

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ALANI MARIA BENVENUTTI

**A ATENUANTE INOMINADA DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL:
LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO**

**CURITIBA
2015**

ALANI MARIA BENVENUTTI

**A ATENUANTE INOMINADA DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná. Núcleo Curitiba.

Orientador: Sylvio Lourenço da Silveira Filho

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALANI MARIA BENVENUTTI

A ATENUANTE INOMINADA DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de de 2015.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA E LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL | 8 |
| 2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE..... | 10 |
| 2.2 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DAS PENAS OU PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA MÍNIMA | 13 |
| 2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS..... | 16 |
| 2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS | 20 |
| 3 CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES ATÍPICAS..... | 25 |
| 3.1 SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE INDIVIDUAL | 30 |
| 3.2 SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE SOCIAL | 32 |
| 3.3 SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE PROCESSUAL | 40 |
| 3.4 SITUAÇÕES LÍMITROFES DE QUASE EXCLUSÃO DO DELITO E DA PUNIBILIDADE | 42 |
| 3.5 SITUAÇÕES DE QUASE CONFIGURAÇÃO DE ATENUANTES LEGAIS E A APLICAÇÃO ANALÓGICA DE ATENUANTES ESPECÍFICAS | 49 |
| 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A RECEPÇÃO DAS TEORIZAÇÕES DOUTRINÁRIAS NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS..... | 54 |
| 4.1 DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA E DOS CONSEQUENTES POSICIONAMENTOS JUDICIAIS..... | 55 |
| 5 CONCLUSÃO | 63 |
| REFERÊNCIAS..... | 65 |

RESUMO

O presente trabalho buscou dar enfoque à chamada atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, assim denominada em razão de seu conteúdo genérico que viabiliza a ampliação do rol de atenuantes para além daquelas taxativamente previstas no dispositivo legal antecedente. Dado seu caráter ampliativo, a atenuante inominada consubstancia-se em verdadeiro instrumento redutor do poder punitivo estatal e, por consequência, apresenta-se em consonância à lógica garantista delineada pelos princípios norteadores da aplicação da pena, a exemplo dos princípios da legalidade, pessoalidade, humanidade e individualização da pena. Todavia, é justamente seu caráter genérico que tem obstaculizado sua aplicação, haja vista o apego exacerbado dos aplicadores do direito à estrita legalidade. Assim, visando diminuir as distâncias entre os espaços teórico e prático do Direito, intentou-se elencar, com supedâneo na lógica minimizadora de danos já referida, hipóteses situacionais de incidência da atenuante inominada referenciadas em inovadora doutrina pátria. Desse modo, circunstâncias concretas que demonstrem a quase configuração de causas de exclusão de punibilidade ou ilicitude, bem como peculiaridades atinentes ao indivíduo que receberá a pena, como o acometimento de doenças ou, ainda, a vulnerabilidade social, racial, cultural e intelectual que reflete na limitação da autodeterminação de sua conduta devem ser sopesadas pelo juiz sentenciante na busca de melhor individualizar a pena a ser aplicada. Igualmente, a injustificada demora processual, a estigmatização que se acomete sobre o indivíduo preso provisoriamente e que vem a ser absolvido, além de atenuantes específicas que podem ter seu âmbito de incidência alargado por meio da analogia *in bonam partem* são exemplos de situações concretas que, quando auferidas no decorrer do processo, oportunizam a incidência do instituto e lhe conferem conteúdo. Por fim, após a análise pormenorizada das hipóteses de incidência, fez-se estudo jurisprudencial buscando-se auferir, na prática, o tratamento dispensado ao assunto pelos tribunais pátrios, a partir do que se vislumbrou quão minoritária é a acolhida ao pleito de incidência da atenuante do artigo 66 do Código Penal, mas também como já há entendimentos pioneiros no sentido de atribuir plena eficácia a esse instituto de importância ímpar na aplicação de uma pena mais humana, proporcional e individualizada possível.

Palavras-Chave: direito penal – aplicação da pena – atenuante inominada– hipóteses de incidência.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuidará da análise pormenorizada da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal Brasileiro¹. Em que pese o tratamento dispensado ao tema no âmbito dos tribunais pátrios ainda seja embrionário e limite-se a identificar, como se sinônimos fossem, a atenuante genérica e a teoria da co-culpabilidade estatal, sendo esta, na realidade, apenas uma das possibilidades de aplicação ao caso concreto do dispositivo legal supracitado, conforme adiante se verá, há significativa construção teórica que sinaliza, por sua vez, para um espectro variado de possibilidades de incidência da atenuante inominada.

Assim, buscando dar visibilidade ao tema e proporcionar aplicabilidade à norma, bem como pretendendo diminuir as distâncias entre construções doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, o trabalho que ora se inicia tratará, em seu primeiro momento, dos princípios constitucionais norteadores da aplicação da pena e, uma vez situado o tema ora em comento dentro da segunda fase de aplicação da pena, eis que causa atenuante, dar-se-á início à análise pormenorizada das possibilidades de atenuação da pena mediante o reconhecimento de situações de vulnerabilidade individual, social e processual, de um lado, e da verificação de situações limítrofes, de outro.

Desse modo, com base em amplo rol de possibilidades esboçadas por Rodrigo Duque Estrada Roig² e sistematizadas por Salo de Carvalho³, busca-se dar conteúdo à norma de caráter genérico, ampliando-se assim o leque de hipóteses de atenuação da pena e dispensando-se, por fim, a devida atenção a este dispositivo penal olvidado, quando não muito excluído das discussões jurídicas.

Esboçadas as hipóteses de cabimento da atenuante inominada elencadas pela doutrina, chega-se ao necessário momento de apreciação do tratamento dispensado ao tema no dia-a-dia dos tribunais. A partir de selecionadas decisões jurisprudenciais proferidas nos tribunais pátrios sobre o tema, serão observadas as

¹ Art. 66 - *A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros.*

³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.*

principais teses sustentadas pela defesa quando requer a incidência da atenuante inominada e, especialmente, restarão evidentes os posicionamentos dos magistrados a respeito do assunto aqui abordado.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA E LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Apresenta-se como imprescindível para uma necessária revisão dos parâmetros de aplicação da pena a realização de um influxo de efetividade à Constituição Federal, aos Códigos Penal e de Processo Penal, à Lei de Execuções Penais, bem como aos Tratados e Convenções internacionais em matéria penal.⁴

Isso porque tais documentos legislativos e os princípios neles expressos devem superar o caráter informativo que lhes é costumeiramente atribuído e passarem a atuar de maneira integrada, almejando, em conjunto, a superação do demasiado apego positivista a dispositivos infraconstitucionais⁵ e a criação de um sistema jurídico mais democrático que parta de seu embasamento axiológico.

A esse respeito, Amilton Bueno de Carvalho assim aduz:

(...) como a legalidade fria, muitas e muitas vezes, é entrave a decisões democráticas, busca-se ter o direito em construção, abandonando-se a visão de se o ter como dado. Ou seja, ousa-se criar ao invés de buscar apenas revelar o direito emergente do Estado⁶.

Por outro lado, vislumbrando-se que a ordem constitucional brasileira abdicou de estabelecer explicitamente funções à sanção criminal, mas preocupou-se sobremaneira, em seu lugar, em estabelecer uma rede de princípios limitativos do poder punitivo estatal, dentre os quais preponderam os princípios da personalidade, individualização e humanização das penas, imperioso se faz concluir que prepondera em nosso sistema, ao menos teoricamente, a orientação político-criminal redutora.⁷

Assim, tendo-se em conta que os princípios constitucionais existem para traçar limites punitivos e exercer função contentora de danos, sendo incongruente aceitar sua invocação em prejuízo de seu indivíduo destinatário, no caso o réu, conclui-se que decorre do fundamento constitucional da dignidade da pessoa

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 53-54.

⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 53-54.

⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo em Movimento*, p. 78.

⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 264.

humana e do princípio da humanidade das penas o dever jurídico-constitucional de minoração da afetação individual.⁸

Desse modo, afirma Rodrigo Roig:

Tendo em vista que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas” (art. 7º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e considerando que a Constituição de 1988 estabeleceu como norte a contenção de danos e a fixação de limites punitivos, é nesse sentido que a tarefa de injunção da pena privativa de liberdade deve ser manejada e interpretada⁹.

Sob essa ótica de uma nova perspectiva de aplicação da pena, mister se faz lembrar que a interpretação dos direitos humanos deve ser *pro homine*, aplicando-se a alternativa que mais amplie o âmbito de fruição e exercício de um direito, liberdade ou garantia.¹⁰

Com efeito, ao revés de transformar a sentença criminal em instrumento político-criminal marcado por subjetivismos, deve o magistrado ater-se, quando da aplicação da pena individualizada, àqueles meios discursivos viabilizadores do adimplemento da verdadeira obrigação constitucional em que consiste a minimização dos efeitos da pena privativa de liberdade sobre o indivíduo¹¹ e, nesse aspecto, os princípios constitucionais, quando verdadeiramente apropriados pela argumentativa judicial, transmutam-se em reais condicionantes da aplicação da pena e estreitam a margem de arbítrio subjetivista aberta pelo legislador.¹²

Nesse sentido, o capítulo que ora se inicia propõe uma releitura dos principais princípios norteadores da aplicação da pena sob o viés da mitigação da afetação do indivíduo, premissa esta que sustentará, mais adiante, o ponto fulcral deste estudo que trata das possíveis hipóteses situacionais que se enquadram na genérica previsão realizada pelo Diploma Penal ao prever as atenuantes inominadas de seu artigo 66.

⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.54.

⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.55.

¹⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.57.

¹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.51.

¹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.58/59.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ao vincular a existência de um delito e sua possibilidade de punição à lei anterior, o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 ancora todo o sistema jurídico brasileiro de delitos e penas no princípio da legalidade, sendo possível se afirmar, inclusive, ser este princípio condição *sine qua non* de um sistema jurídico democrático.¹³

Tratando-se o princípio da legalidade de um dos princípios de direito penal e processual penal voltados à tutela das liberdades individuais, sua consubstanciação foi propiciada paralelamente à formalização dos direitos e garantias individuais e coletivos pela Carta de Direitos Humanos na ONU (1948), após finda a Segunda Guerra Mundial.¹⁴

A incorporação das garantias individuais no texto constitucional teve como principal efeito a limitação da atuação das agências punitivas, sejam elas legislativa, judiciária ou executiva. Assim, muito embora haja previsões constitucionais habilitadoras do poder punitivo, citando-se apenas a título exemplificativo a imprescritibilidade do crime de racismo (art., 5º, XLII, CF), a estrutura normativa moldada pelos princípios garantistas apresenta-se fundamentalmente constrictiva em relação à atuação punitiva estatal, atuando o princípio da legalidade como o mais potente instrumento de controle punitivo^{15,16}

Luigi Ferrajoli subdivide o princípio da legalidade em duas vertentes. Em sua dimensão formal, também identificada como legalidade em sentido amplo e considerada regra de divisão do poder punitivo, há a imprescindível vinculação entre a previsão anterior da conduta proibida e a possibilidade de aplicação da sanção. Em outras palavras, a dimensão formal da legalidade prescreve ao juiz que tão somente podem ser declarados como crimes, em sentença, aquelas condutas previamente consideradas puníveis pelo legislador.¹⁷

¹³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p 254.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 253.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, p. 50.

¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 254.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 348 e ss.

Enquanto a legalidade em sentido amplo é destinada aos juízes, Ferrajoli explica que o princípio cognitivo da estrita legalidade seria destinado ao legislador, posto que norma metalegal que define técnicas e prescrições para a qualificação de uma conduta como punível.¹⁸

A esse respeito, apresentam-se com maior clareza as palavras de Cláudio do Prado Amaral, que define a dimensão material da legalidade ao afirmar que de nada adiantariam a reserva legal e as proibições de analogia e costumes *pro societate*, ou seja, a legalidade em sua dimensão meramente formal, se a lei não exibisse a clareza e certeza semânticas necessárias para, reduzindo “o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei”¹⁹, expurgar qualquer decisão subjetiva e arbitrária²⁰.

Em matéria de aplicação penal, o princípio da legalidade passou a incorporar o ordenamento jurídico brasileiro através do Código Penal de 1830, que em seu artigo 33 dispunha que nenhum delito seria punido com penas diversas daquelas estabelecidas em lei, “*salvo o caso, em que aos Juízos se permitir arbítrio*”²¹. Embora notável a margem de discricionariedade judicial permitida, afirmava-se aí a necessidade de correspondência das penas concretas aos marcos legais previamente estabelecidos.²²

De modo semelhante, o diploma penal de 1890 também permitia, em seu artigo 61, que o arbítrio judicial desconstituisse o sistema de marcos penais mínimo e máximo. A permissão taxativa do arbítrio judicial quando da aplicação da pena, no entanto, não encontrou respaldo no Código Penal de 1940 e tampouco na Reforma de 1984.²³

Todavia, se um por lado o arbítrio judicial e seu consequente ilimitado poder punitivo foram tolhidos dos diplomas oficiais, por outro aspecto o princípio da legalidade não foi capaz de extirpar da *práxis* judicial o obsessivo apego ao correccionalismo e seus visíveis efeitos na quantificação da pena. Além disso, a deficiência de parâmetros legais e doutrinários definidos para a gradação penal

¹⁸ FERRAJOLI, *Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 348-349 e ss.

¹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios Penais. Da Legalidade à Culpabilidade*, p. 54- 55.

²⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios Penais. Da Legalidade à Culpabilidade*, p. 54- 55.

²¹ Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio.

²² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.71.

