



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Agosto, 52, 2.º andar, Centro, São Paulo, SP.
P 01018-010 - Tel.: (011) 3105-4607

INTERNET: <http://www.ibccrim.com.br>

e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

ativo do IBCCrim para o biênio 99/00 - **Presidente:** Carlos Vico Mañas;
1.º Vice-Presidente: Marcio Orlando Bártoli;
2.º Vice-Presidente: Marcio Orlando Bártoli;
3.º Vice-Presidente: Faria Lemos Pinheiro; **2.º Secretário:** Carlos Alberto Pires Mendes;
1.º Secretário: Artado Martins; **Tesoureiro:** Adriano Salles Vanni; **Tesoureiro Adjunto:**
1.º Adjunto: da Biblioteca: Alberto Silva Franco; **Director de Cursos:** Maurício Zanoide
1.º Coordenador: Ana Sofia Schmidt de Oliveira; **Directora do Boletim:** Berenice Maria
1.ª Coordenadora: de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr;
1.º Coordenador: do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla.

Directora: Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Conselho Diretivo da Revista: Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho,
Adriana Haddad Uzum, Adriana Sampaio Liporoni, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron,
Alvino Augusto de Sá, André Gustavo Isola Fonseca, Andrei Koerner, Carmen Silvia de Moraes Barros,
Flávia D'Urso Rocha Soares, Beatriz Rizzo Castanheira, Flávia Schilling, Luiz Vicente Cernicchiaro,
Paula Bajer Fernandes M. da Costa, Ranulfo de Melo Freire, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício
Genofre, Roberto Podval, Rosier Batista Custódio, Rui Stoco, Sérgio Mazina Martins,
Sérgio Salomão Shecaira, Tadeu A. Dix Silva.

Secretária: Sylvia Helena Steiner

Directoria adjunta: Alice Bianchini, Fabio Machado A. Delmanto, Helio Narvaez, José Carlos
de Oliveira Robaldo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Fernanda Toledo de Carvalho Podval,
Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Maurides de Melo Ribeiro, Suzana de Camargo Gomes,
William Terra de Oliveira.

Colaboradores Permanentes: Nacionais - Ada Pellegrini Grinover, Ana Lúcia Sabatel,
Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo,
Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Belisário dos
Santos Junior, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana,
David Teixeira de Azevedo, Dirceu de Mello, Edmeu Carnesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio,
Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo
Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Helena Singer, Hermes Vilches Guerreiro, Herminio Alberto
Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Leal, João José
Caldeira Bastos, João Marcello de Araújo Júnior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias,
José Henrique Pierangelli, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochelvsky, Licínio Leal
Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Fernando Vaggione,
Luiz Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado, Maria Lúcia Karam,
Maria Tereza de Assis Moura, Maurício Khuene, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão,
Norma Kiriakos, Odone Sanguiné, Oswaldo Henrique Duek Marques, René Ariel Dotti,
Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Sérgio M. Moraes Pitombo,
Sérgio de Oliveira Médici, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista. **Estrangeiros:** Adolfo Ceretti,
Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera,
Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos Maria Romeo-Casabona,
David Baigún, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni,
Fernando Santa Cecilia Garcia, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir,
José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramirez, Jésus-Maria Silva Sánchez, Kai Ambos,
Luis Fernando Niño, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Maria Paz Arenas Rodríguez,
Manuel da Costa Andrade, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomes Pavón,
Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

Representante na Espanha: Antonio Vercher Noguera.

Representante na Argentina: Juan Felix Marteau.

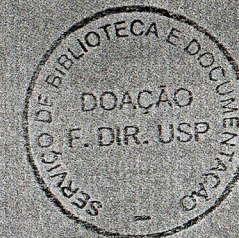
Representante na Itália: Ana Paula Zomer

Representante em Portugal: Claudia Maria Cruz Santos

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ANO 7 - N. 26 - ABRIL-JUNHO DE 1999



26

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Dos dois jurados convocados irregularmente, um foi recusado e outro acabou por compor o Conselho de Sentença.

