delitos | 218 |
| 4.4.4 Críticas à teoria de <i>Michael Davis</i> | 219 |
| 4.5 Alternativas a uma pena proporcional baseada na teoria da <i>unfair advantage</i> | 221 |
| 4.5.1 Não aplicação a crimes contra bens jurídicos individuais | 221 |
| 4.5.2 Restrição à criminalidade econômica..... | 223 |
| 4.5.3 Consideração de danos a vítimas individualizáveis..... | 225 |
| 4.6 Pena proporcional à vantagem nos delitos econômicos | 227 |

| | |
|--|------------|
| 4.6.1 Injusto de ação..... | 228 |
| a) Violação de dever | 228 |
| b) Motivos (finalidade de lucro) | 230 |
| 4.6.2 Injusto de resultado | 231 |
| a) Consequências do crime | 231 |
| 1. Danos a terceiros | 231 |
| 2. Danos a instituições privadas | 233 |
| b) Vantagem econômica | 235 |
| 1. Conceito de vantagem | 235 |
| 2. Caráter personalizado da vantagem e proporcio- nalidade concreta..... | 236 |
| 3. Mensuração da vantagem | 237 |
| 4.6.3 Acréscimos de pena para “reestabelecer a confiança na norma”? | 244 |
| 4.7 Síntese do quarto capítulo | 246 |
| Resumo das teses apresentadas..... | 247 |
| Bibliografia | 253 |