O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS: OS PODERES PÚBLICOS E A RACIONALIDADE PRÁTICA

Carolina Pereira Barreto*

RESUMO: O presente artigo pretende realizar um estudo sobre o princípio da individualização das penas, traçando um breve histórico sobre a sua formalização nas Constituições do Brasil e a evolução dos tipos de punição. Destaca ainda as grandes contribuições filosóficas de Cesare Beccaria e Michel Foucault no processo de humanização das formas de punir e na reforma do direito penal moderno. Adentrando na discussão doutrinária do conceito de individualização das penas associado à proporcionalidade, igualdade material, personalidade do agente e a sua humanização. A partir da divisão doutrinária sobre a individualização das penas, serão traçadas as reflexões críticas quanto à realidade prática observada na atualidade, partindo do Poder Legislativo, passando pelo Judiciário e finalizando com o Executivo que tem dever fim de manutenção do sistema carcerário brasileiro. Verificando na prática certo distanciamento dos poderes públicos com o garantismo penal, voltado especialmente para o raciocínio vingativo de retribuição do mal pelo mal cometido, remontando aos tempos do Iluminismo. Assim, apesar de previsto formalmente na Constituição Federal de 1988, a individualização e humanização das penas precisam ser concretizadas como direito fundamental do acusado, através da vontade política dos poderes públicos dentro de uma racionalidade prática quanto aos limites do direito de punir do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Individualização das Penas. Racionalidade Prática dos Poderes Públicos. Arbitrariedade. Constitucionalização do Direito Penal. Direito Fundamental do Acusado.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Tiradentes e Procuradora do Município de Nossa Senhora do Socorro - Sergipe. O presente artigo foi elaborado após breve pesquisa no âmbito da disciplina Constitucionalização do Direito Penal ofertada no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, sob orientação da Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem por finalidade realizar um breve estudo acerca do princípio da individualização das penas no constitucionalismo brasileiro, após a difusão dos ideais iluministas na Europa e importado pelo Brasil. Paralelamente traz as contribuições filosóficas de Cesare Beccaria e Michel Foucault no processo de humanização das penas, com o avanço da reforma do Direito Penal moderno. Posteriormente, adentra na discussão doutrinária do conceito de individualização das penas associado à proporcionalidade, igualdade material, personalidade do agente e a sua humanização. A partir da divisão doutrinária sobre a individualização das penas, foram traçadas as reflexões críticas quanto à realidade prática observada na atualidade, partindo do Poder Legislativo, passando pelo Judiciário e finalizando com o Executivo que tem o dever fim de manutenção do sistema carcerário brasileiro.

Em que pese o grande avanço na doutrina quanto à Teoria do Garantismo Penal e a Constitucionalização do Direito Penal com a previsão formal de diversos dispositivos garantindo a individualização da pena e sua humanização como direito fundamental do acusado, para alcançar a gradual ressocialização do apenado com dignidade humana. Entretanto, a razão de punir dos poderes públicos ainda sofre a influência dos mecanismos penais de controle social, estando, na maioria das vezes vinculada a ideia de vingança, e não de recuperação ou ainda proteção do condenado.

A metodologia utilizada na pesquisa foi basicamente da revisão bibliográfica da doutrina, e o repositório da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, dando enfoque nas decisões de controle de constitucionalidade no sentido de concretizar o princípio da individualização da pena.

O trabalho se divide basicamente em três partes, inicialmente traz um breve histórico sobre o princípio da individualização da pena; no segundo item destaca a contribuição filosófica na moderação das penas; no terceiro, conceitua a individualização das penas, sob o enfoque doutrinário; no quinto, sexto e sétimo tópicos, desenvolvem-se as reflexões crítica sobre a individualização da pena diante dos poderes públicos, desde o Poder Legislativo, passando pelo Poder Judiciário e finalizando com o Poder Executivo e a sua racionalidade prática.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio constitucional da individualização das penas passou por diversas modificações durante os séculos, estando sempre associado à ideia de humanização das penas e a sua proporcionalidade, até alcançar o *status* de direito fundamental do acusado, como conhecido atualmente, e teve como marco filosófico a grande contribuição do pensamento iluminista.