Como salientou o apelante, “isso impediu o prévio e indispensável conhecimento por parte da defesa, para que pudesse eventualmente oferecer suas recusas, peremptórias ou em razão de possíveis suspeições ou impedimentos”.

É irrelevante que os dois jurados convocados pertençam à mesma 1.ª Vara do Júri.

O que importa é que eles haviam sido sorteados para outro julgamento. Não constavam da lista de vinte e um jurados selecionados para o julgamento do apelante.

Houve flagrante prejuízo para a defesa, com a violação do princípio constitucional do Juiz Natural, a configurar nulidade absoluta, que ora Apelação Criminal 245.821-3/5 – São Paulo fica declarada.

O fato de não ter havido qualquer reclamação durante a sessão de julgamento é dispiciendo, por se tratar de nulidade absoluta.

Pelo exposto, acolhem a primeira preliminar, dando provimento ao apelo para anular o julgamento, mantida a prisão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Gomes de Amorim (Presidente) e Dante Busana, com declaração de voto em separado.

São Paulo, 22 de outubro de 1998 – Denser de Sá, Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO-VENCEDOR

1. Por irregular a constituição do órgão julgador também anulo o Júri.

2. Como cediço, o Conselho de Sentença deve ser composto por sete jurados escolhidos por sorteio entre os vinte e um anteriormente sorteados para a sessão (arts. 427 e 428 do CPP), que só se instalará se ao menos quinze deles comparecerem (art. 442).

Nesta capital, onde há cinco Varas do Júri, com tantos plenários quantos necessários (arts. 1.º e 2.º da Resolução 15 do Órgão Especial desta Corte, de 03.12.1986), cada uma tem seu Corpo de Jurados, composto por até 1.250 membros (art. 3.º).

Assim, a 1.ª Vara do Juri – Zona Centro, como as demais, retira desse Corpo de Jurados, mediante sorteio para a sessão de cada um de seus oito plenários, vinte e um jurados. Foi o que se fez para o julgamento do apelante, no Plenário B.

Só treze jurados atenderam ao chamamento, o que impedia a instalação da sessão (art. 442 do CPP). Assim não entendeu o magistrado, porém, que mandou chamar duas juradas sorteadas para outro plenário e com elas completou o número legal. Uma delas acabou compondo o Conselho de Sentença.

Com surpresa para as partes, privadas do conhecimento antecipado de quais pessoas poderiam integrar o órgão julgador, constitui-se este com jurada estranha à “urna dos vinte e um”, ou “urna pequena”, e, portanto, não legitimada a compor o Conselho de Sentença daquele Plenário.

Infringiu-se a lei processual e a garantia constitucional do juiz natural, o que importa em nulidade absoluta, não condicionada a alegação oportuna e prova de prejuízo.

Comentando o art. 2.º do Dec.-lei 167, de 05.01.1938, onde se lia que “o Tribunal do Júri compõe-se de um juiz de direito, que é o seu presidente, e vinte e um jurados, sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento”, escreveu Edgar de Moura Bittencourt: “nulo é o julgamento (...) em que serve como jurado, no conselho julgador uma pessoa cujo nome não consta do edital de convocação do júri, nem da lista suplementar” (*A instituição do júri*, Saraiva, 1939, p. 25-26.).

A lição continua atual.

Dante Busana.

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1.2

A FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS

PENA. Individualização. Atenuante. Fixação abaixo do mínimo legal.

Ementa: O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.

