

CULPABILIDADE NA DETERMINAÇÃO DA PENA: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

*CULPABILITY IN SENTENCING: OBJECTIVE CRITERIA FOR ASSESSING
JUDICIAL CIRCUMSTANCES*

Amanda Machado de Liz¹

Doutoranda em Direitos Humanos e Cidadania (UNB, Brasília/DF, Brasil)

Anelise da Cunha Duarte²

Residente da Defensoria Pública (DPESC, Florianópolis/SC, Brasil)

ÁREA(S): direito penal.

RESUMO: Situada em um contexto de escassez de estudos voltados para a determinação da pena no Brasil, a culpabilidade da determinação da pena apresenta um conceito vago sobre seu conteúdo, o que permite que o julgador utilize circunstâncias relativas ao autor do crime para determinar a quantidade de pena a ser imposta. Diante disso, o artigo extrai da literatura brasileira sobre o tema a formulação de um conceito da culpabilidade da determinação da pena alinhada aos princípios constitucionais

da culpabilidade e da legalidade e calcada na teoria da pena proporcional ao fato. Primeiramente, aborda o conceito de culpabilidade usualmente associado ao grau de reprovabilidade da conduta. Em seguida, trata das barreiras constitucionais como base para a determinação de uma pena na medida da culpabilidade. Por fim, infere que o conceito de culpabilidade da determinação da pena calcado no injusto culpável, por garantir determinabilidade e previsibilidade à pena imposta ao autor do crime, adequa-se às balizas constitucionais.

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). *E-mail:* amandaliz.unb@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/466073541164969>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0359-8912>.

² Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões. Bacharel em Direito. *E-mail:* anelisedcduarte@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2826472830531254>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-2403-378X>.

ABSTRACT: *Given the scarcity of research on criminal sentencing in Brazil, the concept of culpability in this context remains poorly defined, allowing judges to consider personal circumstances of the offender when determining the punishment. Bearing that in mind, the present article extracts from the Brazilian literature on the subject a concept for culpability based on the theory of the proportionality of crime and punishment that is regarded as in accordance with the constitutional principles of culpability and legality. In that regard, first the concept of culpability, usually associated with degree of reprehensibility of the conduct, is discussed. Second, the notion of constitutional barriers a basis for determining an amount of penalty proportional to culpability is addressed. Third and last, it is inferred that the concept of culpability in sentencing grounded on the culpable wrongdoing conforms to the constitutional guidelines by ensuring determinability and predictability of the penalty imposed on the offender.*

PALAVRAS-CHAVE: circunstâncias judiciais; culpabilidade; determinação da pena.

KEYWORDS: *judicial circumstances; culpability; criminal sentencing.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de culpabilidade do artigo 59 do Código Penal na literatura brasileira; 2 Pena na medida da culpabilidade; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The concept of culpability in Article 59 of the Penal Code in Brazilian literature; 2 Punishment proportionate to the culpability; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

A relevância de se discutir a determinação da pena repousa no estado atual de escassez de desenvolvimento teórico na dogmática penal brasileira, preterida em detrimento dos avanços no campo da teoria do delito. Indaga-se muito se o Estado pode punir (usualmente assim o faz), pois ignora-se o “como punir?”. O reflexo da falta de discussão doutrinária no campo da determinação da pena se traduz em reiterados incrementos de pena injustificados em face do agente. Isto é, se a doutrina não fornece parâmetros racionais para a determinação da pena, tampouco o magistrado se incumbirá dessa tarefa. Além de ser fundamental, é urgente a discussão acerca da pena de modo a racionalizar sua aplicação.

A mesma incorreção que pesa sobre a determinação judicial da pena na dogmática penal brasileira recai sobre a culpabilidade. Enquanto a culpabilidade do conceito analítico do crime possui conceito largamente explorado na literatura penal brasileira, a culpabilidade como critério de

determinação da pena apresenta grave deficiência no que diz respeito ao seu aspecto conceitual. Sem muitos esforços, é possível constatar, no Judiciário brasileiro, as implicações da ausência de critérios objetivos na definição de culpabilidade: acréscimos de pena ilegítimos perante o apenado, que permitem ao julgador realizar o aumento da pena a partir de um juízo de moralidade, sem quaisquer critérios reconduzíveis à lei.

Nesse cenário, o presente trabalho pretende apresentar uma concepção robusta sobre a culpabilidade prevista no art. 59 do CP, extraída de critérios que permitam conferir determinabilidade e previsibilidade à lei penal ou, em outros termos, estabelecer um conceito de culpabilidade da determinação da pena que permita a valoração de circunstâncias que o agente, ao tempo do crime, podia prever e evitar. Para esse propósito, adotar-se-á, dentre as teorias da determinação da pena, a teoria da pena proporcional ao fato como um consectário dos princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, de modo a analisar as formulações sobre culpabilidade da determinação da pena propostas pela literatura brasileira.

Ao perseguir um critério objetivo, o trabalho apresentará, no primeiro tópico, as concepções usualmente empregadas no estado atual da literatura brasileira sobre o tema e discorrerá brevemente sobre as objeções às propostas.