²³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.70- 71.

dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos abre um leque de possibilidades decisórias arbitrárias.²⁴

Não se quer dizer, como pode aparentar, que a solução para a excessiva subjetivação da mensuração da pena seja sua imutabilidade e objetivação, ainda mais quando esta posição de quantificação automática da pena confronta-se com os princípios constitucionais da individualização e humanidade das penas, mas sim quer-se dizer que relegar ao arbítrio judicial a função de precisar a pena constitui, em última análise, em abdicação da legalidade.²⁵

A esse respeito, afirma-se:

Justificável, pois, a antiga preocupação dos juristas quanto à excessiva discricionariedade no processo de aplicação da pena privativa de liberdade. Daí que a necessidade de contenção deste poder tornou-se durante muito tempo o centro das discussões em matéria de avaliação penal. Atualmente, muito embora não mais receba da dogmática a mesma proeminência de outrora, ainda merece atenção e vigilância, de modo a conter os constantes influxos irracionais punitivos.²⁶

Dessa constatação surge a necessidade de o próprio princípio da legalidade atuar como limitador à discricionariedade do juízo aplicador da sanção penal, assegurando que sua atuação jamais se dê em desfavor do acusado, como ocorre, por exemplo, quando são feitas referências às atitudes interiores do sentenciado, como o seu não arrependimento pela prática delitiva, e que não são amparadas pela legalidade, para agravar sua pena²⁷.

A redução de hipóteses incriminadoras à matéria legislada, por sua vez, não impede o uso das demais fontes do direito como norteadoras interpretativas do sistema jurídico-penal, de modo que é plenamente admissível valer-se do direito costumeiro, da jurisprudência e do direito comparado, salvo quando se trate de interpretação criminalizadora ou penalizadora.²⁸

Assim, viável a flexibilização da legalidade penal apenas se esta relativização, nas palavras de Salo de Carvalho, “projetar uma ampliação dos horizontes de liberdade”²⁹, como ocorre, por exemplo, nas situações de analogia *in*

²⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.72.

²⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.73.

²⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.72.

²⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.73-74.

²⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 255.

²⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 255.

bonam partem e quando são reconhecidas causas supralegais de exclusão da tipicidade, a exemplo do princípio da insignificância.³⁰

Especificamente sobre o tema das atenuantes inominadas, afirma Salo de Carvalho:

A formalização das atenuantes inominadas consagra uma perspectiva dogmática direcionada à flexibilização da interpretação das regras penais nas hipóteses de favorecimento do réu. Se o princípio da legalidade impõe, nas causas de agravamento da pena, barreiras para definição do grau máximo de responsabilização, objetivando restringir a interpretação judicial, em relação às atenuantes (grau mínimo de responsabilização), estas fronteiras são extremamente voláteis e porosas.³¹

A esse respeito, Amilton Bueno de Carvalho é precisamente didático ao asseverar que quando a norma oscila para a direção punitiva, a interpretação é restritiva, tendo força centrípeta, isto é, para o núcleo do texto, já quando se aponta para a diretiva libertária “a força hermenêutica deve ter potencialidade centrífuga, dirigida para fora, com olhar extensivo dos direitos e garantias”³².

Conclui-se, portanto, que a leitura garantista do princípio da legalidade atua em dupla vertente, afirmando-se a legalidade estrita e permitindo, concomitantemente, sua flexibilização, quando dela decorrer situação mais favorável ao réu com a restrição do poder punitivo e, por consequência, ampliação do gozo de seus direitos e liberdades individuais.³³

2.2 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DAS PENAS OU PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA MÍNIMA

O princípio da pessoalidade das penas que limita a responsabilização penal ao autor do crime foi consagrado na Constituição de 1824 e, com exceção da Carta

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 255-256.

³¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 414.

³² AMILTON BUENO DE CARVALHO, LEI PARA QUEM P. 142-146.

³³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 256.

de 1937, foi repetido, em que pese não nos mesmos termos, por todos os textos constitucionais brasileiros.³⁴

Em síntese, pelo primado da intranscendência das sanções criminais, a possibilidade de aplicação da pena está condicionada à determinação de um vínculo definido entre a conduta criminal perpetrada e seu autor, de modo que a imputação penal apenas recai sobre o indivíduo que agiu em dissonância à norma penal.³⁵

Para além da vinculação entre a conduta e aquele que lhe deu causa, imprescindível que o autor tenha optado livre e conscientemente pela prática da ação ou omissão, ou seja, exclui-se qualquer possibilidade de imposição de sanção a terceiros alheios ao cometimento do crime e a pessoas que, embora tenham produzido o resultado, não o fizeram dotados do necessário liame psicológico.³⁶ Do mesmo modo, o critério da vinculação subjetiva entre autor e fato punível extirpa do ordenamento jurídico a atribuição de responsabilidade penal objetiva (*sine culpa*)³⁷.

No entanto, muito embora haja a previsão de que a pena não passará da pessoa do acusado, Paganella Boschi inicia a problematização afirmando ser evidente que os efeitos da condenação atingem terceiros inocentes, como, por exemplo, quando o condenado morre e seus descendentes permanecem obrigados a reparar os danos causados pela infração³⁸.

A problematização, por sua vez, é mais aprofundada a partir do viés da menor afetação do indivíduo e da releitura dos princípios constitucionais propostas por Rodrigo Roig. Primeiramente, segundo o autor, deve-se adotar a expressão “transcendência mínima” que além de mais realista, reconhecendo a impossibilidade fática de a pena se concentrar tão somente na pessoa do acusado sem afetar a vida daqueles que integram o mesmo círculo social e familiar do apenado, não se limita a pretender que a pena passe, então, o mínimo possível da pessoa do condenado e não atinja terceiros, mas sobretudo inova ao propor que a sanção passe o mínimo possível ao condenado³⁹.

³⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 257.

³⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 257.

³⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 258.

³⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 258.

³⁸ PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 50.

³⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 97.

Sob este novo enfoque de minimização da pena ao condenado e a terceiros, são refutadas, *prima facie*, toda e qualquer fundamentação da aplicação da pena sob argumentos preventivos, haja vista a imposição de pena como instrumento que pretende a obediência da norma pelos demais através do exemplo do apenado consistir em explícita violação ao princípio da pessoalidade da pena em sua nova roupagem como princípio da transcendência mínima.⁴⁰

A esse respeito, ainda, vale ressaltar que usando de argumentos correccionalistas e dirigidos, ainda que indiretamente, a acalmar os ânimos sociais, a sentença criminal transmuda-se em veículo de política criminal na mais clara invasão da seara legislativa.⁴¹ Nesse ponto, esclarecedoras as palavras do autor ao aduzir que “não cabe ao magistrado transformar sua sentença em instrumento de política criminal, sob pena de a fase de individualização judicial da pena transformar-se em verdadeira instrumentalização do réu com fins de prevenção geral”⁴².

Igualmente, a elevação da pena com base em argumentos abstratos como o avanço sem freios da violência ou sob a justificativa de que “o tráfico de drogas é crime que assola a sociedade e destrói famílias”, no mais puro discurso *dateneano*, demonstram que a atividade judicial não se está pautando, no momento da fixação da pena, a um indivíduo determinado e tampouco pela apreciação concreta do caso em julgamento, mas sim por fatos díspares que não tem ligação direta com a relação processual ali estabelecida, evidenciando, em última análise, que a necessária imparcialidade do juízo ao aplicar a pena está comprometida⁴³.

A apuração da personalidade do réu baseada em comparações como o construído padrão do “homem médio” também consiste em medida atentatória ao princípio da transcendência mínima, haja vista punir o réu tão somente por ele frustrar as expectativas sociais e não se adequar ao padrão de personalidade esperado⁴⁴. Em suma, esta punição baseada em parâmetro abstrato é ação confrontante à segurança jurídica, pilar do ordenamento jurídico.

À semelhança, igualmente alheias ao nexos de responsabilidade entre sentenciado e fato delitivo são as exasperações penais em decorrência de

⁴⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 97.

⁴¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 98.

⁴² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 51.

⁴³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 98.

⁴⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 98.

juízos valorativos pessoais do magistrado, como sua experiência de vida, preconceitos e preceitos religiosos.⁴⁵

2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

A restrição aos procedimentos sancionatórios desumanos, densificada através dos preceitos humanitários declarados nas Cartas de Direitos Humanos dos séculos XIX e XX, resultou na previsão em nosso ordenamento jurídico vigente da vedação às penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis⁴⁶.

Somando-se esta previsão de repulsa às formas sancionatórias inquisitivas à ausência de previsão constitucional quanto à finalidade da pena, vislumbra-se que a Constituição reconheceu as violências inerentes às práticas do sistema penal e buscou limitá-las construindo um modelo político pautado pelo humanitarismo de redução dos danos causados pela ingerência punitiva.⁴⁷

A humanização das penas evidencia-se como desdobramento do princípio de respeito à dignidade humana, um dos fundamentos da República⁴⁸ e, em harmonia com dispositivos legais que, além de vedarem a tortura e quaisquer tratamentos desumanos ou degradantes⁴⁹, também asseguram o respeito à integridade física e moral dos presos⁵⁰, forma uma rede de princípios humanistas que devem pautar as práticas punitivas e reforça, mais uma vez, a conclusão de que

⁴⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.99.

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
 b) de caráter perpétuo;
 c) de trabalhos forçados;
 d) de banimento;
 e) cruéis;

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 265.

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁹ Art. 5º - (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

⁵⁰ Art. 5º - (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

a dogmática penal tem por escopo a instrumentalidade redutora de danos decorrentes das práticas punitivas.⁵¹

O princípio da humanidade das penas, então, age na contenção da ingerência desmedida do poder punitivo sobre os indivíduos⁵² ao prescrever em matéria de aplicação e execução penal, em suma, que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”⁵³.

Disso conclui-se que o princípio da humanidade, em seu aspecto dúplice de respeito à pessoa humana e de compreensão e reconhecimento do outro (alteridade), é a base maior que sustenta o dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade de afetação do indivíduo, o que implica em reconhecer sua determinante importância no trato da determinação da pena em concreto, haja vista orientar a condução de uma política criminal redutora de danos.⁵⁴

Em apertada síntese, assevera Rodrigo Roig que “trata-se, em última análise, do primordial reconhecimento do outro como semelhante e da consciência de que a decisão a ser tomada condicionará o destino daquele”⁵⁵.

Sobre o aspecto dúplice do princípio da humanidade, tem-se que enquanto princípio de política criminal pautada no respeito à pessoa humana, o princípio da humanidade como integrante do conjunto de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e vigentes não se revela como ato de benevolência, mas sim consiste em exigência básica e necessária da vida em sociedade.⁵⁶

Já como compreensão e reconhecimento do outro e, em última instância, de si mesmo, a humanidade se equivale à tolerância e à extirpação de juízos morais, exemplificantes ou correccionais, de natureza discriminatória e de finalidades preventivas ou retributivas sobre a pessoa do acusado ou apenado, haja vista a imposição, a partir do princípio da humanidade, de seu reconhecimento como sujeito de direitos.⁵⁷ Nesse contexto, cabíveis as palavras de Nilo Batista ao afirmar que “(...) a racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano

⁵¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 267.

⁵² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.60.

⁵³ Art.5, item 2 da convenção americana de direitos humanos.

⁵⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.61.

⁵⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.64.

⁵⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.61.

⁵⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.62.

e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa”.⁵⁸

Na prática, embora se afirme a estrita observância ao princípio da humanidade, é a ele atentatória a existência da verticalização inquisitorial que, passando pelo ato de interrogar o acusado e culminando no ato sentenciante de expropriação de parte de seu tempo de existência, fortalece a convicção de que o julgador está em posição de domínio em relação ao réu, subjugado, sendo que esta cisão social se reflete não só nos discursos usados como fundamentação para a condenação do indivíduo, mas também na intensidade da vindoura resposta penal.⁵⁹

O princípio da humanidade das penas, então, exigindo a exclusão de discursos subjetivistas fundados em percepções discriminatórias do julgador e almejando o reconhecimento do outro como sujeito de direitos, busca racionalizar a aplicação da pena mediante o reconhecimento e valoração das diferenças individuais.⁶⁰

Tal tarefa exige do magistrado a assunção da responsabilidade no reconhecimento do outro, pois “quaisquer prognósticos ou suposições dissociadas do reconhecimento do outro recairão, necessariamente, em autoritarismo e na refutação da própria utilidade científica do Direito Penal, como instrumento de promoção do ideário de justiça”⁶¹. Imperioso notar, a esse respeito, que já em 1764 Cesare Beccaria afirmava que “qualquer excesso de severidade” tornaria a pena supérflua “e por isso mesmo tirânica”⁶².

Sobre o tema, o doutrinador Paganella Boschi aduz:

O juiz criminal, ao individualizar as penas na sentença e, depois, ao presidir o processo de execução, deve fazê-lo, portanto, orientado e imbuído, sempre, desse sentido de humanidade. Sem ele, as penas voltarão a ser o “mal” contra o crime, como propunham os clássicos, desprovidas de finalidades construtivas ou integradoras, negando os avanços da civilização e reavivando o estado de barbárie.⁶³

⁵⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p.100.

⁵⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.63.

⁶⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.64.

⁶¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.64-65.

⁶² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 44.

⁶³ PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 49.

Denota-se que a racionalização da aplicação da pena deve seguir o comando ditado por Goethe e citados por Gustave Radbruch de que, seja para punir, seja para absolver, é necessário que os homens sejam vistos humanamente.⁶⁴

Sob o crivo do princípio da humanidade em sua perspectiva de redutora da afetação do indivíduo, o princípio da individualização da pena também apresenta uma nova vertente interpretativa. A aplicação da pena passa a consistir no momento ímpar de interação entre réu e juiz, ocasião em que a compreensão e reconhecimento do outro tornam-se primordiais a demonstrar ao magistrado aplicador da pena que a diferença consiste em elemento integrante e natural da dinâmica social e não em defeito ou falha moral do acusado que necessite de correção.⁶⁵

Todavia, o arcabouço normativo penal brasileiro ainda abarca ponderações de caráter claramente subjetivos, mormente quando se trata da delimitação de critérios acerca da pena e da culpabilidade do agente, como é o caso do artigo 59 do Diploma Penal. Estes juízos são preenchidos na maioria das vezes com percepções pessoais do juiz criminal, no exercício daquilo que Ferrajoli denomina de “decisionismo”⁶⁶, que acabam servindo como critérios revestidos de declarada idoneidade e que, ao elevarem a sanção penal, são prejudiciais ao réu.⁶⁷

Por fim, verifica-se também, como reflexo do princípio da humanidade em sua perspectiva minimizadora da afetação do indivíduo, a vedação do retrocesso humanizador penal, isto é, a imunização frente a eventuais tentativas de extirpação do ordenamento jurídico de legislações ampliativas ou concessivas de direitos e garantias em matéria penal⁶⁸e, para tanto, socorre-se, de maneira analógica, à previsão constitucional que eleva os direitos e garantias individuais ao *status* de cláusulas pétreas⁶⁹.

