

TATIANA STOCO

# CULPABILIDADE E MEDIDA DA PENA

Uma contribuição à teoria de  
aplicação 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

*Culpabilidade e medida da pena*  
*Uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*  
Tatiana Stoco

*Capa*  
Nacho Pons

*Produção e editoração eletrônica*  
Ida Gouveia | HBLYZ | 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**

---

Stoco, Tatiana

Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato / Tatiana Stoco. - 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons, 2019.

ISBN 9788566722741

1. Direito penal. 2. Criminologia. I. Stoco, Tatiana. II. Título. III. Série.

---

CDU: 345

© Tatiana Stoco  
© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.  
[www.marcialpons.com.br](http://www.marcialpons.com.br)

Impresso no Brasil

## SUMÁRIO

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

### CAPÍTULO 1

<b>A pena adequada à culpabilidade.....</b>	<b>25</b>
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 de 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

<b>Fundamentos para a graduação da culpabilidade na medida da pena</b> .....	<b>75</b>
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

<b>Determinação da pena proporcional à medida do injusto culpável ....</b>	<b>129</b>
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

<b>Pena proporcional ao fato e <i>unfair advantage</i></b> .....	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
<b>Resumo das teses apresentadas.....</b>	<b>247</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>253</b>