No tópico seguinte, o trabalho se dedicará à definição de um conteúdo da culpabilidade da determinação da pena. Primeiro, estabelecer-se-ão premissas para a formulação de um conceito de culpabilidade ajustado aos princípios da culpabilidade e da legalidade. Logo em seguida, o trabalho apresentará os distintos conceitos de culpabilidade, diferenciando o conceito de culpabilidade da determinação da pena dos conceitos do princípio da culpabilidade e da culpabilidade do conceito analítico do crime. Ao final, inferir-se-á um conceito ajustado à determinação da pena proporcional ao fato a partir de uma corrente da literatura brasileira.

1 O CONCEITO DE CULPABILIDADE DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NA LITERATURA BRASILEIRA

O sistema penal vigente até a reforma da parte geral do CP de 1984 foi responsável por um grande impacto no que diz respeito à conceituação da culpabilidade enquanto critério para determinação da pena. Antes da reforma legislativa, a culpabilidade que integra o conceito analítico do crime

(culpabilidade como categoria sistemática) era visivelmente influenciada pela teoria psicológico-normativa, recebendo essa denominação por analisar um liame subjetivo entre o agente e o fato na forma do dolo e da culpa³. Tal concepção influenciou a etapa de determinação judicial da pena prevista na redação original do CP, que, no art. 42, *caput*, previa, junto com as demais circunstâncias judiciais, a análise da intensidade do dolo ou grau da culpa do agente.

Com a adoção do finalismo, por meio da reforma da parte geral do CP em 1984, o elemento subjetivo (dolo e culpa) passou a ser analisado na tipicidade, e, conseqüentemente, o termo “intensidade do dolo ou grau da culpa” cedeu vez para uma culpabilidade puramente normativa⁴. Em razão disso, o art. 59 do CP passou a prever a culpabilidade em vez da intensidade do dolo ou grau da culpa como circunstância judicial. Entretanto, a alteração da legislação penal não foi suficiente para parte da doutrina que até hoje insiste na valoração de elementos subjetivos quando da análise da culpabilidade⁵.

Para Carvalho⁶ e Queiroz⁷, essa concepção representa ofensa ao princípio *ne bis in idem*. Carvalho ainda acrescenta que uma valoração da intensidade do dolo e da culpa representa a “criação de categorias *praeter legem*, hipótese absolutamente vedada por força da incidência do princípio da taxatividade nos critérios de determinação da pena”.

Ainda assim, abstraindo eventuais interpretações que chegam a reavivar critérios da antiga redação do Código Penal, a doutrina dominante brasileira pouco acrescenta à formulação de um conceito mais objetivo acerca da culpabilidade prevista no art. 59. Em que pese a diversidade de termos

³ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 27.

⁴ CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 388.

⁵ A exemplo, Bitencourt (2020, p. 1834-1835), que sugere a análise da intensidade do dolo: “O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura”.

⁶ CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 388.

⁷ QUEIROZ, P. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 459.

empregados na busca por um conteúdo da culpabilidade como “grau de censura”, “grau de reprovabilidade” ou, ainda, “grau de responsabilidade”, todos eles apresentam os mesmos problemas de indefinição e não são capazes de informar critérios que deveriam ser utilizados para mensurar referido “grau” de reprovabilidade, censura etc.

Sob a perspectiva de Busato⁸, a culpabilidade é o “o grau de reprovabilidade da conduta, que é justamente o que constitui a relação do fato com seu autor”. Nesse sentido, a culpabilidade representaria o que Queiroz⁹ propôs chamar de “juízo quantitativo”, ou seja, a fixação de “uma reprimenda compatível com o grau (máximo, médio ou mínimo) de reprovabilidade”. O que constituiria essa reprovabilidade, os autores não revelam. Para estes dois autores, a culpabilidade como critério de determinação da pena não é a mesma que integra o conceito analítico do crime, pois, segundo eles, a ausência de quaisquer dos elementos que a integram teria implicado previamente a absolvição do agente¹⁰.

Nesse sentido, a culpabilidade prevista no art. 59 do CP cumpriria função autônoma da culpabilidade enquanto pressuposto de punibilidade. Acerca do conteúdo da culpabilidade, Carvalho¹¹ afirma não haver distinções nos elementos que integram a culpabilidade do conceito analítico e da determinação da pena, apesar de que naquela se analisa atribuição de responsabilidade, enquanto nesta se verifica o grau de responsabilidade penal do autor. Essa posição representa uma parte da doutrina que entende a culpabilidade da determinação da pena como a mesma culpabilidade do conceito analítico do crime (critério qualitativo), mas com capacidade de gradação (critério quantitativo)¹².

⁸ BUSATO, P. C. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 875.

⁹ QUEIROZ, P. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 458.

¹⁰ Essa visão se assemelha a de Bruns (*apud* TEIXEIRA, 2015, p. 118). Na visão deste autor, existe uma desvinculação entre os critérios utilizados quando da análise do sistema do delito e os que envolvem a etapa de determinação da pena, sendo admitido nesta (diferentemente quando da análise dos pressupostos de imputação e punibilidade) a valoração de aspectos relativos personalidade do agente.

¹¹ CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 383.

¹² Nesse mesmo sentido, Greco (2022, p. 1318-1319), por exemplo: “Temos de realizar, dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometa e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda,

Fala-se, portanto, que a valoração da culpabilidade consiste em uma atividade do magistrado de averiguar o nível de consciência da ilicitude e a medida da exigibilidade de outra conduta¹³⁻¹⁴. Assim, entende-se a culpabilidade como uma escala que mede a reprovabilidade do agente que decide livremente violar uma norma.