⁶⁴ RADBRUCH, GUSTAV *apud* ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.70.

⁶⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.68.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 46.

⁶⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.68.

⁶⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.69.

⁶⁹ Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

A incorporação do princípio da individualização das sanções criminais no texto constitucional, previsto primeiramente na Constituição de 1946 em dispositivo que regulava conjuntamente a irretroatividade de lei penal mais grave e hoje prevista no artigo 5º, XLVI, vinculada às espécies de pena adotadas no Brasil, decorre do modelo de aplicação personalíssima da resposta penal.⁷⁰

A individualização da pena, ao evitar a padronização abstrata, enseja eleger a sanção adequada tendo em conta a quantidade da pena e seus efeitos sobre a pessoa do sentenciado, de modo que ainda que hajam coautores do mesmo crime, o montante de pena estabelecido reflita as particularidades de cada um deles.⁷¹

A esse respeito, sustenta Guilherme de Souza Nucci que:

Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.⁷²

Para José Antônio Paganella Boschi, a ação de individualizar a pena tem por escopo resguardar o valor do indivíduo e enseja a realocação tanto do intérprete da norma como de seu aplicador frente ao caso concreto e ao seu autor, sendo “vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular”.⁷³

Esta necessidade de adequação da sanção ao grau de culpabilidade dos autores, partícipes e coautores implica em sua regulação quantitativa e qualitativamente em todos os níveis de habilitação do poder punitivo, de forma que a individualização da pena se dá de formas distintas nos níveis legislativo, judicial e executivo.⁷⁴

⁷⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 261.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 26.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 29-30.

⁷³ PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, p. 47.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 28.

Elucidativa sobre o tema é a exposição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito que, ao relatar o HC nº 97.256 do Estado do Rio Grande do Sul, expôs que:

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.⁷⁵

A primeira etapa de individualização das sanções criminais se dá, então, no nível legislativo, em que com a criação dos tipos penais incriminadores são estabelecidas a conduta considerada ilícita, a pena cabível àqueles que nela incorrem e sua respectiva quantidade mínima e máxima.⁷⁶

Nesse contexto, embora não haja previsão expressa no texto constitucional, o direito penal brasileiro tem como tradição o estabelecimento de determinados critérios técnicos de limitação das penas, a exemplo da prevalência da pena de prisão sobre as demais modalidades sancionatórias e a fixação de patamares temporais mínimo e máximo para seu cumprimento, além das hipóteses de aumento e diminuição da pena.⁷⁷

Assim, uma vez construída a moldura punitiva, a concretização da pena é realizada no momento do julgamento do caso penal através da individualização judicial exercida pelo magistrado competente, consubstanciada na sentença criminal condenatória.⁷⁸

A aplicação da pena ao caso concreto consiste em operação complexa que deve atender às exigências impostas pelo Diploma Penal de análise circunstanciada,

⁷⁵ EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 26.

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 261.

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 261.

sendo identificadas quatro etapas de individualização judicial das sanções criminais.⁷⁹

A esse respeito, doutrina Guilherme de Souza Nucci:

No curso do procedimento *quantificador* da pena também o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se *fundamentadamente* (art. 93, IX da CF) por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena *em espécie e quantidade* que reflita o ideal da *proporcionalidade* entre a ação criminosa e a resposta penal.⁸⁰

Em momento anterior à quantificação da pena, tem-se a determinação da espécie de pena a ser aplicada, haja vista existirem tipos penais que cominem de maneira alternada as penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa. Posteriormente, a quantificação da pena é construída a partir da análise dosimétrica, que por sua vez, subdivide-se em três etapas: primeiramente, são avaliadas as circunstâncias judiciais previstas no *caput* do artigo 59, em seguida analisam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes (artigos 61 a 66 do Código Penal), momento este em que reside o objetivo máster deste trabalho, qual seja, a análise da atenuante inominada e, por fim, verifica-se se é caso de incidência de alguma majorante ou minorante, ou seja, causas especiais de aumento ou diminuição da pena em frações previstas na parte geral ou especial do Código Penal, bem como na legislação extravagante.⁸¹

O terceiro momento de individualização judicial da pena reside na fixação do regime inicial de cumprimento da pena de acordo com os parâmetros estabelecidos no artigo 33 do Diploma Penal e, eventualmente, se cabível, realiza-se a última etapa de aplicação da pena *in concretum* com a substituição da pena privativa de liberdade por outra modalidade substitutiva, nos termos do artigo 44 do mesmo Código.⁸²

Superado o momento de determinação pelo juiz sentenciante da quantidade de pena a ser cumprida e havendo o trânsito em julgado, a sentença condenatória não permanece imutável. Isso porque em razão da adoção de um sistema de pena flexível, a individualização executiva da pena tratará do exame acerca de

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 262.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, p. 37.

⁸¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 262.

⁸² CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 262.

possibilidades de alteração do *quantum* de pena anteriormente estabelecido mediante a incidência dos institutos executivos da detração, remição ou comutação da pena, da forma de cumprimento da sanção, já que nesse momento incidem as hipóteses de progressão ou regressão de regime e livramento condicional, por exemplo, ou, ainda, da incidência de alguma hipótese de extinção da pena, seja pelo seu integral cumprimento ou pela incidência de uma das causas de extinção da punibilidade do condenado.⁸³

Todavia, a tarefa do Juízo da Execução não se limita às atividades acima elencadas, cabendo também a ele as funções de fiscalizador e interventor garantidor da existência de condições materiais mínimas de permanência dos condenados nos estabelecimentos prisionais, coibindo excessos e desvios praticados pela administração penitenciária no tratamento dispensado aos apenados.⁸⁴

Denota-se, portanto, da rápida análise exarada sobre o tríplice momento de individualização da pena, que esta não se restringe tão somente à aplicação da pena pelo juiz sentenciante, tarefa essa de caráter mais restrito e que busca estabelecer a quantidade de pena “necessária e suficiente” ao caso.⁸⁵

Do exposto, tem-se, então, que a função de se individualizar a pena privativa de liberdade decorre da impossibilidade fática de serem previstas normativamente todas as hipóteses possíveis de acordo com as tantas situações capazes de influírem na quantificação da pena, de modo que cabe ao magistrado a tarefa de dar concretude à abstração prevista legalmente. Assim, de um lado, evita-se o legalismo em demasiado e, como consequência, o engessamento da função judicial e, de outro, obstaculiza-se a ampla e irrestrita discricionariedade judicial, posto que esta é exercida dentro de limites previamente fixados.⁸⁶

Partindo-se da premissa de que a individualização da pena tem assento constitucional e a Constituição, por sua vez, instituiu, como vimos, o dever jurídico de minimização da afetação do indivíduo, conclui-se que a individualização da pena também deve ser guiada pela ótica redutora.⁸⁷ Somente assim, quando operada em sentido redutor e nunca incrementador da pena, a vagueza individualizadora,

⁸³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 262.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 263.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, p.26

⁸⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.107

⁸⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.108 – 109.

mormente aquela prevista no artigo 59 do Código Penal, como exceção que é à estrita legalidade, mostra-se em sintonia com o nosso ordenamento jurídico.⁸⁸

Nesse viés, decorreriam, ainda, do princípio da individualização judicial da pena, duas obrigações por parte do magistrado aplicador da reprimenda. Em primeiro lugar, tem-se o dever de cuidado para que a pena não seja quantificada com base em apelos pautados pela gravidade abstrata do delito, posto que ao assim agir “retiraria da agência judicial o poder discursivo e argumentativo de, individualizadamente, conter a ação irracional do poder punitivo”.

Em segundo lugar, como já adiantado em outro tópico, exige-se do magistrado que a apreciação do caso concreto se dê com base tão somente no caso concreto e na atuação individual do indivíduo julgado, de forma que não haja espaço para ilações de ordem preventiva que busquem fazer do réu um exemplo aos demais.⁸⁹

⁸⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.109.

⁸⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.110.

3 CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES ATÍPICAS

Conforme analisado no capítulo anterior, o conjunto de princípios constitucionais norteadores da aplicação da pena reflete a intenção do legislador em delimitar o espectro de incidência do poder punitivo sobre os cidadãos, sendo plenamente admissível concluirmos pela existência de verdadeiro dever jurídico da mínima afetação do indivíduo ao qual a sanção penal será aplicada.

As disposições normativas que formam a tendência mitigadora da pena, como é o caso das atenuantes e das causas especiais de diminuição da pena, consubstanciam-se em valorosas fontes normativas de efetiva contenção do poder punitivo e, quando interpretadas a partir da leitura conjunta entre o Diploma Penal e a Constituição Federal, garantem, mediante sua aplicação, a máxima efetividade redutora da pena.⁹⁰

Sob esse viés, a abertura legislativa consagrada no artigo 66 do Código Penal, o qual dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”, consagra-se como importante instrumento de flexibilização do princípio da legalidade e de releitura dos demais princípios já aqui estudados em favor do acusado.⁹¹

Assim, construindo-se o Direito com a ampliação de hipóteses autorizativas de atenuação da pena – e não só pela subsunção de fatos às normas prontas, atividade esta que não exige esforço intelectual mínimo dos aplicadores do ordenamento jurídico, conforme nos relembra Amilton Bueno de Carvalho⁹² – assegura-se a mínima afetação do indivíduo naquele que é o momento de maior ingerência estatal em sua vida, posto que inegável que parte de sua existência é expropriada mediante a restrição de sua liberdade, a saber, o momento da inflicção da pena.⁹³

⁹⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.205.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 414.

⁹² CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei para Que (m)?* p. 53.

⁹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.209.

Partindo-se, então, da possibilidade de interpretação extensiva da Lei Penal quando desta advir resultado favorável ao acusado, denota-se que o artigo 66 do Código Penal, ao conceder ao juiz poderes amplos de atenuar a pena em benefício do réu, revela-se como contraponto aos acréscimos penais oriundos da incidência de agravantes taxativamente previstas.⁹⁴

Vale ressaltar que a potencialização da incidência de institutos *favor rei* e da analogia *in bonam partem* não só atendem ao dever constitucional de minimização da afetação individual, como se revelam em consonância aos próprios ditames do pluralismo jurídico e de uma concepção alternativa do Direito. Isso porque ensejam o reconhecimento da possibilidade de implementação de um sistema jurídico que não se restrinja às fontes formais do Direito, mas que atente para as reais demandas sociais, mormente dos segmentos populacionais historicamente excluídos do debate jurídico-penal, como é o caso da “clientela” do sistema penal que só tem contato real com o Estado em sua vertente repressora, “sendo assim capaz de romper com o hermetismo e o conservadorismo de uma percepção positivista do direito”.⁹⁵

Esta adoção de postura restritiva de danos pautada no alargamento do espectro de incidência dos institutos *favor rei* e da eficácia analógica *in bonam partem* produz como efeito primeiro, no que diz respeito à atenuação da pena, a constatação de que toda e qualquer circunstância já reconhecida, em algum momento, como minorante da pena pela jurisprudência, deve servir como hipótese de incidência da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, haja vista a atividade jurisprudencial ostentar *status* de autêntica fonte normativa material quando sinalizar para a redução de danos penais e mostrar-se, dessa forma, cumpridora de seu dever jurídico-constitucional.⁹⁶

Em segundo lugar, o novo paradigma constitucional penal mitigador implica não apenas na ampliação hermenêutica de situações passíveis de atenuação da pena através da efetiva aplicação do artigo 66, mas também da ampliação interpretativa do próprio conteúdo normativo do referido artigo, o qual se limita a prever como atenuadoras da pena somente circunstâncias anteriores ou posteriores ao delito, deixando de lado circunstâncias concomitantes à prática do crime que

⁹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 219.

⁹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.220.

⁹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 220.

podem plenamente influir na sua prática.⁹⁷ A esse respeito, o doutrinador Cesar Roberto Bittencourt entende tratar-se de omissão legislativa facilmente corrigível mediante a adoção da analogia *in bonam partem*.⁹⁸

Igualmente, Rodrigo Roig sustenta que circunstâncias posteriores à própria sentença penal devem influir na aplicação da pena, vez que “diante da amplitude dos institutos *favor rei*, o emprego de um elemento mitigador não fica temporalmente adstrito ao período anterior à sentença”⁹⁹. Desse modo, perfeitamente possível o reconhecimento da atenuante inominada da pena também em sede recursal ou, até mesmo, em via de revisão criminal.¹⁰⁰

Notável, assim, a abertura proporcionada pela atenuante inominada ao permitir a incorporação de situações peculiares, próprias do caso *sob iudice* e que não se restringem àquelas taxativamente previstas no artigo 65 do Diploma Penal, com o intuito de melhor individualizar a sanção criminal.¹⁰¹

Todavia, como se verá em capítulo destinado à análise específica do entendimento esboçado pelos tribunais pátrios sobre as atenuantes inominadas, o apego excessivo dos atores processuais à legalidade estrita tem se evidenciado como principal obstáculo à efetiva aplicabilidade e reconhecimento de situações atenuantes atípicas, sendo apropriado relembrar, a esse respeito, a afirmação de Amilton Bueno de Carvalho de que “(...), nós, os operadores jurídicos, enquanto regra, somos positivistas-legalistas. Trabalhamos com a hipótese subsunçora da lei ao fato”¹⁰².

Já as construções doutrinárias, enfoque principal no capítulo que ora se inicia, em sua maioria se restringem a elencar situações de vulnerabilidade pessoal do agente delitivo como causas atenuadoras da pena, a exemplo da miserabilidade extrema, acometimento de doenças graves, bem como hipóteses altamente moralistas (conversão religiosa, arrependimento moral, dedicação à caridade) que destoam da alteridade referida ao tratarmos da pessoalidade e da humanidade das penas.¹⁰³

⁹⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 220.