REsp. 151.837/MG – 6.ª T. – STJ – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 28.05.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 6.ª Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, face ao empate, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago. Votou com o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro o Sr. Min. Vicente

Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

Brasília, 28 de maio de 1998 (data do julgamento) – Min. Anselmo Santiago, Presidente; Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator para Acórdão.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: João Bosco de Carvalho foi condenado à pena de cinco anos e seis meses de reclusão e três meses de detenção, pela prática de homicídio tentado e lesão corporal, respectivamente, incidindo, quanto ao primeiro delito, a minorante da confissão espontânea.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decretou extinta pela prescrição a sanção aplicada às lesões corporais e reduziu a pena imposta à tentativa, fixando-a em três anos e onze meses de reclusão.

Dá o presente recurso especial, interposto com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, no qual o Ministério Público aduz dissídio jurisprudencial no tocante à impossibilidade da circunstância atenuante reduzir a pena aquém do limite mínimo cominado ao crime em espécie.

Apresentadas as contra-razões e admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO-VENCIDO – O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves (Relator): O recurso merece provimento.

Conquanto a aplicação da circunstância atenuante seja de caráter obrigatório, não deve importar em fixação em *quantum* aquém do mínimo legal cominado à pena privativa de liberdade.

Neste sentido, decidiu esta Corte, quando do julgamento do REsp. 146.056, da lavra do Min. Felix Fischer, in DJU 10.11.1997, *verbis*:

“Penal. Art. 12, da Lei 6.368/76. Consumação e tentativa. Aplicação da pena privativa de liberdade. Limite de incidência das atenuantes reconhecidas.

I. Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 está consumado, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II. A majorante do art. 18, inc. I, da Lei de tóxicos alcança as hipóteses de ‘trazer consigo’ ou do ‘transporte da droga’ visto que se considerou demonstrado o ‘tráfico com o exterior’.

III. As atenuantes (no caso, as do art. 65, inc. I e art. 65, inc. III, letra *d*, do CP) nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal. Recurso conhecido e desprovido.”

A propósito, vale transcrever, ainda, decisão proferida pelo Pretório Excelso, *litteris*: “Circunstância atenuante. Observância. Pena-base fixada no mínimo legal. Efeito. A ‘observância obrigatória de circunstância atenuante pressupõe a fixação da pena acima do mínimo previsto para o tipo’” (STF – HC 69.328-08 – Rel. Marco Aurélio – DJU, de 05.06.1992, p. 8430).

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia 6.^a Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-relator conhecido do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Anselmo Santiago, pediu vista o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Aguarda o Sr. Min. Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 03 de março de 1998.

VOTO-VISTA – O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator): Debate-se nestes autos, a tese de aplicação da pena abaixo do mínimo legal.

Esta Turma aceitou a tese no REsp. 68.120/MG, cuja a ementa traduz o conteúdo do julgado:

“REsp. Penal. Pena. Individualização. Atenuante. Fixação abaixo do mínimo legal. O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.^o, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve

corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice*, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.”

O v. acórdão, Relator o eminente Des. José Arthur, registra na fundamentação: “Motivos inexistiam para que a pena-base viesse a ser fixada em patamar elevado. O MM. Sentenciante estabeleceu para o crime de lesões corporais a pena mínima. As circunstâncias estão a indicar que o mesmo critério deveria pautar a apenação relacionada ao outro crime.” (f. 165).

E mais. “Cuidando-se do réu primário e sem antecedentes criminais, fixo-lhe a pena-base em seis (6) anos de reclusão que, diminuída em um terço (1/3) pela forma tentada, resulta em quatro (4) anos. O Júri aceitou como atenuante a confissão e, em respeito à sua soberania, desconto um mês, tornando a pena em concreto e definitiva em três (3) anos e onze (11) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.” (f. 165/166).

Se assim não agisse o E. Tribunal ter-se-ia o desprezo da atenuante, reconhecido pelo Júri.

Em face do caso *sub judice*, ajustando-se ao precedente desta Turma, *data venia*, não conheço do Recurso Especial.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia 6.^a Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro não conheceu do recurso, tendo sido acompanhado pelo Sr. Min. Vicente Leal. Face ao empate prevalece a decisão mais favorável ao recorrido. Assim, a Turma não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrara o

acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago.