A doutrina utiliza ainda o termo “censura”, que, de igual modo, é vazio de conteúdo para definir a culpabilidade. A exemplo de Brandão¹⁵ e Nucci¹⁶, que identificam culpabilidade como juízo de “censura”, sendo a culpabilidade da determinação da pena “a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”¹⁷.

Não obstante isso, uma abordagem mais atual compreende a culpabilidade não como mera circunstância judicial¹⁸, mas sim como elemento central na etapa de fixação da pena-base, funcionando como um delimitador da pena na análise das demais circunstâncias judiciais¹⁹.

Por fim, importa distinguir Carvalho²⁰ e Roig²¹ dos demais autores da doutrina dominante, na medida em que representam a existência de uma corrente que, construída a partir da teoria agnóstica da pena, critica a utilização de aspectos relativos ao autor do crime na culpabilidade. Para esses autores, sendo reconhecido que a pena é instrumento para exercício do poder

a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador”.

¹³ SANTOS, J. C. dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 530.

¹⁴ CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 383.

¹⁵ BRANDÃO, C. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 374.

¹⁶ NUCCI, G. de S. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 615.

¹⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2020. p. 1834.

¹⁸ SANTOS, J. C. dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 530.

¹⁹ De modo semelhante, Nucci (2021, p. 668) sustenta que “[...] a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso”.

²⁰ CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 383.

²¹ ROIG, R. D. E. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

punitivo que necessita ser contido por sua tendência ao excesso por meio da culpabilidade, propõe-se a responsabilização do agente de acordo com seu maior ou menor esforço “para alcançar a situação de vulnerabilidade à seletividade do poder punitivo”.

1.1 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS PROPOSTAS

O significado da culpabilidade permanece vago e os conceitos são incapazes de fornecer elementos objetivos para análise da culpabilidade. Das propostas formuladas usualmente apresentadas pela literatura brasileira, é possível extrair três principais críticas.

A primeira delas destinada à utilização de termos vagos para expressar o conteúdo da culpabilidade como um juízo de “censura ou reprovabilidade”. Nenhum desses termos é hábil para fornecer critérios para a medição da pena. Como pontua Teixeira²², “este termo (reprovabilidade) padece de grande indeterminação, para não dizer que é completamente isento de conteúdo”.

Como consequência, o magistrado possui ampla discricionariedade para determinar aquilo que, sob o seu ponto de vista, demonstra-se mais reprovável na atitude do agente. Como não está vinculado a quaisquer critérios para aferir uma maior reprovabilidade do comportamento, pode utilizar fatores ligados ao agente que julga serem mais reprováveis.

Nem a doutrina mais crítica de Carvalho²³ e Roig²⁴, fundada na teoria agnóstica da pena, mostra-se suficiente para resolver a obscuridade em torno do termo. De acordo com essa teoria, o sistema penal é ilegítimo e a pena, enquanto instrumento do exercício de poder, é injustificável, cumprindo apenas a função de controle social. Apesar disso, a pena representaria algo posto, e, nesse sentido, a função do direito penal seria tão somente conter o poder punitivo.

Em que pese ser plausível a orientação de um direito penal que tenha como proposta conter o poder punitivo estatal, os adeptos dessa teoria não fornecem, no que diz respeito a um conteúdo da culpabilidade, critérios

²² TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 134.

²³ CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

²⁴ ROIG, R. D. E. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

objetivos para limitar esse poder punitivo. Ao definir a culpabilidade como a medição da responsabilidade do agente de acordo com seu maior ou menor esforço “para alcançar a situação de vulnerabilidade à seletividade do poder punitivo”²⁵, os autores acabam incorrendo no mesmo vazio conceitual deixado pela doutrina dominante.

A segunda crítica é dirigida à possibilidade de aumento da pena de acordo com o “grau de reprovabilidade”, que, novamente, mostra-se totalmente isento de conteúdo. Na prática, a fixação da pena-base se dá acima do mínimo legal em razão de qualquer fator ligado ao agente que o magistrado considera ser mais reprovável. O único limite que se impõe ao magistrado no aumento da pena é o tempo máximo previsto no preceito secundário²⁶.

Dentro de uma concepção que entende a culpabilidade da determinação da pena como a mesma culpabilidade do conceito analítico do crime, a possibilidade de aumento da pena se mostra um contrassenso diante as disposições lá analisadas, que representam, todas, hipóteses de exclusão ou redução da responsabilidade penal. Não há como aumentar a pena sob o fundamento de uma maior capacidade de imputação, tampouco é possível averiguar uma acentuada reprovabilidade ou afirmar que do agente era exigível (mais que em outros casos) uma conduta diversa sem, no mínimo, incorrer num discurso moralizante acerca da personalidade do agente²⁷. Além disso, a culpabilidade é reduzida:

Em caso de erro de proibição vencível, por exemplo, sendo possível afirmar a existência de erro quanto ao conhecimento do injusto, o CP prevê a hipótese de atenuação da pena (art. 21, *caput*, do CP). Se constatada

²⁵ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 59.