⁹⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*, p. 369.

⁹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.221.

¹⁰⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.221.

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 427.

¹⁰² CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei para Que (m)?* p. 53.

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 427-428.

Felizmente, a dogmática crítica tem se esforçado a reinterpretar as hipóteses de atenuantes atípicas dispensando ao processo de individualização da pena um sentido social, como é o caso da ideia inicial de corresponsabilidade social e estatal pelo delito invocada pelo argentino Raúl Zaffaroni, que, com as devidas adequações, resultou na hipótese de culpabilidade pela vulnerabilidade, expressamente prevista em diversas legislações latino-americanas e cujos pormenores serão adiante explicados.¹⁰⁴

Para além das situações de vulnerabilidade individual ou social, diversos outros elementos concretos se mostram relevantes para a análise do julgador quando do estabelecimento da reprimenda a ser cumprida pelo acusado. É o caso do próprio custo derivado do submetimento do acusado ao processo criminal, que por vezes pode consistir em punição maior quando comparada à pena final e, portanto, deve esta situação ser compensada quando da fixação da pena definitiva.¹⁰⁵

Ademais, evitando-se incorrer na lógica binária e excludente de afirmação ou negação do crime, situações limítrofes de (a)tipicidade, (i)licitude, (in)culpabilidade e (im)punibilidade devem ser cuidadosamente analisadas no momento de definição do grau de responsabilidade criminal.¹⁰⁶

Em suma, conforme estudo inovador de Rodrigo Roig e metodologia sugerida por Salo de Carvalho, principais pilares nos quais se baseia este trabalho, há dois grupos de situações aptas a serem valoradas como atenuantes inominadas. Como já visto, de um lado encontram-se as situações de vulnerabilidade individual, social ou processual; de outro, situações fronteiriças de existência do crime a partir de seus elementos configuradores.

No primeiro grupo, no que tange à vulnerabilidade individual do acusado, apresentam-se como hipóteses de inclusão como atenuantes inominadas as situações de problemas pessoais e de familiares do acusado, a exemplo das hipóteses elencadas nos Decretos de Indulto e casos de dependência química e

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 431.

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 432.

sofrimento psíquico que não se encaixem nas previsões do artigo 26 do Código Penal¹⁰⁷.

No que diz respeito à vulnerabilidade social, estariam abarcadas situações tradicionais de evidente co-culpabilidade do Estado, eis que omissos e inertes na prestação de serviços básicos determinados em lei, como o caso de analfabetismo, baixo grau de instrução, miserabilidade e desemprego.

Por fim, atinente às situações de vulnerabilidade processual, aqui entendida como problemas decorrentes da inadequada administração da justiça criminal, tem-se como cabíveis de atenuação inominada da pena casos de excesso de prazo na prisão provisória por desídia estatal, demora da instrução e julgamento processual, compensação do tempo de prisão provisória em caso anterior que resultou em absolvição e descumprimento de deveres constitucionais relacionados ao tratamento humanitário no cárcere.¹⁰⁸

Por sua vez, quanto aos casos tangenciadores de atipicidade, ilicitude e inculpabilidade, insta ressaltar que estes não se confundem com a dúvida sobre o reconhecimento da excludente, eis que na dúvida os postulados do *in dubio pro reo* e *favor rei* impõe a absolvição.¹⁰⁹

Tratam-se de situações, por exemplo, em que a maioria, mas não todos os requisitos das situações justificantes, a exemplo da legítima defesa, estariam preenchidos. Além disso, inserem-se também como casos limítrofes passíveis de atenuação inominada da pena situações temporais que tangenciam a prescrição e a decadência.¹¹⁰

Por fim, categoria de situações não abarcada na divisão metodológica de Salo de Carvalho e aqui incluída cuidará da aplicação analógica de atenuantes previstas em determinados crimes e que podem ter, por meio do artigo 66,

¹⁰⁷ Art. 26 - *É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Parágrafo único - *A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

¹⁰⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 433.

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 433.

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 434.

reconhecida sua incidência em um conjunto maior de delitos, bem como de situação que tangencia a aplicação de atenuantes legais previstas no artigo 65 do Código Penal.

Inegável, assim, que a ampliação do espectro de hipóteses de aplicação das atenuantes atípicas aqui citadas e a seguir melhor analisadas não só redimensiona o princípio da individualização da pena¹¹¹ na segunda etapa dosimétrica, como principalmente potencializa a norma contida no artigo 66 do Código Penal, cujo emprego proporciona não só o fiel exercício pelo juízo aplicador de sua tarefa humanizadora, mas sobretudo direciona a atividade decisória como medida afirmativa de um verdadeiro Estado Democrático de Direito pautado pela limitação do poder punitivo estatal.¹¹²

3.1 SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE INDIVIDUAL

Conforme adiantado, enquadram-se como hipóteses de atenuação inominada da pena em razão de situação de vulnerabilidade individual do sentenciado aquelas mesmas situações que, dizendo respeito à situação pessoal do preso ou de seu familiar, oportunizam a concessão do indulto, a exemplo da necessidade do réu genitor na tomada de cuidados de seu descendente menor de idade ou acometido de deficiência, ou quando o próprio réu, acometido de paraplegia, tetraplegia, cegueira ou doença grave, necessita de cuidados especiais que não poderão ser dispensados no interior do cárcere¹¹³.

A urgência na tutela do indivíduo preso, que não deixa de ter seus direitos e garantias individuais fundamentais assegurados tão somente em razão do injusto cometido, viabilizam, mormente em situações que vulnerabilizam a própria existência do sentenciado, que se opere, desde já, a minimização da afetação individual do preso na fase de aplicação da pena.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 435.

¹¹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.247.

¹¹³ Hipóteses previstas no Decreto Nº 8.380, De 24 De Dezembro De 2014.

Assim, se o indulto é instituto que na fase de execução penal extingue a punibilidade do sentenciado¹¹⁴ analisando, dentre várias hipóteses, a situação pessoal do apenado, a atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal se mostra como instituto análogo que, igualmente, ao se atentar para situações pessoais da realidade do indivíduo acusado, minimiza a reprimenda a ser estabelecida, operando assim a máxima efetivação da individualização da pena.

Em sendo o indulto, como dito, causa de extinção da punibilidade, melhor análise se dará ao tema no tópico que trata das situações limítrofes de quase exclusão da punibilidade, para o qual se remete o leitor.

Na sequência, igualmente se afigura como cabível a atenuação genérica da pena diante da constatação de outros fatores mentais do acusado que não se encaixam nas categorias de semi-imputabilidade ou influência de violenta emoção.¹¹⁵

Deve-se atentar para o fato de que há inúmeros transtornos psicológicos em diversos graus para além daqueles penalmente categorizados e que certamente influenciam o acusado e, por tal razão, são determinantes para a ocorrência do fato delitivo, tal qual é o caso dos transtornos de personalidade, a exemplo do transtorno bipolar e transtorno obsessivo-compulsivo.¹¹⁶

A esse respeito, insurge-se Paganella Boschi:

Por que tratamento distinto nessa matéria, se tanto o transtorno de personalidade quanto à perturbação da saúde mental e o seu desenvolvimento incompleto ou retardado afetam a capacidade do indivíduo na formulação dos juízos críticos indispensáveis ao dever de *agir de outro modo* no momento histórico da prática delituosa?¹¹⁷

Estes fatores psicológicos são circunstâncias que, embora não ensejem o reconhecimento da semi-imputabilidade do acusado, afetam a plena capacidade de

¹¹⁴ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹¹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.234.

¹¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.234.

¹¹⁷ PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 176.

compreensão e autodeterminação do acusado e, por tal razão, defensável que ensejem a atenuação da pena.¹¹⁸

Inegável, nota-se, que a análise detida da situação pessoal do acusado no momento do cometimento do delito, seja levando em conta sua saúde física e mental como atentando-se para a imprescindibilidade de sua presença no desenvolvimento e cuidado de outro ser humano, como filhos menores de idade, hipótese de concessão de indulto cuja aplicação analógica no momento de aplicação da pena pelo juízo sentenciante defendemos acima, nada mais é que a plena efetivação dos princípios da humanização e pessoalidade das penas, haja vista o reconhecimento que opera ao enxergar o réu como sujeito de direitos, além de levar em conta que a reprimenda não pode atingir pessoa diversa, como é o caso de menor dependente.

Outrossim, do mesmo modo que o acometimento de transtornos mentais afetam a autodeterminação do acusado, inegável que também o fazem as situações econômicas, sociais e o contexto social, educacional e cultural que permeiam o indivíduo. Tais situações consubstanciam a chamada vulnerabilidade social, da qual passa-se a tratar nesse momento.

3.2 SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE SOCIAL

É imperativo que nosso Estado Democrático de Direito, erigido sobre a dignidade da pessoa humana¹¹⁹ e que estabelece como um dos objetivos da República a erradicação da marginalização e das desigualdades sociais¹²⁰,

¹¹⁸ PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 176.

¹¹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- V - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

¹²⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- (...)

apresente mecanismos de minimização dos efeitos da inefetividade estatal em assegurar direitos sociais, econômicos e culturais.¹²¹

Partindo dessa premissa e tendo em conta que o processo penal se apresenta como o espaço no qual emergem as principais contradições de uma sociedade excludente, plenamente admissível que nele se opere, em situações concretas em que fique evidenciado a determinação do absentéismo estatal na esfera dos direitos fundamentais para o cometimento da conduta delituosa, valoração compensatória das responsabilidades dos indivíduos inferiorizados por condições adversas¹²², que também poderia ser lida, conforme asseveram Amilton Bueno e Salo de Carvalho, como “sanção ao Estado-Administração, ainda que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade em relação aos direitos sociais”¹²³.

Outrossim, a reprovação em igual grau de sujeitos que se encontram cercados por privilégios e outros que se encontram em situação de extrema pobreza, por exemplo, consiste em nítida violação ao princípio da isonomia, pois assim se está a dispensar tratamento igualitário a desiguais.¹²⁴

Nesse contexto, o princípio da culpabilidade do injusto não pode ser inflexivelmente considerado com base na premissa do livre-arbítrio e autodeterminação. Obviamente, não se está a sugerir a exclusão da autodeterminação do sujeito na análise da reprovabilidade do fato punível, posto que ela consiste no motivo conceitual do qual parte a responsabilização penal subjetiva.¹²⁵

No entanto, deve-se superar a abstração da categoria da autodeterminação teoricamente construída para levar-se em conta, no momento de aplicação da pena, o entorno social e sua influência sobre o sujeito, de modo que uma vez identificada pelo magistrado, na apuração do caso concreto, relação de conexão entre a omissão estatal em oportunizar ao indivíduo que potencializasse suas capacidades e

¹²¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 428.

¹²² CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 428.

¹²³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 79.

¹²⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 71.

¹²⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 71-72.

o fato criminoso por ele cometido, deve esta circunstância fática exercer influência redutora na sanção a ser aplicada ao sujeito.¹²⁶

Na mesma toada, Juarez Cirino dos Santos assevera:

Desse modo, crimes realizados no contexto de condições sociais adversas, por sujeitos marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo, insuficientes para configurar o conflito de deveres como situação de exculpação, podem caracterizar a circunstância atenuante inominada do art. 66, porque exprimiriam hipóteses de co-culpabilidade da sociedade organizada no poder do Estado, pela sonegação de iguais oportunidades sociais.¹²⁷

Aduz Zaffaroni que a ideia da co-culpabilidade é fruto do pensamento do revolucionário francês Jean Paul Marat, o qual apesar de não ser jurista, participou em 1799, na Suíça, de um plano de legislação criminal e lá sustentou que, quando a igualdade primitiva estabelecida no contrato social é rompida pela violência exercida por uns sobre os outros e resulta na riqueza de poucos às custas da pobreza de muitos, aqueles indivíduos que não obtinham da sociedade mais do que desvantagens não estavam obrigados a respeitar as leis, posto que sendo abandonados pela sociedade, retornariam ao estado de natureza, recobrando por meio da força os direitos que alienaram na espera de obtenção de vantagens maiores e que não vieram.¹²⁸

Prevê o autor que, a despeito da ausência de previsão legal expressa, há a possibilidade de a menor culpabilidade do agente ser considerada para fins de fixação da pena pela via das atenuantes inominadas do artigo 66, de caráter meramente enunciativo. Decorrente do que se convencionou chamar de “co-culpabilidade”, a menor culpabilidade do agente se dá em razão das desiguais situações sociais, econômicas, culturais e de instrução que fazem com que os âmbitos de autonomia individuais não sejam uniformes para todos.¹²⁹

Assim, explica o doutrinador argentino:

O princípio acerca disto está em que, se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação da culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação,

¹²⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 73.

¹²⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral, p.551.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.529.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 715.

pois, não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou.¹³⁰

Desse modo, sabendo-se que a sociedade não brinda a todos com as mesmas oportunidades, uma vez verificado que o âmbito de autodeterminação de um sujeito é reduzido em razão de causas sociais, mais especificamente a ausência de direitos prestacionais sociais, cuja carência não tem ele culpa, incabível que se atribua ao sujeito, quando da prática de um delito, juízo de culpabilidade igual ou mais reprovável que àquele dispensado aos que, ao contrário dele, gozaram de espaços sociais. Nesses casos, ao lado da culpabilidade do sujeito que delinuiu, encontra-se parcela de responsabilidade que deve ser arcada pela sociedade, daí falar-se em co-culpabilidade.¹³¹

Muito embora não haja previsão expressa na legislação penal brasileira do princípio da co-culpabilidade estatal, há a previsão de alteração, na reforma da parte geral do Código Penal, do seu artigo 59, que passará a conter em sua redação o dever de observância pelo juiz, quando da fixação da pena-base, das oportunidades sociais oferecidas ao acusado¹³².