Votou com o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro o Sr. Min. Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 28 de maio de 1998.

COMENTÁRIOS

Trata o acórdão da possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal previsto para o crime. O Min. Vicente Cernicchiaro, fundamenta a admissibilidade na necessária análise de todas as circunstâncias do crime, como determina o art. 59 do CP. Anota que o desprezo de circunstância atenuante reconhecida implicaria em ofensa ao princípio da individualização da pena e do disposto no art. 59 do Código Penal.

De fato, o Código Penal de 1984 adota no art. 59 critério definido a ser utilizado pelo juiz ao determinar a medida da pena e segundo o qual cada pessoa tem o direito de ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade.

O art. 59 do CP estabelece que a culpabilidade é a base da individualização da pena ao determinar que o juiz, atentando à culpabilidade, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime, a pena aplicável, sua quantidade, bem como o regime inicial de cumprimento e a substituição.

Nessa declaração se reconhece o princípio da culpabilidade e se assinala que deverá haver proporcionalidade entre fato e culpabilidade individual.

Admite-se, ainda, a graduação da culpabilidade, avaliadas as circunstâncias judiciais – os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, a personalidade, antecedentes e conduta social do agente, bem como o comportamento da vítima. Deve o juiz, no ato individualizador – ao fazer seu juízo de valor – considerar também o provável efeito da pena na vida futura e na liberdade do réu.

Rechaçadas foram as teorias absolutas da pena que entendem a compensação da culpabilidade como um fim em si mesmo. Portanto, ao individualizar a pena, o juiz deve ter em mente a preocupação de que a sanção deverá, primordialmente, servir para não arrancar o condenado das condições sociais seguras, evitando ser fator de dessocialização. Cabe ao juiz evitar a aplicação da pena privativa de liberdade que favorece a reincidência e a estigmatização e, para os casos em que for inevitável sua imposição, aplicá-la no mínimo possível.

Dessa forma, quando o art. 59 do CP fala que para fixar a pena o juiz deverá atentar à personalidade e aos antecedentes do agente, está fazendo referência direta à necessidade da análise da culpabilidade individual. Ressalte-se que essa referência diz respeito à culpabilidade exteriorizada naquele fato concreto, pois no estado de direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do autor e não pode implicar em uma liquidação geral de contas e a pena não poderá ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato¹ e, a contrário senso, poderá ser diminuída aquém do mínimo legal em razão da culpabilidade individualizada.

⁽¹⁾ Daí afirmar Zaffaroni que “a culpabilidade do fato não pode explicar a agravação pela reincidência nem nenhuma outra que pretenda fundar-se em uma condenação anterior (...)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Debate Penal*. San Marcos, 1993, p. 38.).

Cabe ao juiz para individualizar adequadamente a pena analisar a culpabilidade, as circunstâncias legais e por último as causas de aumento e diminuição. A pena só estará corretamente individualizada se todas essas circunstâncias foram corretamente relevadas.

Observe-se, também, que ao individualizar a pena, o juiz, à parte a observação dos critérios estabelecidos no Código Penal, está vinculado aos princípios do estado de direito.

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. Dos princípios constitucionais resulta de forma imediata que toda e qualquer forma de exercício do poder deverá estar voltada para sua gradual efetivação e que toda forma de arbitrariedade e violência do poder é ilegítima.²

Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões.