²⁶ A partir da tradição da doutrina e da jurisprudência, que ressignificaram a teoria do termo médio, adotada antes da reforma do Código Penal de 1984, o cálculo da pena-base deve partir do mínimo legal (e não do termo médio) e o termo médio deverá ser observado apenas como limite máximo da pena. O termo médio, para doutrina, significa “o valor correspondente ao resultado da média aritmética entre o mínimo e o máximo abstratamente estipulador no tipo incriminador”. Portanto, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, existindo apenas circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deverá ser fixada próxima ao termo médio (CARVALHO, 2020, p. 425-430)

²⁷ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 34-35.

deficiência mental, havendo incompleta capacidade de compreensão da ilicitude do fato, o Código admite a possibilidade de diminuição da sanção (art. 26, parágrafo único, do CP); em caso de completa incapacidade de entendimento, prevê a exculpação (art. 26, *caput*, do CP).²⁸

A terceira crítica dirige-se à menção aos aspectos subjetivos relativos ao autor como elemento da culpabilidade, permitindo-se uma análise da censura da atitude interior do agente e a vontade empregada no fato para extrair uma medida da pena. Essa forma de valoração da culpabilidade demonstra-se, além de irrelevante²⁹, arbitrária, na medida em que “o juiz não possui meios para constatar se o agente praticou o fato, realmente, com audácia, desprezo, maldade, ganância, etc.”³⁰. O argumento que frequentemente se utiliza para valorar negativamente a culpabilidade no STJ é fundado na subjetividade do agente, geralmente escondido no jargão culpabilidade é o “maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta”.

A fim de corrigir essa distorção provocada por um juízo de moralidade, Stoco³¹ propõe a adoção de uma perspectiva liberal do direito penal por meio de um conceito de culpabilidade moralmente neutro, assim denominado por Luís Greco, na qual a culpabilidade jurídico-penal representa a falta de prudência do agente do crime com relação à pena: “Não se trata de censurar o autor por ter se decidido de forma errada, mas de suportar resultados previsíveis de suas próprias decisões”. Essa perspectiva, que confere determinabilidade e previsibilidade à lei penal, relaciona-se diretamente ao princípio da legalidade e da culpabilidade, bem como reflete, conforme se abordará a diante, uma pena proporcional ao fato praticado. Somente a partir desse ponto de partida,

²⁸ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 35.

²⁹ MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. de. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 6. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 912.

³⁰ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 34.

³¹ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 61.

mostra-se possível se posicionar a favor de uma culpabilidade pelo fato quando da análise do injusto no conceito analítico do crime.

Existe uma persistência no direito penal brasileiro em se analisar a formação da vontade ilícita. Essa tradição remonta à redação original do CP e se mostra compatível, sobretudo, com a concepção de Bruns sobre a incursão do julgador na subjetividade do agente no juízo da culpabilidade. Segundo o autor, uma pena justa significa uma pena de acordo com “a personalidade do autor que se fez culpado ou perigoso”. Assim, fatores subjetivos poderiam ser levados em conta quando fossem expressos na perpetração do fato considerando que a estrutura que sustenta o conceito analítico do crime e a que sustenta a determinação da pena seriam distintas³².

Essa visão de uma determinação judicial da pena, descolada das bases que fundam o conceito analítico do crime e vinculada à valoração da personalidade do agente, não se mostra legítima na formação de um conceito de culpabilidade, na medida em que, conforme alerta Stoco³³: “Ainda que se tente reduzir a importância destes aspectos para o âmbito da culpabilidade, na forma de uma constatação limitada ao fato concreto, também é de se questionar como seria possível avaliar apenas aquela parcela do caráter ou da atitude interior que seja relevante para o fato [...]”.

Menos ainda suficiente se mostra a afirmação de parte da doutrina dominante de que a culpabilidade da determinação da pena representa a mesma culpabilidade analisada no conceito analítico do crime, pois, conforme demonstrado, os elementos lá analisados não possuem o potencial de aumento da pena que essa mesma doutrina afirma ser possível na medida da culpabilidade.

Assim, concluindo não ser a culpabilidade da determinação da pena a mesma do conceito analítico do crime, nem mesmo aceitando-se a ruptura total da culpabilidade com os pressupostos de imputação ou punibilidade,

³² STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 62.

³³ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 63.

resta definir qual o significado do conceito de culpabilidade da determinação da pena.

2 PENA NA MEDIDA DA CULPABILIDADE

Conforme se verá adiante, o conteúdo da culpabilidade da determinação da pena está diretamente ligado ao injusto culpável. Essa relação, que não permite acréscimo fundado em aspectos preventivos da pena, por referir-se ao fato praticado, e não a um prognóstico feito em relação ao autor, é resultado da adoção de uma teoria da pena proporcional ao fato.

Esse posicionamento, contudo, não é capaz de definir se o acréscimo de pena baseado em elementos do fato seria admitido, nem mesmo se poderia esse acréscimo ser fundamentado na culpabilidade ou seria compatível com um conteúdo da culpabilidade da determinação da pena. Não é capaz, também, de fornecer critérios para a valoração de elementos relacionados ao fato na determinação judicial da pena. Em razão disso, além da justificação do que consiste em “critérios objetivos para um conceito de culpabilidade da determinação da pena”, os tópicos seguintes serão destinados à definição de um conteúdo da culpabilidade da determinação da pena e a busca por parâmetros mais robustos que apontem para uma valoração indevida da culpabilidade.