Além disso, percebe-se que já há na legislação pátria o dever incumbido ao julgador de atentar-se para as oportunidades sociais oferecidas ao réu, o que pode ser interpretado como forma de corresponsabilização estatal pela sonegação de direitos sociais que se dá por meio da atenuação da pena. É o caso do artigo 187, § 1º, do Código de Processo Penal que prevê, em síntese, a inquirição do réu sobre seus meios de vida e profissão; do artigo 60 do Código Penal que dispõe sobre a redução da pena de multa em razão da hipossuficiência econômica do acusado e do artigo 14, I, da Lei nº 9.605/98 que rege a atenuação da pena em face do baixo grau de instrução do agente delitivo¹³³.

A seu turno, a legislação latino-americana é farta no que tange à normatização expressa do postulado da corresponsabilização estatal, sendo ele

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 716.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 529.

¹³² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo* p. 79

¹³³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, p. 429.

adotado nas legislações argentina¹³⁴, boliviana¹³⁵, colombiana¹³⁶, equatoriana¹³⁷, mexicana¹³⁸, paraguaia¹³⁹ e peruana¹⁴⁰.

O caráter genérico da norma do artigo 66 do Código Penal, então, consubstancia-se em via de recepção do princípio da co-culpabilidade, o qual não

¹³⁴ ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

¹³⁵1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social;

¹³⁶Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición

¹³⁷Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

(...)

11. En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción;

¹³⁸Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

(...)

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

¹³⁹Artículo 65.- Bases de la medición 1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. 2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente: 1. los móviles y los fines del autor; 2. la actitud frente al derecho; 3. la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho; 4. el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar; 5. la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho; 6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y 7. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima.

¹⁴⁰ Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2. Su cultura y sus costumbres; y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

pode ficar adstrito tão somente à situação econômica do imputado, pois não é esta a única das variáveis que forma o conjunto de deveres prestacionais do Estado.¹⁴¹

Assim, evitando incorrer em um reducionismo de caráter economicista, necessária se faz a ampliação de possibilidade de atenuação inominada da pena para abarcar não só hipóteses de desassistência econômica estatal, mas também toda espécie de vulnerabilidade, a exemplo da vulnerabilidade social, cultural, de acesso à informação e à justiça, e, por consequência, o perigo de seletivização, a que o indivíduo pode estar submetido, não se olvidando que, sob essa mesma perspectiva, as condições de formação intelectual do acusado também podem configurar uma hipótese de atenuação genérica da pena, uma vez que têm essencial relevo para a análise do nível de autodeterminação do indivíduo.¹⁴²

A situação de vulnerabilidade, de acordo com Zaffaroni, é resultado da conjugação de dois fatores, quais sejam, o estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para alcançar a vulnerabilidade.¹⁴³

O estado de vulnerabilidade é condicionado socialmente e consiste no grau de perigo que a pessoa corre de ser vulnerabilizada tão somente em decorrência de seu pertencimento a uma classe, grupo, estrato social, bem como por se adequar em um determinado estereótipo. Já o esforço pessoal para a vulnerabilidade é individual e trata do risco que a pessoa se coloca ao praticar uma conduta particularizada, de forma que a realização do crime é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que a pessoa tenha decidido por cometê-lo com autonomia.¹⁴⁴

Denota-se, portanto, que “quanto mais limitada estiver uma pessoa por sua posição vulnerável, em particular pela atribuição de papéis que correspondam ao estereótipo em que se enclausura, menos autonomia terá para a realização do injusto”¹⁴⁵ e, por consequência, razoável que a agência judicial se esforce no sentido de buscar restringir ao máximo a violência exercida mediante o estabelecimento de sanção penal sobre pessoas que, sendo objeto de violências sociais, decidiram pela ação delituosa com grau menor de autonomia¹⁴⁶.

¹⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 74.

¹⁴² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 225.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 270.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 270.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 273.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 275.

Do mesmo modo, sabendo-se que a existência de contatos anteriores com o sistema penal fixa o perpétuo papel de criminoso ao indivíduo, de forma que o esforço individual para que se recaia numa situação de vulnerabilidade pelo cometimento de um delito é cada vez mais reduzido, conclui-se que, ao contrário do que majoritariamente se defende, a resposta criminalizante a este indivíduo deve ser reduzida, eis que reduzido seu âmbito de autodeterminação em razão da estigmatização sofrida pelo prévio contato com o sistema penal.¹⁴⁷

Nesse prisma, a desassistência ao egresso também se apresenta como fundamento idôneo à atenuação penal inominada, eis que inadimplemento estatal do dever jurídico-constitucional de redução da afetação individual.¹⁴⁸ De acordo com os artigos 10¹⁴⁹ e 11¹⁵⁰ da Lei 7.210/1984, a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa concedida ao preso e internado é estendida ao egresso e constitui dever do Estado. Especificamente sobre o egresso, o artigo 25 da Lei de Execução Penal dispõe que “a assistência estatal ao egresso consiste: i) na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; ii) na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses”.

Falhando o Estado na prestação de assistência que, ainda que em tese, reintegraria o egresso à vida em sociedade, a atenuação inominada da pena de um eventual delito posteriormente praticado por aquele indivíduo que, desassistido, não foi capaz de se portar de acordo com a norma, já que não reinserido no convívio social, evidencia-se em uma via adequada para a reparação do inadimplemento estatal.¹⁵¹

Outrossim, sabendo-se que o tradicional discurso jurídico-penal cunhou a antítese entre a culpabilidade pelo fato *versus* a culpabilidade do autor, tendo o direito penal garantista se inclinado pela primeira categoria ao passo que o direito de

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 273-274.

¹⁴⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.226.

¹⁴⁹ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

¹⁵⁰ Art. 11. A assistência será:

I - material;
II - à saúde;
III - jurídica;
IV - educacional;
V - social;
VI - religiosa.

¹⁵¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.226.

caráter autoritário preferiu a segunda, cabível o questionamento sobre em qual das categorias se inscreve a culpabilidade pela vulnerabilidade, já que esta leva em conta características pessoais do sujeito¹⁵².

A resposta parte do reconhecimento inicial que a culpabilidade pela vulnerabilidade, nos moldes propostos por Zaffaroni, está estritamente ligada à culpabilidade pelo injusto, ou seja, ao cometimento do ato ilícito, sendo que os limites da culpabilidade pela vulnerabilidade jamais ultrapassam aqueles estabelecidos pela culpabilidade pelo ato, de modo que, na pior das hipóteses, a pena se limitará àquela proporcional ao cometimento do injusto.¹⁵³

A esse respeito:

A quantificação penal não se esgota na culpabilidade para a vulnerabilidade, que somente demarca seu limite máximo – sempre que não seja inferior ao da culpabilidade pelo injusto -, como corretivo racional, abrangente e redutor da culpabilidade pelo injusto.¹⁵⁴

No que tange aos efeitos da culpabilidade pela vulnerabilidade quando comparados aos da culpabilidade do autor, vislumbram-se serem eles diametralmente opostos, isso porque por via da culpabilidade do autor as ações que mais se ajustam aos estereótipos criminosos são tidas como detentoras de maior reprovabilidade, enquanto na culpabilidade pela vulnerabilidade, como visto, se sucede exatamente o contrário.¹⁵⁵

Dito isto, resta carente de relevância a qualificação da culpabilidade pela vulnerabilidade como adoção do direito do autor, não havendo obstáculo à existência de uma categoria de culpabilidade de autor que, como faz a culpabilidade pela vulnerabilidade, restrinja a culpabilidade pelo fato e assim consista em culpabilidade “sempre mais limitativa da violência penal deslegitimada que a versão tradicionalmente aceita pelo direito penal ‘liberal’”¹⁵⁶.

Por esta razão, a dupla Amilton Bueno e Salo de Carvalho assim adverte:

Importante que se diga que não há, de forma alguma, revivificação de um modelo penal do autor, mas sim uma otimização do direito penal do fato, visto que a análise é centrada na real capacidade de o autor socialmente

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 279.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 279.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 277.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 280.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 280.

referido conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o direito.¹⁵⁷

Em suma, a vulnerabilidade não direciona o juízo da culpabilidade sobre o “ser” do autor, mas sim traz à tona dados objetivos, constatáveis empiricamente no processo e através dos quais a averiguação do real grau de determinação do sujeito para o cometimento do injusto é viabilizada.¹⁵⁸

3.3 SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE PROCESSUAL

Como é sabido, a estigmatização e o constrangimento advindos da submissão ao processamento criminal geram imensuráveis danos à moral e à sociabilidade do indivíduo e, especialmente diante da inexistência de possibilidade de reparação destes danos, vislumbra-se como possível, na hipótese de absolvição em processo criminal anterior, o fato de o réu ter sido submetido às estigmatizações provenientes do aparelho criminal servir como argumentação idônea a ensejar a atenuação atípica da pena.¹⁵⁹

A esse respeito, completa Rodrigo Roig:

O Estado, não apenas por esses fatores, é também evidentemente devedor de uma reparação ao réu por ter utilizado (e isso restou constatado com a declaração absolutória final) o simples ato de processá-lo como ferramenta simbólica de prevenção geral e de satisfação social, ferindo a dignidade de um ser humano a partir de sua instrumentalização para a consecução de fins ilegítimos.¹⁶⁰

Ainda, de acordo com as lições de Zaffaroni e Pierangeli, todas as intervenções repressivas do sistema penal, a exemplo das condenações anteriores e detenções, que tenham levado à estigmatização do agente e à redução de seu

¹⁵⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p.75.

¹⁵⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo* p. 75.

¹⁵⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.231-232.

¹⁶⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 232.

espaço social, deveriam levar à neutralização dos efeitos da agravante da reincidência¹⁶¹.

Por sua vez, no que se refere ao preso provisório que é posteriormente absolvido, tem-se que neste caso deve operar o instituto da detração penal, haja vista a submissão à prisão processual com posterior absolvição ser equiparada a erro judiciário ou a manutenção do preso por tempo superior ao estabelecido em sentença, causas geradoras do dever de indenização do Estado ao condenado.¹⁶²

O desconto na nova pena do tempo de encarceramento anterior ou, ainda, em proporção equivalente à penalização sofrida ao acusado pelo enfrentamento da criminalização resultante da submissão a um processo penal, ainda que não tenha havido restrição de sua liberdade, consiste em medida de cunho redutor da afetação do indivíduo e que, em sendo relevante, anterior ao crime e não prevista em lei, subsume-se perfeitamente ao texto do artigo 66 do Código Penal.¹⁶³

Do mesmo modo, tendo em conta que a todos é assegurada a razoável duração do processo, conclui-se que o excesso de prazo na instrução criminal também serve como argumento idôneo a justificar a atenuação inominada da pena, eis que a submissão a um processo que se estende além do razoável consiste ela mesmo em um castigo antecipado, dada a insegurança gerada pelo transtorno na morosidade processual, bem como outras restrições morais e econômicas decorrentes da situação jurídica de acusado criminalmente.¹⁶⁴

Frente a esta situação, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró defendem que não resta alternativa ao juiz sentenciante que não compensar a demora na conclusão do processo, reduzindo em igual proporção a pena aplicada, haja vista parcela da punição já ter sido efetivada pelo próprio tempo de espera no recebimento do apenamento definitivo.¹⁶⁵

Ao tratarem de soluções compensatórias diante da verificada demora jurisdicional, e, portanto, da violação da garantia constitucional da razoável duração do processo, inicialmente os autores defendem a nulidade do processo, mas ao

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.715-716.

¹⁶² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.232.

¹⁶³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.233.

¹⁶⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.242.

¹⁶⁵ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, p 124.

concluírem que a repetição dos atos afetados ou do processo como um todo demandaria mais tempo, filiam-se à aplicação da atenuante inominada.¹⁶⁶

Na sequência, propõem os autores:

Outra ideia sustentável, esta sim com repercussões mais aceitáveis, é a de que o imputado em um processo penal que se estendeu além do tempo razoável, já sofreu, com a insegurança gerada pelo transtorno do tempo e com outras restrições morais e econômicas à sua situação jurídica, um castigo antecipado que deve ser compensado ao impor-se a sanção definitiva. Trata-se, pois, de eliminar o plus sancionador que a demora do processo sempre traz. Não se está falando, apenas, na detração em caso de réu preso cautelarmente. Propõe-se mais, mesmo tratando-se de réu solto: a duração irrazoável do processo, que por certo constitui uma espécie de sanção antecipada (...) deve ser considerada circunstância relevante posterior ao crime, caracterizando-se como circunstância atenuante inominada, nos termos do art. 66 do CP.¹⁶⁷

Assim, também nesse caso, o instrumento formal que dará concretude ao reconhecimento do tempo do processo enquanto pena (sanção) mediante a compensação na pena de prisão final será a atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal.

Para além do excesso de prazo na instrução criminal, denota-se que quaisquer ilegalidades na prisão devem possuir peso na mensuração da pena final, posto que tão somente o relaxamento da prisão irregular não basta para reparar o dano decorrente da violação de seu direito fundamental à liberdade, servindo a diminuição de eventual pena como reparação à violação ao direito fundamental de liberdade do réu.¹⁶⁸

3.4 SITUAÇÕES LÍMITROFES DE QUASE EXCLUSÃO DO DELITO E DA PUNIBILIDADE

Cezar Roberto Bitencourt assevera que circunstâncias relevantes, quando não completadas pela falta de algum requisito, podem ser reconhecidas por meio do

¹⁶⁶ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, p. 121.

¹⁶⁷ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, p. 122-122.