Sob essa ótica, a individualização da pena implica em atenta observação do art. 59 do CP, tendo em vista a livre realização da personalidade do sentenciado e sua não-dessocialização – evitando-se que a

⁽²⁾ “Os discursos jurídicos penais mais perigosos (por genocidas) não são os que mostram e expressam uma antropologia aberrante, senão os que a ocultam sob disfarces humanistas; os primeiros são facilmente neutralizáveis, os segundos se amparam em sua nebulosidade e em sua permanente mudança de nível de discurso, que impede todo diálogo” (ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá : Temis, 1993, p. 174).

pena, em razão de suas conseqüências danosas, acrescente um *plus* de castigo que ultrapassa a medida da culpabilidade pelo fato. Para tanto, ao se aplicar e ao se executar penas há que se ter presente que o crime tem suas origens em causas culturais, sociais e psicológicas e que os custos das penas devem ser inferiores às vantagens que proporcionam. Não se pode tampouco perder de vista que o sistema penal seleciona pessoas arbitrariamente – há muitas outras pessoas que fizeram o mesmo que o selecionado e não foram e nem serão criminalizadas.³

A culpabilidade pelo ato não pode prescindir de sua realidade fundamentadora: a pessoa. É através da análise da culpabilidade que o juiz estabelece o máximo de pena compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade. Se os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena pública, são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade, pois ao dar sentido à pena podem também dá-lo ao juízo de culpabilidade, ao estabelecer a medida da pena, o juiz deverá ter em consideração que em razão da seletividade do poder e dos fins de

⁽³⁾ ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 203. Transcreva-se as palavras do próprio autor: “A seleção que leva a cabo o poder punitivo implica, em certa medida, o fracasso do autor na empresa em que a imensa maioria tem êxito, é dizer, em permanecer no anonimato do universo em que se acham todos os demais que cometem delitos”. Ainda a esse respeito, afirma Elias Neumann: “Todos, e não sempre os mesmos, deveríamos ir por um tempo à prisão. Ninguém está isento de culpa penal” e prossegue afirmando que os presos deveriam ser chamados de “tecnicamente delinquentes”, por serem, num sistema seletivo, os que caíram sob a égide da polícia, logo da justiça e da administração carcerária, “porque bem se sabe que nos presídios ‘não estão todos os que são’”. (*Prisión abierta*. Buenos Aires : Depalma, 1984, p. 20-21).

não dessocialização e de controle da violência interventiva estatal que tem a pena no direito penal de garantias, a medida da pena deverá ser a menor possível.

Considerada a pessoa individual, o princípio da legalidade é garantia de estabelecimento do limite máximo da pena e, como conseqüência, a aplicação de uma pena abaixo do mínimo não afeta o princípio da legalidade. “Nesse sentido, cremos que a culpabilidade do fato constitui um elemento utilíssimo para corrigir as tendências terroristas do legislador penal”.⁴

Assim, adotados os princípios da individualização da pena e da culpabilidade não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo

legal – qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação da pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade,⁵ suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitiva, forma de execução e conseqüências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida de pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo.

⁽⁴⁾ ZAFFARONI. *La culpabilidad en el siglo XXI*. Op. cit., p. 42. Também contra a previsão de limite mínimo para as penas, Ferrajoli assim se coloca: (...) “em meu entender, ao menos para as penas privativas de liberdade não está justificada a estipulação de um mínimo legal: seria oportuno, em outras palavras, confiar ao poder equitativo do juiz a seleção da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando o a um limite mínimo muito baixo”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibanés, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradilhas Basaco, Racio Cantarero Bandrés. Madrid : Trotta, 1997, p. 400).

⁽⁵⁾ Chamado por Zaffaroni de grau de vulnerabilidade, implica em menor pena quanto maior seja a situação de vulnerabilidade para o crime vivenciada pelo autor e isso porque quanto mais limitada se encontra a pessoa em razão de sua posição vulnerável, menor autonomia terá para a realização do injusto e, assim, o estado de maior vulnerabilidade deverá gerar um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade. Segundo Zaffaroni, a culpabilidade pela vulnerabilidade não implica em exclusão da análise dos demais elementos da culpabilidade, mas tem a vantagem de servir de limite máximo à violência tolerada da atividade judicial. (*En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 217 et seq.).