2.1 CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CULPABILIDADE DA DETERMINAÇÃO DA PENA

Com a finalidade de definir no que consistem critérios objetivos para o conceito de culpabilidade da determinação da pena, é necessário demonstrar algumas balizas oferecidas pelos princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade e pela teoria da pena proporcional ao fato.

Nos campos da ameaça da pena e da inflicção da pena, as finalidades da pena se comunicam de forma distinta. Enquanto ao legislador é permitido, no momento da ameaça da pena, valer-se da prevenção geral negativa³⁴, ao magistrado, no momento da inflicção da pena, essa finalidade se mostra inaplicável. Tal situação decorre de “barreiras éticas e jurídico-constitucionais que se impõem em face do exercício do poder estatal”³⁵.

³⁴ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 114.

³⁵ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 98.

A determinação judicial da pena, quando devidamente vinculada ao princípio da legalidade³⁶, informa que o magistrado deve buscar assegurar igualdade na infligência da sanção penal, evitando arbítrios. A busca pela determinabilidade da lei penal está em consonância com consequências ao agente que dizem respeito tão somente a critérios “transparentes e reconduzíveis à lei”; desse modo, não se mostra admissível, dentro da discricionariedade atribuída pelo legislador, que, na determinação judicial da pena, seja utilizada como fundamento para o aumento da pena a ocorrência de circunstâncias que a lei em momento algum reprovou³⁷.

Além do princípio da legalidade, deve o juiz, na determinação da pena, pautar-se no princípio da culpabilidade³⁸, isto é, a pena aplicada ao agente deve ser condizente com o injusto culpável, não podendo ser acrescida à quantidade da pena circunstâncias que o agente, ao tempo do crime, não conhecia ou não podia evitar³⁹. Ou melhor dizendo, a pena determinada deve estar diretamente relacionada com o crime praticado pelo agente, o que guarda estrita relação com a teoria da pena proporcional ao fato e com o conceito de culpabilidade em sentido amplo, mais adequada ao modelo de um direito penal liberal.

Como é possível notar, não é possível uma análise da determinação judicial da pena descolada de balizas à atuação punitiva estatal. Os princípios da culpabilidade e da legalidade cumprem, portanto, importante papel na definição da quantidade de pena aplicada ao agente do delito e são compatíveis e instrumentalizados por meio da imposição de uma pena proporcional ao fato praticado.

³⁶ Previsto no art. 5º, XXXIX, da CRFB: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Apesar do princípio da legalidade ser possível extrair diversos mandamentos – como a proibição de utilização do direito costumeiro como fundamento para a imposição da sanção penal, a proibição da retroatividade, e a proibição da analogia (TEIXEIRA, 2015, p. 108) –, o que interessa a este trabalho é o princípio da taxatividade, relacionado ao brocardo *nulla poena sine lege certa*.

³⁷ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 111.

³⁸ “Significa fundamentalmente exigir que alguém só pode ser punido caso aja com dolo ou ao menos com culpa. A renúncia à culpabilidade como princípio ou ideia significa a instituição de um sistema punitivo baseado na responsabilidade objetiva, em que se pune o indivíduo sem qualquer indicação de sua responsabilidade individual para o resultado que a ordem jurídica pretendia evitar.” (TEIXEIRA, 2015, p. 117)

³⁹ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 112-114.

Dentre as teorias da aplicação da pena, a teoria da pena proporcional ao fato, que, de modo geral, envolve a formulação de uma pena proporcional à gravidade do delito cometido⁴⁰, representa uma formulação em que as finalidades da pena não serão impostas sem a orientação dos parâmetros constitucionais.

Por isso, o abandono de aspectos preventivos e puramente retributivos na determinação da pena, dando espaço a uma pena na medida do fato praticado, pode ser justificado com base nesses dois princípios.

Portanto, para os objetivos propostos neste trabalho, a tese formulada por Teixeira, no sentido de que a teoria da pena proporcional ao fato se mostra mais adequada diante de princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade⁴¹, ao limitar o exercício do poder punitivo estatal, representa um importante norte para um conceito robusto de culpabilidade, calcado na previsibilidade e determinabilidade da lei penal.

2.2 DIFERENTES FUNÇÕES DO TERMO “CULPABILIDADE”

A confusão acerca do posicionamento da culpabilidade utilizada na determinação judicial da pena, assim como do seu próprio conteúdo, dá-se, pois o termo cumpre, no direito penal material, diversas funções distintas⁴², que são, no estudo de Achenbach, devidamente separadas. A proposta trazida pelo autor alemão desdobra a culpabilidade em três conceitos distintos⁴³ entre si e se mostra relevante para o presente trabalho, que busca justamente encontrar um conteúdo para a culpabilidade da determinação da pena.

É importante ressaltar, de antemão, que a compatibilidade da proposta trazida por Achenbach com a culpabilidade da determinação da pena prevista especificamente no art. 59 do CP será devidamente examinada posteriormente, cabendo agora apenas expor a distinção acentuada pelo autor da culpabilidade discutida na dogmática de forma abstrata.

⁴⁰ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 59.

⁴¹ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 72-176.

⁴² TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 116.

⁴³ No Brasil, Bitencourt (2021, p. 213) e Carvalho (2020, p. 189) identificam três funções do termo, apesar de entenderem que a culpabilidade da determinação da pena é a mesma culpabilidade do conceito analítico do crime.