¹⁶⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.242-243.

dispositivo referente às atenuantes inominadas, que nesse caso atingiria as “atenuantes incompletas”, segundo denominação do próprio autor.¹⁶⁹

É possível, portanto, sustentar a possibilidade de aplicação da atenuante genérica da pena em casos nos quais as circunstâncias fáticas se aproximem de uma causa de exclusão de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, conforme detida análise realizada por Rodrigo Roig.¹⁷⁰

Inicialmente, cumpre ressaltar que as situações limítrofes não se equivalem à dúvida sobre a existência ou inexistência de uma causa de exclusão. Nos casos de dúvida, como é cediço, deve se materializar o postulado do *in dubio pro reo* e decidir-se pela aplicação da causa de exclusão.¹⁷¹

Já nas situações limítrofes, de ‘quase’ configuração, as excludentes não restaram configuradas, no entanto não se deve ignorar que o fato concreto está cercado pelos seus elementos e isto, mediante o juízo valorativo do magistrado pautado pelo paradigma mitigador da afetação, viabiliza a atenuação da sanção.¹⁷²

À semelhança, cabível também a atenuação atípica da pena quando institutos como a desistência voluntária¹⁷³, arrependimento eficaz ou posterior¹⁷⁴ tiveram seus entornos inicialmente delineados e evidenciam uma menor reprovabilidade da conduta, mas não se configuraram da maneira que são previstos em lei.¹⁷⁵

Assim, como exemplo de situação quase configuradora da desistência voluntária, cita-se o agente que desiste de prosseguir na execução, mas as ações já tomadas acabam por produzir o resultado; no que se refere ao arrependimento eficaz, é o caso do agente que tenta impedir a produção do resultado, mas não consegue ou, no caso do arrependimento posterior, o agente que repara o dano parcialmente ou o faz em momento posterior ao recebimento da denúncia ou queixa.¹⁷⁶

¹⁶⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, p. 369.

¹⁷⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.229-230.

¹⁷¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.231.

¹⁷² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.231.

¹⁷³ Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

¹⁷⁴ Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços

¹⁷⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.230.

¹⁷⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.230.

Tanto se faz cabível a atenuação da pena nas hipóteses acima mencionadas, que a legislação alemã previu expressamente em seu §46, “a”, I, que a pena deve ser minorada nas hipóteses de o agente mostrar-se empenhado em alcançar um acordo com a vítima, pretendendo reparar o dano, ainda que não integralmente, e também quando esta reparação tenha demandado significativo esforço ou renúncia pessoal por parte do autor do crime.¹⁷⁷

Ainda, crimes que se encontrem no liame de configuração de uma conduta mais grave e outra subsidiária, menos grave, como frequentemente se constata nos crimes de roubo em que a violência ou ameaça empregadas se dão em grau tão irrisório que a figura delitiva limítrofe caracteriza uma hipótese de “roubo quase furto”. Nesse caso, embora irrisória, a existência de violência ou grave ameaça configura o delito mais grave, todavia não pode deixar o juiz sentenciante, em atenção ao caso concreto, de “sopesar a natureza fronteira do delito no momento da determinação da pena, haja vista a menor entidade lesiva deste”.¹⁷⁸

A proximidade na constatação de uma causa de exclusão da punibilidade, chamada de situação de “quase impunibilidade”, também justifica uma menor punição estatal.¹⁷⁹

A contiguidade de conformação do caso concreto a uma hipótese de indulto se apresenta como primeira das hipóteses de redução da pena pela proximidade da exclusão da punibilidade e, dentre as hipóteses de indulto, aquela que mais se adéqua para os fins de atenuação atípica da pena é a previsão de extinção da punibilidade por razões humanitárias, a qual tem por escopo evitar que o encarceramento agrave a situação de saúde do apenado a ponto de ameaçar sua própria existência, haja vista a precariedade das condições de higiene, alimentação e assistência médica dos estabelecimentos penais.¹⁸⁰

Assim, o indulto humanitário beneficia condenados acometidos, em momento posterior ao crime, por paraplegia, tetraplegia ou cegueira, doença grave permanente da qual decorram restrições ou limitação do exercício de atividades ou, ainda, que exija cuidados contínuos que não podem ser prestados no estabelecimento penal. Além disso, a paraplegia, tetraplegia ou cegueira anteriores

¹⁷⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 235.

¹⁷⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 235.

¹⁷⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.235

¹⁸⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 236.

à prática ao delito, se resultarem em limitação ou restrição de participação de atividade também são motivos ensejadores da concessão do indulto humanitário.¹⁸¹

Denota-se que a execução penal, mais próxima da realidade a qual são submetidos os condenados, detém influxo humanitário que injustificadamente não se encontra presente no momento de injunção da pena, carente de hipóteses de abrandamento quando o réu apresenta doença grave que não caracterize o *sursis* humanitário do artigo 77, §2º, do Código Penal.¹⁸²

Por tal razão, visando suprir esta carência, a atenuante inominada da pena se mostra como ferramenta apta a considerar o estado de saúde do sentenciado como concreto fator de atenuação da pena, inclusive porque sua aferição no momento de injunção da pena proporciona, de fato, a maior individualização da reprimenda.

A esse respeito, conclui-se:

A postura mitigadora de danos, nesse caso, possui três significados essenciais, todos abastecidos pelo postulado da humanidade: reverência ao princípio constitucional da individualização (mediante a apreciação das particularidades do sentenciado), atenção ao efetivo tempo existencial vivenciado pelo sentenciado, dissociado da linearidade temporal da reprimenda imposta e, por fim, efetividade ao direito fundamental à saúde, consubstanciado no art. 196 da Constituição da República.¹⁸³

A atenuação inominada da pena em razão do estado de saúde do sentenciado, então, decorre primeiramente do reconhecimento de que as condições do cárcere não privam tão somente a liberdade dos apenados, mas também agravam o estado de saúde daqueles ali encarcerados, sejam eles inicialmente sadios ou já adoentados.¹⁸⁴

A admissão dos efeitos noviços do cárcere é, portanto, ponto de partida para uma postura de arrefecimento da pena por parte do juiz aplicador, que assim agindo evita a imposição de um *quantum* dissociado das peculiaridades do sentenciado,

¹⁸¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.236.

¹⁸² § 2o A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

¹⁸³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.236 - 237.

¹⁸⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.237.

atividade esta que se desvela em evidente tratamento impessoal e desumanizado por parte do aplicador da sanção.¹⁸⁵

Em segundo lugar, a adoção de uma postura humanizante na atividade de injunção da pena exige um olhar mais apurado em relação ao tempo existencial do acusado, ignorado na atividade sentenciante e substituído pela falsa linearidade do tempo considerado na sentença.¹⁸⁶

Não por outro motivo Nilo Batista e Eugênio Raúl Zaffaroni assim asseveram:

(...) a sentença impõe uma pena que, em geral, implica uma ingerência na existência da pessoa, isto é, a tomada ou expropriação de um tempo existencial desta, mas que na sentença não se expressa nesses termos, mas sim em tempo físico ou linear¹⁸⁷.

Desse modo, atenuar a pena, por meio da aplicação da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal, com fundamento no estado de saúde do sentenciado significa dispensar tratamento humano e individualizado ao sentenciado, posto que ao tempo linear de cumprimento de pena fixado em sentença são despejados traços de concretude mediante a valorização de dados que afetam o tempo existencial do apenado, aproximando-se, assim, o tempo quantificável (pena) com o tempo vivido (existência do réu).¹⁸⁸

Por fim, o terceiro e último significado da atenuação inominada da pena em função do estado de saúde do réu consiste na materialização do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal¹⁸⁹.

Constata-se, do texto do artigo constitucional citado, que o dispositivo sinaliza para a contenção de danos, haja vista assegurar o direito de todos mediante o dever estatal de promoção de políticas públicas e de redução do risco de doença e demais agravos, o que evidencia que o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual tratado no início deste trabalho não está restrito tão somente à

¹⁸⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.237.

¹⁸⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.238.

¹⁸⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro*, p. 295.

¹⁸⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.238.

¹⁸⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

esfera de aplicação de pena, mas permeia todo o sistema de tutela de direitos fundamentais, tal qual no caso do direito fundamental à saúde acima analisado.¹⁹⁰

Assim, em sendo a materialização do direito à saúde teleologicamente semelhante à perspectiva de contenção de danos penais, imperioso o reconhecimento da debilidade de saúde do sentenciado como concreta causa de atenuação atípica da pena.¹⁹¹

Prosseguindo no enfrentamento das causas de “quase” extinção de punibilidade, a diminuição inominada da pena em situações de iminente decadência ou perempção também é viável.

O principal argumento que sustenta a atenuação inominada da pena nesses casos consiste no fato de que o exercício do direito de queixa ou de representação no limite do prazo legal evidencia o desmazelo, se não a pouca importância dispensada pelo ofendido ao processamento do feito, o que deve ser interpretado pelo magistrado como indicativo de reduzida (quando não ausência de) conflitividade pela parte interessada, o que autoriza a minoração da reprimenda.¹⁹²

Sob o mesmo supedâneo, autorizam a minoração da pena situações de quase abandono ao andamento do processo, isto é, quando o querelante deixa de promover o andamento do processo por período de aproximadamente trinta dias seguidos¹⁹³, ou quando os legitimados comparecem em juízo para prosseguirem no processo de interesse do querelante no prazo exato de sessenta dias¹⁹⁴, data limite para a ocorrência da perempção¹⁹⁵.

A carência de flexibilização interpretativa de nosso Diploma Penal também pode ser solucionada mediante o rompimento da dicotomia do “tudo ou nada”, ou seja, aplicação ou não aplicação total do instituto, com a aplicação de punição reduzida em situações que se aproximem da configuração do perdão judicial.¹⁹⁶

¹⁹⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.239.

¹⁹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.239.

¹⁹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.239.

¹⁹³ Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

¹⁹⁴ II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

¹⁹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 239.

¹⁹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.240

Assim, se conforme os artigos 121, §5º¹⁹⁷, e 129, §8º¹⁹⁸, do Código Penal, nos crimes de lesão corporal culposa e homicídio culposo há a previsão de possibilidade de isenção de pena quando as consequências do crime forem graves ao agente a ponto de tornarem a pena desnecessária, proporcional e coerente que quando as consequências do delito forem graves ao agente, mas não a ponto de serem tidas como desnecessárias, sendo imperiosa a aplicação da sanção, razoável que a pena aplicada seja reduzida em atenção às consequências sofridas pelo réu a partir do delito por ele cometido.¹⁹⁹

Indo além, com a analogia *in bonam partem* amplia-se o âmbito de incidência desta possibilidade de atenuação da pena, que não deve ser restrita aos delitos de lesão culposa ou homicídio culposo, mas deve se estender a todo e qualquer crime, culposo ou doloso, cujas implicações afetem física ou psicologicamente o próprio agente, ou ainda, pessoas de seu relacionamento, de modo que o réu acabe se tornando também vítima do crime. A esse respeito, cita-se como exemplo o desabamento culposo em que os bens do autor são destruídos ou, ainda, quando o réu pratica o crime em companhia de um filho ou irmão que vem a falecer em posterior confronto com a polícia.²⁰⁰

Por fim, a última situação de quase extinção da punibilidade que deve ensejar a atenuação atípica da pena consiste na “quase prescrição”. Dessa forma, o longo lapso temporal entre a data dos fatos e a resposta judicial materializada com a prolação da sentença que não caracterize a prescrição deve ser considerado para minorar a pena do acusado, uma vez que ultrapassado o momento razoável da resposta sancionatória que agora, atrasada, não guarda a mesma proporção que teria caso fosse dada anteriormente.²⁰¹

Isso porque, além de os próprios sujeitos do fato criminal não serem mais os mesmos de outrora, a pena infligida já não apresenta o mesmo grau de necessidade com o transcurso de período tão largo entre o fato criminal e a resposta estatal.²⁰²

Relevante a esse respeito, a transcrição das colocações do autor:

¹⁹⁷ Art. 121, § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

¹⁹⁸ § 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121

¹⁹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.240.

²⁰⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.240.

²⁰¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.240.

²⁰² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.241.

A prescrição está intimamente relacionada com a própria dinâmica social, visando à pacificação e estabilização jurídica das relações sociais, sempre mutáveis. A “quase prescrição” como atenuante (ou até mesmo causa de diminuição da pena), aqui defendida, deve-se à substancial redução, pelo transcurso do tempo, da conflitividade social e, conseqüentemente, da própria concepção de necessidade de pena.²⁰³

Vislumbra-se que o reconhecimento da “quase prescrição” apresenta-se em plena consonância ao direito à razoável duração do processo, posto que procrastinações processuais jamais podem atingir o réu de maneira desfavorável.²⁰⁴

Outrossim, o seu reconhecimento flexibiliza a lógica maniqueísta estabelecida pelo Código Penal, segundo a qual ou se exclui a punibilidade ou se aplica a pena integralmente sem relativizar suas previsões, a ponto de prever a minoração da pena em situações limítrofes, solução esta viabilizada através da efetiva aplicação da atenuante inominada e do esforço interpretativo em prever situações cabíveis de aplicação do artigo 66 do Código Penal.

Conclui-se, do todo exposto, que a adoção de postura diferente daquela defendida nas linhas acima em relação às situações fronteiriças não só evidenciaria uma compreensão superficial do princípio da individualização da pena, como também demonstraria atitude conservadora e até mesmo de não reconhecimento do dever jurídico de minimização da intensidade da afetação do indivíduo, corolário do princípio da humanidade.²⁰⁵

3.5 SITUAÇÕES DE QUASE CONFIGURAÇÃO DE ATENUANTES LEGAIS E A APLICAÇÃO ANALÓGICA DE ATENUANTES ESPECÍFICAS

Atentando-se para a razoabilidade em matéria penal e tendo em conta a ausência de óbices à aplicação da atenuante inominada analogamente a uma hipótese já prevista em lei, além de ser ilógico negar tratamento semelhante a hipóteses ontologicamente similares, a iminência de configuração de uma atenuante

²⁰³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.241.

²⁰⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.241.

²⁰⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 240.

legal enumerada no artigo 65 do Código Penal também deve ser vista pela ótica redutora e, por tal razão, ensejar a aplicação do artigo subsequente.²⁰⁶

Nesse prisma, a doutrina de Rodrigo Roig sustenta que ensejam a minoração inominada da pena o cometimento de crime motivado por razões de origem filosófica, religiosa e cultural, eis que análogos e proporcionais à atenuação da pena por crime cometido por relevante valor social ou moral prevista no artigo 65, III, “a”, do Código Penal.²⁰⁷

Do mesmo modo, devem sofrer a redução inominada da pena o delito praticado sob influência de medo e temor que não chegue a caracterizar a coação irresistível do artigo 65, III, “c”, do Código Penal; o crime praticado após injusta provocação da vítima sem que o agente se encontre no estado de violenta emoção exigida pelo artigo 65, III, “c”, do Código Penal e a influência de uma coletividade, ainda que não seja o crime praticado no contexto de tumulto disposto no artigo 65, III, “e”, do Código Penal, haja vista ser possível aferir, em tais situações, o reduzido grau de discernimento do indivíduo.²⁰⁸

À semelhança, a confissão do agente que não atende às condições de espontaneidade e realização perante autoridade, previstas no artigo 65, III, “d”, do Código Penal, pode ser enquadrada como atenuante inominada, tal qual é o caso da confissão formulada perante terceiros e a confissão policial não ratificada em juízo.²⁰⁹

Seguindo-se o mesmo raciocínio firmado pelos Tribunais Superiores²¹⁰, que asseguram a obrigatoriedade da incidência da atenuante da confissão espontânea mesmo quando se tratar de confissão parcial, sob o argumento de que se a confissão foi usada pelo juiz sentenciante para formar seu convencimento sobre a autoria do fato, ela deve ser reconhecida, tem-se que se a confissão dada nos

²⁰⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 226.

²⁰⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.226-227

²⁰⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 226-227.

²⁰⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 227.

²¹⁰ Nesse sentido: “(...)A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes. (...)6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas a 12 anos de reclusão. (STJ - HC: 87337 SP 2007/0169521-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 16/06/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2015)”

moldes acima expostos e que não configura a atenuante legal do artigo 65 contribuiu para o deslinde do feito, imperioso o seu reconhecimento em favor do acusado.²¹¹

Objeto diverso a ser analisado sob a mesma perspectiva é a idade do acusado. Como se sabe, a primeira atenuante prevista no artigo 65 do Diploma Legal trata do agente que à época do fato era menor de 21 anos ou que, na data da sentença, tenha mais de 70 anos²¹², não sendo previstas graduações desta redução penal etária. Pela lógica dicotômica estabelecida, então, ou se tem a atenuação plena pela atenuante etária ou a atenuação é nula, ainda que a diferença temporal para a caracterização dos 21 ou 70 anos seja ínfima.²¹³

Combativa ao apego positivista e à evidente incoerência hermenêutica de nosso ordenamento jurídico-penal, a norma do artigo 66 do Código Penal habilita o juiz aplicador a proceder a redução inominada da pena quando se tratar de situação fronteira aos patamares etários estabelecidos na lei, sendo compreensível que a atenuação se dê em grau inferior ao usualmente aplicado quando da configuração plena da atenuante nos moldes do artigo 65, I, do Código Penal.²¹⁴

Os fundamentos jurídicos autorizadores desta prática perpassam a adoção de nova postura mitigadora e consistem na necessidade de se atribuir maior concretude ao poder analógico *favor rei* e ao princípio da proporcionalidade, visando a dispensa de tratamentos mais equitativos a situações faticamente adjacentes.²¹⁵

Questionamento que surge quando da supracitada hipótese de atenuação em situações limítrofes à configuração da atenuante etária diz respeito ao parâmetro temporal adotado para a configuração da atenuante inominada analogamente aplicada.²¹⁶ Nesses casos, entende-se razoável que o juiz aplicador valha-se de sua experiência de enfrentamento do requisito temporal caracterizador da figura do crime continuado (art. 71 do Código Penal), de modo que se o lapso temporal entre duas condutas for compreendido como adequado para a configuração de crime único, do mesmo modo deve sê-lo para o reconhecimento de que a atenuante legal dada ao

²¹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 227.

²¹² Art. 65 - *São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença

²¹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.227.

²¹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 227-228.

²¹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 228.

²¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.228.

menor de vinte e um anos é admissível, em igual escala, ao maior de vinte e um anos, embora nesse último caso a atenuação da pena se dê pela via inominada do artigo 66.²¹⁷

Em seguimento, condutas posteriores ao fato como o comparecimento do acusado a todos os atos processuais, a manifestação da vítima no sentido de desejar a atenuação da pena, a conciliação entre vítima e acusado nas ações penais públicas incondicionadas, a retratação do ofendido em momento posterior ao oferecimento da denúncia e, ainda, o grau de afetação da pena na vida do autor enfermo ou idoso devem ser sopesadas quando da aplicação da pena.²¹⁸

Também mediante o uso da atenuante inominada se faz possível a extensão a outros crimes de causas de diminuição de pena a eles não previstas, como é o caso da aplicação do motivo de relevante valor social ou moral previsto apenas para o homicídio privilegiado a outros crimes menos graves.²¹⁹

Sob o mesmo aspecto, Amilton Bueno e Salo de Carvalho consideram imprescindível a aplicação analógica da regra do artigo 14, I, da Lei 9.605/98, que trata da atenuação da pena nos crimes ambientais em razão do baixo grau de instrução ou escolaridade do agente, a crimes de natureza diversa²²⁰, pois, segundo os autores, não existe vínculo necessário que restrinja a atenuação pelo grau de instrução ou escolaridade a crimes ecológicos.²²¹

A esse respeito, os juristas constataam:

Assim, impossível restringir o âmbito de validade da referida atenuante apenas aos crimes contra o meio ambiente, tendo em vista que possibilita uma avaliação concreta da relação homem-conduta delitiva, otimizando o modelo de culpabilidade pelo fato.²²²

Isso porque uma vez que o juízo da culpabilidade está relacionado à capacidade individual do indivíduo de motivar-se de acordo com a ordem normativa, inegável que o grau de instrução do sujeito influencie tanto seu nível de percepção (cognoscibilidade do ilícito) como a orientação de sua conduta conforme ou contrária

²¹⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 227-228.

²¹⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p.231.

²¹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 246-247.

²²⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, p.77.

²²¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo* p.78.

²²² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo* p. 78.

ao ordenamento jurídico (exigibilidade de comportamento), não sendo esta constatação em nada relacionada ao caráter ecológico do crime e, por isso, necessária sua extensão a todos os delitos.²²³

²²³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo* p. 78.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A RECEPÇÃO DAS TEORIZAÇÕES DOUTRINÁRIAS NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Como visto no capítulo anterior, várias são as situações que se enquadram na previsão genérica enunciada no artigo 66 do Código Penal. No entanto, se já é difícil encontrar trabalhos doutrinários, que alçam o *status* de inovadores ao esmiuçarem hipóteses que nada mais são que desdobramentos da lógica minimizadora de danos advindos do exercício do poder punitivo sobre seus indivíduos, sendo que a maior parte da doutrina apenas trata do tema de maneira superficial, dificuldade maior se apresenta na transposição para a prática judicial das situações cabíveis de atenuação inominada da pena, visto que de nada adiantam tergiversações teóricas incapazes de dar concretude a um instrumento de alta potencialidade na tarefa de melhor individualização da pena.

Por tal razão, realizou-se pesquisa jurisprudencial a fim de elucidar quais são os principais argumentos usados pelos defensores ao postularem a aplicação da atenuante inominada e qual o entendimento predominante nos tribunais pátrios a esse respeito.

Conforme adiante melhor se verá, apenas uma reduzida parcela das hipóteses de incidência da atenuante genérica se apresenta presente no dia a dia dos operadores do direito, o que evidencia que não só os juízes sentenciantes como também os defensores e advogados, como representantes que são do interesse do acusado ao ver sua reprimenda ser a mais proporcional e individualizada possível, precisam perder o medo de se curvarem diante dos princípios garantidores na busca de uma criativa construção judicial que supra a insuficiência legislativa, consoante os dados concretos da situação fática e individual do réu levantados no curso do processo.

Assim, seguida à análise jurisprudencial, serão tecidos alguns comentários que, sem a pretensão de se mostrarem absolutos, buscarão entender, senão justificar, a incomunicabilidade entre construções teóricas e aplicação diária do Direito para, por fim, restar evidenciada a necessária superação do (ainda) demasiado apelo à letra fria da lei para que o conjunto de princípios norteadores e limitadores da aplicação da pena tratados no início desse trabalho sejam realmente assegurados.

4.1 DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA E DOS CONSEQUENTES POSICIONAMENTOS JUDICIAIS

Mais comum dos argumentos ventilados quando da pretendida aplicação da atenuante inominada em sede de alegações finais diz respeito à co-culpabilidade estatal. Como visto, esta teoria propõe que a responsabilização pelo cometimento do delito não recaia exclusivamente na pessoa do acusado, de modo que seja reconhecido que Estado e sociedade como um todo exercem influência significativa sobre os sujeitos, seja a partir da desigual distribuição de oportunidades de fruição de direitos sociais, seja na seletividade criminal operada à nível de raça e classe econômica, dentre outros fatores tratados em tópicos específicos e que limitam o âmbito de autodeterminação do sujeito, não sendo grande o esforço dispensado para o cometimento de um delito, nessas circunstâncias.

Em suma, ao se pleitear a incidência da atenuante inominada com base na teoria da co-culpabilidade estatal pretende-se a assunção, por parte do Estado, de sua *mea culpa* diante da inobservância de seus deveres como garantidor de direitos individuais e sociais que acabou por resultar na “opção” do acusado pelo cometimento de um crime.

No entanto, como já esperado, a tese defensiva tem sido refutada de plano pelos tribunais pátrios com base em diversos argumentos que, no fundo, sustentam a mesma ideia, qual seja, a de que fatores individuais, socioeconômicos, culturais e educacionais não influenciam sobremaneira na capacidade de autodeterminação do sujeito.

É o caso, por exemplo, deste julgado da Oitava Câmara Criminal do Tribunal do Rio Grande do Sul, que nega a aplicação da atenuante inominada pleiteada com supedâneo na “criminalidade democrática”:

APELAÇÃO CRIME. FURTO SIMPLES. 1. PRELIMINAR. NULIDADE DA INSTRUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP. QUESTIONAMENTOS FEITOS PELO MAGISTRADO. DESACOLHIMENTO. (...) **ATENUANTE INOMINADA. COCULPABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. Inexistência de previsão legal. Atenuante genérica do art. 66 do CP, que não serve a tanto. Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo, o espaço que lhe é conferido pelo organismo social, como se a delinquência fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já mostrou que não é, pois a "criminalidade é democrática",**

atinge a todos os níveis sociais, indistintamente. (...) APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70051890580, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 10/04/2013) Destaquei.

Já neste outro julgado, advindo da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, resta claro a adoção da premissa de que todos são iguais e que a escolha pela criminalidade se dá de forma livre, espontânea e incondicionada pelo sujeito:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO TENTADO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INVIABILIDADE - CONDUTA VALORADA PELO LEGISLADOR COMO PENALMENTE RELEVANTE - APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DA COCULPABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **(...)- É inviável a aplicação da teoria da coculpabilidade, visto não ser possível a responsabilização do Estado, ou mesmo da sociedade, pela criminalidade daqueles que, ainda que sem muitas oportunidades, optaram pela prática de crimes. (...)** (TJ-MG , Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 05/02/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 5ª CÂMARA CRIMINAL) Destaquei.

Em igual sentido opera este recentíssimo julgado emanado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. (...) **ATENUANTE INOMINADA. COCULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. Inviável a redução da pena com a aplicação da atenuante inominada. O caso não se enquadra na hipótese do art. 66 do CP, visto que, para a sua aplicação, é necessário que o magistrado verifique circunstância relevante acontecida antes ou depois do fato ilícito, que tenha influenciado no cometimento do crime ou positivamente na conduta do acusado, pós-crime. Não é o caso dos autos. Embora existam desigualdades sociais em nossa sociedade, elas não têm o condão de justificar as práticas ilícitas.** (...). APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70063254189, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 16/04/2015)

Mais próximo da realidade, eis que ao menos reconhece a existência de desigualdades sociais, este outro julgado emanado pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por sua vez, permanece negando aplicabilidade à norma do artigo 66 do Código Penal. Todavia, o faz com base na vedação de compensação de culpas, veja-se:

PENAL. ROUBO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECONHECIMENTO DA CO-CULPABILIDADE. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INSUFICIÊNCIA DE

PROVAS QUANDO O RÉU É CONFESSO E FOI RECONHECIDO PELAS TESTEMUNHAS. **A APLICABILIDADE DA CO-CULPABILIDADE OU CO-RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO ALTO ÍNDICE DE CRIMINALIDADE, MUITO EMBORA EXISTAM AS DESIGUALDADES SOCIAIS DESTACADAS PELA DEFESA DE FORMAS EVIDENTES, ELA SE MOSTRA DE DIFÍCIL APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL, EIS QUE ESTE NÃO ADMITE, EM MATÉRIA PENAL, COMPENSAÇÃO DE CULPAS.** NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.(TJ-DF - APR: 61674420038070006 DF 0006167-44.2003.807.0006, Relator: JOÃO TIMÓTEO, Data de Julgamento: 24/07/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 21/08/2008, DJ-e Pág. 113) Destaquei.

Em nosso Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a realidade do enfrentamento à questão da aplicação da atenuante inominada mediante o reconhecimento da teoria da co-culpabilidade não é diverso, havendo, inclusive, como é o caso do julgado que se segue, a equivocada insinuação teórica de que a tese construída e desenvolvida por Zaffaroni visaria fomentar o cometimento de delitos, justificando-os e eximindo seus autores de culpa.