A primeira função do termo se dá em um plano meta-positivo e corresponde à locução “não há pena sem culpabilidade”. A culpabilidade enquanto princípio busca responder: “Por que e até que ponto se aplica a pena?”. Isso significa dizer que um indivíduo só pode ser punido por aquilo que podia prever e até o ponto que podia evitar⁴⁴⁻⁴⁵.

Ignorar o princípio da culpabilidade significaria, invariavelmente, punir um indivíduo com base na responsabilidade objetiva⁴⁶, na qual o agente responderia até mesmo por situações fortuitas não relacionadas à adoção de uma conduta contrária à norma. Ou seja, o princípio da culpabilidade possui dois níveis: “O da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito”⁴⁷.

Como é possível perceber, do princípio da culpabilidade não é possível extrair um conceito da culpabilidade da determinação da pena, mas é possível afirmar, de acordo com Campos⁴⁸, que essa função informa a impossibilidade de aumentar a pena em decorrência de fatores que o agente não podia prever ou evitar.

A segunda função do termo, denominada culpabilidade em sentido estrito, refere-se à culpabilidade enquanto terceiro substrato do conceito analítico do crime e serve como fundamento da pena contra o autor de determinado delito. Além disso, regula as causas que excluem a responsabilidade penal (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). A pergunta que se busca responder é: “aplica-se a pena?”.

Por fim, a terceira função da culpabilidade, denominada de culpabilidade em sentido amplo, diz respeito à culpabilidade como critério de determinação da pena. Nessa função, a culpabilidade não representa a mesma culpabilidade

⁴⁴ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 104 e 117.

⁴⁵ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 37 e 40.

⁴⁶ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 117.

⁴⁷ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 245-246.

⁴⁸ CAMPOS, T. Y. G. *Racionalidade da motivação na determinação judicial da pena: uma análise de decisões prolatadas em 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2019, p. 131.

do conceito analítico do crime (ou culpabilidade em sentido estrito), pois não é possível mensurar as causas de exclusão da responsabilidade penal que lá são analisadas⁴⁹.

A culpabilidade em sentido amplo abrange todos os substratos analisados no conceito analítico do crime, portanto, é formada tanto pelo injusto (tipicidade e ilicitude) como pela culpabilidade em sentido estrito. Desse modo, os fatores utilizados quando da análise do pressuposto de punibilidade, que possuem capacidade de gradação, são examinados conjuntamente na determinação judicial da pena⁵⁰. A abrangência de todos os substratos analisados no conceito analítico do crime (injusto culpável) permite chegar em uma pena na medida da culpabilidade, ou seja, apenas circunstâncias previstas no sistema jurídico-penal que ao autor eram previsíveis ou evitáveis podem influir na medida da pena⁵¹. Pode ser dito, portanto, que a pena na medida da culpabilidade é uma pena na medida do injusto culpável.

A fim de evitar novamente a vagueza da definição de culpabilidade da determinação da pena já observada na doutrina dominante, é necessário alertar que os próximos tópicos cuidarão de uma análise pormenorizada acerca dos fundamentos para uma culpabilidade em sentido amplo e a relação com os elementos que a integram (injusto e a culpabilidade em sentido estrito).

2.3 O INJUSTO CULPÁVEL COMO FUNDAMENTO PARA A DETERMINAÇÃO DA PENA

A atribuição do conceito de culpabilidade em sentido amplo à culpabilidade da determinação da pena não se dá *per se*, ou seja, existe uma razão para o injusto culpável servir como fundamento para a culpabilidade da determinação da pena. Inicialmente, é possível apontar a necessidade de um processo de racionalização da determinação da pena que, quando comparada à teoria do delito, possui uma grave deficiência quanto ao conteúdo dogmático que já foi produzido. O reflexo disso no Brasil, ao se deparar com o *caput*, art. 59 do CP, o qual inaugura a determinação da pena, é que, diferentemente da análise dos pressupostos de punibilidade (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), os

⁴⁹ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 117-118.

⁵⁰ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

⁵¹ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 118.

requisitos ali observados em nada se referem ao fato praticado⁵², com a ressalva do comportamento da vítima, das circunstâncias e das consequências do crime⁵³. Enquanto a teoria do delito possui refinadas fórmulas para imputação, a determinação da pena se reveste do mais variado rol de subjetividade relativa ao agente e considera relevante aspectos preventivos, em verdadeiro exercício de prognóstico em sua relação.

Essas objeções apontam para a necessidade da determinação da pena se dar como uma etapa de quantificação dos elementos do conceito analítico do crime, fornecendo ao magistrado, ao determinar a pena, critérios objetivos, referidos na própria lei. A mera adoção de uma teoria da pena proporcional ao fato já é capaz de retificar tais objeções por determinar uma pena voltada à retrospectiva do fato e a exclusão de critérios preventivos para a determinação da pena⁵⁴. Nesse cenário, a culpabilidade em sentido amplo, ao fazer referência ao injusto e à culpabilidade em sentido estrito, representa o instrumento de concretização da teoria da pena proporcional ao fato.