Observe-se:

(...) A pretensão de incidência da atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal, da coculpabilidade, ou da culpabilidade compartilhada do Estado em razão da vulnerabilidade social do acusado, tampouco merece agasalho perante esta Corte de Justiça, primeiro porque não ficou demonstrado, nem mesmo indiciado, ser o apenado merecedor de tal benesse, dado que não obstante possuir um mínimo de condição socioeconômica, ainda assim se inclina para a atividade delituosa habitual, não havendo qualquer dado objetivo nos presentes autos que demonstrem ou sequer indiciem ser o ora apelante merecedor de benesse de ordem subjetiva sem lastro concreto nos autos. IX - Veja-se que as Cortes superiores já declinaram o repúdio a esta teoria sem que existam nos autos elementos mínimos capazes de substanciar sua aplicabilidade, dado que segundo precedentes, **"a teoria da co-culpabilidade no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos. Não haveria como o juiz singular combater por argumentos jurídicos a tese lançada, primeiramente porque o atendimento do pleito é intrinsecamente inviável, e, por outro lado, porque para o exame e afastamento da proposição, o magistrado teria que demonstrar, na sentença, que o paciente não foi nocivamente contaminado por quaisquer influências externas ao decidir praticar seu delito"** (STJ, HC 172505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011). (...) (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1245667-2 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Laertes Ferreira Gomes - Unânime - - J. 06.11.2014)

Ainda, a demonstrar a incomunicabilidade entre os espaços doutrinários e decisórios, este entendimento esposado pela Relatoria da Terceira Câmara Criminal

do Tribunal de Justiça de nosso Estado é exemplar ao demonstrar a premente necessidade de aplicação das construções teóricas no cotidiano do aplicador do Direito, haja vista resumir construção teórica de significativo aporte e em consonância à realidade latino-americana em “mera discussão acadêmica”:

ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCS. I E II, DO CP). RECURSOS DE APELAÇÃO DE DOIS RÉUS CEZAR E MARIO. PEDIDOS COMUNS A AMBOS OS APELANTES. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. EXISTÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO À CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO E SUA IMPUTAÇÃO AOS RÉUS. RECONHECIMENTO DAS VÍTIMAS, CORROBORADO PELO TESTEMUNHO DE AGENTE POLICIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE INOMINADA (ART. 66, DO CP) EM FACE DAS CONDIÇÕES SOCIAIS ADVERSAS DOS AGENTES. TESE NÃO ACATADA. AUSÊNCIA DE PROVAS SOBRE A INEXIBILIDADE DE COMPORTAMENTO ADVERSO POR PARTE DOS AGENTES(...). APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS E, DE OFÍCIO, EXTENSÃO DA REDUÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO DE PENA REFERENTE ÀS MAJORANTES AO CORRÉU TIAGO. (...) **Quanto ao reconhecimento da atenuante inominada do artigo 66, do Código Penal, mediante invocação da teoria da coculpabilidade, não é aceito pelos nossos Tribunais, tratando-se de discussão meramente acadêmica, cuja aplicabilidade se torna duvidosa, sob pena de justificados ficarem, em parte, todos os crimes.** (...) (TJ-PR 8415007 PR 841500-7 (Acórdão), Relator: Jefferson Alberto Johnsson, Data de Julgamento: 19/07/2012, 3ª Câmara Criminal) Destaquei.

Por fim, em isolado entendimento que evidencia a minoritária adesão dos magistrados à aplicação da atenuante inominada, localizou-se decisão que, reconhecendo as desigualdades sociais e sua influência sobre os indivíduos, principalmente quando se tratam de delitos patrimoniais, aplicou a atenuante inominada da pena ao réu que, desempregado e em nítida situação de miserabilidade, praticou o delito de furto. Veja-se:

APELAÇÃO - FURTO - PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO-APLICAÇÃO - TENTATIVA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - CO-CULPABILIDADE - RECONHECIMENTO PARA FINS DE PROPORCIONALIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - PENA-BASE EXACERBADA - DIMINUIÇÃO - REINCIDÊNCIA - AUMENTO EXACERBADO DA PENA-BASE - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - AUMENTO MÁXIMO DE 1/6 SOBRE A PENA-BASE. (...) **É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito.** Apesar de nosso Código Penal não determinar

qual a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes, doutrina e jurisprudência majoritárias tem aceitado que a variação dessas circunstâncias, atendido o princípio da razoabilidade, não deve modificar a pena-base, em mais de 1/6 (um sexto). (TJ-MG 107020629660810011 MG 1.0702.06.296608-1/001(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 27/03/2007, Data de Publicação: 14/04/2007) Destaqui.

Por outro lado, não só à teoria da co-culpabilidade estatal se resumem os pleitos de incidência da atenuante inominada, sendo também a demora processual, hipótese da qual se tratou nos tópicos referentes à vulnerabilidade processual, bem como naquele condizente às situações limítrofes de exclusão da punibilidade, eis que dentre elas se encontra a prescrição, argumento também utilizado pela defesa.

A esse respeito, logrou-se êxito em se encontrar decisões tanto acatando como excluindo o pleito de atenuação com base no decurso do tempo, veja-se:

REVISÃO CRIMINAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS. - (...) - **ATENUANTE INOMINADA. DECURSO DE TEMPO NA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. NÃO-APLICAÇÃO. Não se justifica a aplicação da atenuante inominada do art. 66 do CP, pelo decurso de tempo na tramitação do processo. A resposta legal à inércia do Estado e ao direito de o indivíduo ser julgado num prazo razoável, é a prescrição, incorrente na espécie, seja abstratamente, seja pela pena concretizada na sentença.** (...) REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE, por maioria, vencido o Relator. (Revisão Criminal Nº 70008563769, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 22/10/2004)

Igualmente, é do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a primeira decisão brasileira a conceder a aplicação da atenuante inominada da pena com base na extensa duração do processo, reconhecendo, dessa forma, a existência do dever jurídico-constitucional de mínima afetação do indivíduo recebedor da sanção:

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime. (TJRS. Apelação Crime nº 70007100902, Quinta Câmara Criminal, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 17/12/2003).

No mesmo sentido, foi o seguinte julgado advindo do mesmo Tribunal de Justiça:

ROUBO MAJORADO. 1. Preliminar. Prescrição pela pena em abstrato. Erro grosseiro no cálculo pela parte. Inocorrência. 2. Mérito. Confissão parcial pelo acusado. Palavra das vítimas. Reconhecimento. Condenação mantida. 3. Majorantes. a) Concurso de agentes. Prova indubitosa. Confirmação; b) emprego de arma. Perícia. Necessidade. Ausência de exame pericial. Afastamento da majorante. 4. **Duração do processo. Excesso no processamento do feito. Dilação que não foi provocada pelo acusado. A excessiva duração da demanda penal, como na espécie presente, por culpa exclusiva do aparelho judicial, viola direito fundamental do homem - o de ter um julgamento rápido (artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia). Precedentes da Câmara. Atenuante inominada. Aplicação necessária.** (...) . 6. Readequação da pena. 7. Pena in concreto. Extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal. Recurso parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70023506371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 08/04/2009)

Cumpra ressaltar, ademais, que além de reconhecer a necessária atenuação da pena daquele indivíduo que a recebeu após determinado lapso temporal, o doutrinador e também Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, dando azo à indispensável comunicabilidade entre os espaços teórico e prático, neste *decisum* que segue, atenta para a ocasião em que, mesmo tratando-se de ação pública incondicionada, houve o perdão do ofendido, o que demonstra a possibilidade de minoração da pena a ser aplicada ao acusado.

Veja-se:

PENAL. ROUBO MAJORADO. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ATENUANTE INOMINADA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. (...) 3. **O excessivo retardo na imposição da sanção penal e o “perdão” do ofendido (ainda que em ação penal pública incondicionada) podem dar esteio à incidência da atenuante inominada do art. 66 do CP, pois o Direito não é mera abstração e deve acompanhar a relação social regrada.** 4. As atenuantes, enquanto circunstâncias que sempre diminuem a pena (art. 65, caput, do CP), podem deixar a sanção provisória aquém do mínimo legal. Deram parcial provimento ao apelo. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70020524088, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 05/09/2007)

Por derradeiro, apresenta-se par de decisões que enfrentam, de modos diversos, circunstâncias posteriores ao delito que se evidenciam como relevantes na análise da individualização da pena, nos exatos moldes que trata o artigo 66 do Código Penal ao dispor que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Observe-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. DOSIMETRIA. ATENUANTE INOMINADA (CP, ART. 66). ALEGAÇÃO DE ABANDONO DO VÍCIO DE ENTORPECENTES. 2. PENA SUBSTITUTIVA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. HORAS-TAREFA (CP, ART. 46, § 3º). 3. PENA PECUNIÁRIA. VALOR DO DIAMULTA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SOBRE A CONDIÇÃO FINANCEIRA DO AGENTE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL (CP, ART. 49, § 1º). 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE (CPC, ART. 20, § 4º). **1. A mera alegação de mudança da conduta social do Acusado, consistente no abandono do vício de drogas e da criminalidade, desprovida de qualquer prova a alicercá-la, não comporta o reconhecimento da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal.** (...) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.004797-7, de Joinville, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 09-09-2014).

Neste primeiro caso, embora se negue a aplicação da atenuante inominada sob o idôneo argumento de que não foram apresentadas provas que comprovassem o real abandono por parte do acusado do vício de entorpecentes e da habitual criminalidade, forçoso reconhecer que houve o reconhecimento de que tais situações, se efetivamente comprovadas, poderiam ensejar a atenuação inominada da pena, o que enseja a conclusão de que, ainda que de maneira pouco expressiva, é possível visualizar a abertura à aplicação do artigo 66 do Código Penal pelo nosso Poder Judiciário.

Já no derradeiro caso que ora se apresenta, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça concedeu a aplicação da atenuante inominada com fulcro na aplicação analógica (*in bonam partem*) da causa de isenção de pena que opera quando as consequências do delito são de tamanha gravidade que a sanção criminal torna-se desnecessária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.108 - RS (2010/0106687-3)
RELATOR: MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) AGRAVANTE: DAVI ALMEIDA PRATO
ADVOGADO : SIMONE SCHROEDER E OUTRO (S) AGRAVADO :
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DECISÃO
Trata-se de agravo de instrumento interposto por DAVI ALMEIDA PRATO contra decisão que, com base no enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao seu recurso especial. O recurso obstado, fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, foi apresentado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. TRÂNSITO. CULPA DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) **ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CP. Possível o reconhecimento da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal, tendo em vista o inegável sofrimento suportado pelo réu em face da morte das vítimas, pessoas do seu convívio social.** (...) (STJ - Ag:

1319108, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Publicação: DJ 22/11/2010)

Pode-se vislumbrar, da análise jurisprudencial realizada que, embora pouco numerosas, há inovadoras decisões que, apresentando-se em plena consonância à realidade dos casos sob julgamento, viabilizam, na prática, a incidência da atenuante inominada como instrumento de maior efetividade à tarefa de individualização da pena, o que, em última análise, nada mais é que a consubstanciação, *in concretum*, do dever jurídico de minimização da afetação do indivíduo.

5 CONCLUSÃO

No âmbito deste trabalho, intentou-se abordar criticamente o instituto da atenuante inominada previsto no artigo 66 do Código Penal, sem, contudo, carregar a pretensão de esgotar as diversas facetas que compõem este objeto de estudo. Com esta postura, tem-se que as conclusões aqui delineadas antes servem como novos pontos de partida do que como pontos de chegada, e que a construção da ponte entre esses pontos é que nos parece mais proveitosa do ponto de vista acadêmico e prático do direito, se é que esta divisão é possível.

No primeiro capítulo, o aprofundamento teórico acerca dos princípios norteadores da aplicação da pena se deu a partir de uma releitura interpretativa pautada pelo dever jurídico constitucional de minimização da afetação do indivíduo. Assim, os princípios foram lidos segundo a perspectiva de limitação do poder estatal de punir as práticas delituosas, oferecendo as bases para a posterior teorização sobre as possibilidades de incidência da atenuante inominada.

A realização deste caminho foi importante, pois o estudo da principiologia oferta pilares para a edificação de um estudo sólido à luz da necessária constitucionalização do Direito Penal, bem como para a superação do excessivo apego legalista visando, assim, oportunizar a construção de um Direito axiologicamente baseado no sistema garantista construído pelo legislador e voltado à flexibilidade dos marcos legalistas quando se trata da ampliação de garantias e liberdades individuais.

Nesta toada, deu-se enfoque aos princípios da legalidade, pessoalidade, humanidade e individualização das penas, princípios estes que norteadores da sistemática de aplicação da pena, servem ora como supedâneo para a averiguação das possibilidades de incidência da atenuante inominada ora como objetivos últimos a serem por elas concretizados.

No segundo capítulo, ao elencar as hipóteses de incidência, viu-se que a doutrina as divide em hipóteses de vulnerabilidade individual, social e processual, as quais tratam, dentre outras, do acometimento de doenças, da co-culpabilidade estatal e da demora processual.

Autores renomados também analisam as situações em que quase se verificam as excludentes de punibilidade e ilicitude, sendo que estas buscam a

superação da lógica binária de aplicação/não-aplicação. Ainda, conforme entendimento doutrinário, plenamente possível que a atenuante inominada sirva como instituto autorizador da aplicação de atenuantes específicas no que tange a tipos penais alheios a tais atenuantes.

No derradeiro capítulo desta monografia, objetivou-se minudenciar a faceta jurisprudencial do tema. Desse modo, foram transcritas e examinadas algumas decisões em que a atenuante inominada foi utilizada como redutora da pena, em que pese a maioria dos pronunciamentos judiciais orientarem-se pela não aplicação do instituto.

A disparidade das decisões judiciais que concretizam e que não concretizam o que preconiza o artigo 66 do Código Penal demonstra o imaginário punitivista que incrusta-se no direito pátrio. Especificamente, a maioria dos juízes e tribunais, quando se trata de liberdades e garantias individuais dos réus, entendem que deve prevalecer a estrita legalidade, quando, à luz da Constituição, o que deveria predominar é a lógica redutora de danos, onde a atenuante inominada se apresenta como instrumento fundamental.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jader Máximo de. *O Princípio da Co-Culpabilidade como Causa Atenuante Inominada*. Disponível em: < <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1138> >. Acesso em 16 de julho de 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Lúmen Juris, 2002.

_____. *Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico-Europeu*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, Para Que (m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de Direito e processo Penal em Homenagem ao professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetrus, 2011.

GOMES, Luiz Flavio, MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, vol. 2.

KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas, Millennium. 2002, v III.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 204.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Medidas compensatórias da demora jurisdicional: a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.