Ao vincular a demarcação da culpabilidade na determinação da pena ao injusto, assim justifica Martinelli⁵⁵:

Em hipóteses expressamente delimitadas no Código Penal, infere-se que a diferenciação efetuada no campo do injusto afeta a dosimetria da pena. Vejam-se, por exemplo, as minorantes de pena nos casos de tentativa delitiva (CP, art. 14, parágrafo único) e estado de necessidade (CP, art. 24, § 29). A culpabilidade, que

⁵² Defendendo uma interpretação da culpabilidade do art. 59 do CP, como culpabilidade em sentido amplo, Teixeira (2015, p. 132-133) pontua: “[...] por que, diante da toda complexidade de um delito, apenas a culpabilidade em sentido estrito, e não o injusto e suas diversas formas de manifestação no caso concreto, importariam para a dosimetria da pena? Atualmente não se contesta que, além da exigibilidade de conduta diversa, o grau de imputabilidade e nível de consciência da ilicitude, também o injusto é um elemento fundamental não só para a afirmação da punibilidade, mas também para a quantificação da sanção penal”.

⁵³ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 79-81.

⁵⁴ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 120-121.

⁵⁵ MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. de. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 6. ed. São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 915.

se vincula estritamente ao injusto, também poderá ser demarcada em níveis diversos.

Essa comunicação entre o conceito analítico do crime e a determinação da pena representa um processo necessário de racionalidade da determinação da pena na medida em que “privilegia o princípio da culpabilidade pelo fato, sublinha a determinabilidade legal da pena e tem o condão de evitar o arbítrio e assegurar a igualdade na aplicação da sanção penal”⁵⁶. Desse modo, o agente suporta somente consequências jurídico-penais que por ele podiam ser conhecidas, isto é, a “medida da culpabilidade não é dada por si mesma, mas pela medida que integra a esfera de responsabilidade criminal do agente, segundo critérios estabelecidos pelo sistema jurídico-penal”⁵⁷.

Além de constituírem fundamento, o injusto e a culpabilidade em sentido estrito vão cumprir funções na determinação da quantidade de pena. Em razão disso, no próximo tópico, discorreremos como esses elementos serão valorados.

2.4 A MEDIDA DA PENA: O INJUSTO E A CULPABILIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Conforme abordamos, aumentar a pena em decorrência da culpabilidade em sentido estrito se mostra, ao menos, contraproducente aos elementos que a compõem, já que todos representam hipóteses de exclusão ou redução da responsabilidade penal. A ideia de uma culpabilidade “agravada”, ou seja, o ato de aumentar a pena pois do agente era “mais” exigível que adotasse uma conduta diversa, ou que tivesse uma “maior” consciência do injusto, acaba abrindo espaço para a incidência de elementos subjetivos relacionados ao agente. Por isso, qualquer “interpretação moralizante a respeito da capacidade de agir de acordo com a norma” deve, de pronto, ser substituída por um conceito de culpabilidade moralmente neutro⁵⁸⁻⁵⁹.

⁵⁶ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 121.

⁵⁷ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 68.

⁵⁸ TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 127.

⁵⁹ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 88, 89, 179.

Criticando o que nomeou de “falsa capacidade de agravamento”, Stoco⁶⁰ indica que “a capacidade de agir de modo diverso no momento do fato somente poderá ser ou total ou reduzida, em distinta e graduáveis medidas, mas nunca agravada para além de sua forma completa”. Portanto, considerando que a culpabilidade em sentido estrito só apresenta elementos que excluem ou reduzem a responsabilidade penal, não pode servir de fator constitutivo da pena.

A função da culpabilidade em sentido estrito na determinação judicial da pena será apenas de reduzir a quantidade de pena, quando não for possível atribuir, de forma integral, o injusto ao autor, seja pela redução da capacidade de imputabilidade, de potencial conhecimento do injusto ou da possibilidade de conduta diversa. Assim, quando houver diminuição da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação, erro de proibição evitável, ou restrições à possibilidade de agir de acordo com a norma, admite-se a atenuação da pena fundada na culpabilidade em sentido estrito⁶¹.

Por outro lado, o injusto, traduzido nos conceitos de tipicidade e ilicitude, possui elementos que servem para a graduabilidade da pena, tanto para cima como para baixo, de acordo com o maior ou menor desvalor da ação e do resultado. Isto é, a tipicidade e a ilicitude podem demonstrar quais comportamentos que o direito penal pretende, com maior ou menor intensidade, proibir e os resultados que mais deseja evitar. Conforme mencionado por Stoco⁶², em alguns tipos penais, “o grau de intensidade do injusto e seus reflexos para a medida da pena estão já indicados pelo legislador”. É o caso do delito de roubo, na qual o legislador, considerando o maior desvalor do resultado, determina o aumento de 1/3 até metade da pena se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. Também, é possível exemplificar a intensidade do injusto de resultado por meio do delito de peculato culposo, na qual o legislador, considerando o menor desvalor do resultado, determina a

⁶⁰ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 89.

⁶¹ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 179.

⁶² STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 90.

redução de metade da pena imposta nas hipóteses em que ocorre a reparação do dano após a sentença irrecurável⁶³.

Em crimes que tutelam bens jurídicos individuais, a perspectiva da vítima é essencial para apurar o maior ou menor desvalor do injusto de ação, a partir do conceito de injusto vinculado à danosidade social⁶⁴, conforme expõe Stoco⁶⁵:

O conceito de injusto de ação de *Hörnle* para a aplicação da pena, embora contemple critérios subjetivos referidos ao agente, submete-os, assim, a um filtro mais apto a garantir que apenas as circunstâncias que possuam uma relação clara com o mundo exterior possam ser consideradas por serem ameaçadoras sob a perspectiva da vítima. Isso significa que a representação dos aspectos subjetivos do injusto de ação apenas terá relevância se influir *concretamente* na lesão ou na ameaça percebidas sob a perspectiva externa do portador do bem jurídico.

Para o injusto do resultado, nestes mesmos delitos, a “teoria do dano de acordo com o grau de redução da qualidade de vida da vítima” cumpre o papel de fornecer por meio de uma “avaliação comparativa de gravidade dos crimes”, fundada em uma análise normativa, e, a partir da perspectiva da vítima, o desvalor do injusto de resultado. Tratando-se de crimes cujos bens jurídicos são coletivos, a teoria da *unfair advantage*, desde que aplicada com temperamentos, é capaz de fornecer critérios objetivos para a medida da pena.

⁶³ BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848 (1940)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

⁶⁴ O conceito de injusto vinculado à danosidade social, ou seja, “comete injusto aquele que, no âmbito de um tal conflito de interesses, interfere em um bem jurídico protegido sem que esteja amparado por uma causa de justificação”, por si só, não seria suficiente para excluir considerações preventivas especiais ou gerais, daí a necessidade de o associar ao “ponto de vista do portador do bem jurídico lesado ou ameaçado” (STOCO, 2019, p. 134-135).

⁶⁵ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 136.

Além de não ser aplicável a bens jurídicos individuais, essa teoria deve ser restringida aos delitos econômicos⁶⁶.

CONCLUSÕES

Diante da escassez da dogmática da determinação da pena, que resulta na indefinição de diversos elementos valorados pelo julgador na medida da pena, a presente pesquisa buscou extrair parâmetros de racionalidade para a culpabilidade da determinação da pena pautados, notadamente, na teoria da pena proporcional ao fato como um consectário dos princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, a fim de conferir ao conteúdo da culpabilidade, previsibilidade e determinabilidade como critério na imposição da pena.

A referência ao fato praticado para guiar a busca pela definição da culpabilidade é essencial na medida em que a análise do conceito de culpabilidade, segundo uma parte da literatura brasileira, representada como um juízo quantitativo da culpabilidade do conceito analítico do crime, demonstrou a ausência de precisão sobre os elementos que a compõem, no que resulta a tendência de incursão na subjetividade do agente refletida na aplicação da pena. Esse conceito de culpabilidade, como um juízo de reprovabilidade da conduta que permite a valoração de aspectos subjetivos relativos ao autor, não se mostrou legítimo, primeiro porque não se presta a apresentar critérios para a medida da pena estabelecidos por lei, segundo porque impõe ao agente uma pena alheia ao fato por ele praticado.

Portanto, constata-se que o conceito de culpabilidade da determinação da pena deve ser desvinculado daquele referente à culpabilidade do conceito analítico do crime.

Nesse cenário, o conceito de culpabilidade da determinação da pena, alinhado aos princípios constitucionais, informa a necessidade de critérios previstos em lei e a impossibilidade de aumentar a pena em decorrência de fatores que o agente não podia prever ou evitar. Trata-se de barreiras jurídico-constitucionais que, ainda que permitam justificar a existência de uma pena, não permitem que essas justificativas sejam impostas na aplicação da pena ao apenado. Na observação rigorosa desses parâmetros, a teoria da pena

⁶⁶ STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 166, 221-226.

proporcional ao fato oferta a rejeição a um juízo moralizante do autor e propõe uma pena retrospectiva ao fato.

Com a finalidade, portanto, de evitar o arbítrio judicial e estabelecer uma pena proporcional ao fato praticado pelo agente, passa a se vincular o conceito de culpabilidade da determinação da pena ao injusto culpável. Em outras palavras, a culpabilidade, em sentido amplo, passa a estabelecer uma pena proporcional ao delito cometido, de modo a estabelecer limites à atuação punitiva estatal na aplicação da pena, por meio de critérios previsíveis ao agente.

A culpabilidade em sentido amplo representa, pois, um norte na aplicação da pena proporcional ao fato e é composta pelo injusto e pela culpabilidade em sentido estrito. Como se vê, o injusto e a culpabilidade em sentido estrito não compõem somente fundamentos para a determinação da pena, mas também representam a possibilidade de medida da culpabilidade, de modo a permitir a atribuição de maior ou menor desvalor do injusto, e do menor desvalor da culpabilidade em sentido estrito. Nesse sentido, o injusto atua como fator constitutivo e atenuante da pena e a culpabilidade em sentido estrito, com função atenuante da pena.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2020.

BOSCHI, J. A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRANDÃO, C. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848 (1940)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

BUSATO, P. C. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, S. de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAMPOS, T. Y. G. *Racionalidade da motivação na determinação judicial da pena: uma análise de decisões prolatadas em 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.

GRECO, R. *Curso de direito penal*: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. de. *Direito penal parte geral*: lições fundamentais. 6. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

NUCCI, G. de S. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

QUEIROZ, P. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ROIG, R. D. E. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, J. C. dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

STOCO, T. de O. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TEIXEIRA, A. *Teoria de aplicação da pena*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume - Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Submissão em: 29.02.2024

Avaliado em: 24.09.2024 (Avaliador A)

Avaliado em: 05.09.2024 (Avaliador B)

Aceito em: 25.09.2024