Inicialmente, é importante trazer um breve histórico sobre a inserção formal do princípio da individualização da pena, especialmente, no constitucionalismo brasileiro e sua evolução (ou involução) na doutrina e jurisprudência, bem como a sua relação com os poderes do Estado.

Durante muitos séculos na Europa, a pena pela prática de crime estava vinculada à ideia de vingança[1], associada à excessiva punição corporal, entretanto, com a difusão do pensamento iluminista, tendo como marco teórico a obra de Cesare Beccaria[2] *Dos delitos e das penas* em 1764, a função da pena foi ganhando novas dimensões humanistas.

Ao tempo em que os ideais iluministas eram difundidos, como consequência deste movimento se reduzia o autoritarismo do Estado, assegurando formalmente ao indivíduo uma nova ordem social. Esse movimento que libertou os indivíduos das autoritárias relações medievais implica necessariamente na recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. Essas mudanças filosóficas de concepção do Estado e da sociedade contribuíram para a disseminação dos princípios garantistas, impondo assim, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso (BITENCOURT, 2011, p.55).

Posteriormente, esses ideais de humanização da pena foram lançados como direito fundamental do homem inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 15, no qual asseverava que "as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade" (BITENCOURT, 2011, p.54), e posteriormente nas diversas Cartas Constitucionais dos países ocidentais, assegurando como garantia do acusado.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 consagra mais uma vez através de tratados

internacionais o sentido de humanização das penas, sob o manto do direito à dignidade humana. Declara que "ninguém pode ser submetida à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante", tendo "toda pessoa o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"[3].

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 havia, ainda que de forma embrionária, a previsão constitucional do princípio da personalidade da pena e da sua individualização, com a seguinte disposição no art. 179, inciso XX de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja". Além disso, também se encontrava inserto na Carta Imperial, em seu artigo 179, inciso XXI, que "As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes", demonstrando desde então, a intenção do legislador em buscar adequar as penas de acordo com as condições particulares do condenado no cumprimento da penalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.194).

Vale destacar que nesta fase imperial brasileira, apesar de previsto formalmente na Constituição alguns dispositivos trazendo direitos em favor do acusado, na realidade prática, demonstrava um período marcado pela escravidão e castigos corporais, caracterizado pela divisão de classes sociais, não se podendo falar em humanização da pena no conceito atual.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 também manteve no seu art. 72, parágrafo 19, de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente". No tocante à Constituição brasileira de 1934, também fez menção ao princípio da personalidade da pena, exceto a Constituição de 1937 que foi marcada pelo autoritarismo do Estado Novo, e por esse motivo tal princípio e diversos direitos foram extirpados do ordenamento jurídico.

Com a Constituição de 1946, verifica-se o retorno deste princípio conforme dispunha o artigo 141, parágrafo 30, de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente", e no seu parágrafo 29, trouxe pela primeira vez de forma expressa que "a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu" (MARANHÃO, 2008, p.56).

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 trouxe de forma conjunta esses dois princípios, em seu artigo 150, parágrafo

13, dispondo que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena", demostrando que esses dois princípios encontram-se entrelaçados (MARANHÃO, 2008, p.57).

Muito embora o princípio da individualização da pena tenha sido previsto formalmente na Carta Constitucional, esse período da ditadura militar foi marcado por diversas arbitrariedades e abusos do poder político, com a prática de torturas em face dos cidadãos e restrição à liberdade de expressão, não se podendo falar em concretização dos direitos fundamentais durante este momento, apenas verificado no seu sentido formal e escrito.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Personalização e Individualização da Pena ganhou nova roupagem, já que além da previsão do art. 5º, inciso XLV, de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido", o inciso XLVI trouxe também que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos", discriminando então, os tipos de penas a serem destinadas aos condenados de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Além de consagrar a humanização das penas através do artigo 5º, inciso XLVII de que "não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis[4]". E mais uma vez individualizando a pena em relação à conduta do apenado quando da previsão no inciso XLVIII dispondo que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", assegurando no inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral dos presos.

Esses princípios previstos na Constituição Federal de 1988 são denominados por Luiz Regis Prado (2010, p.139) como de natureza penal constitucional, ou princípios penais propriamente ditos, porque versam sobre a matéria estritamente penal, diferentemente dos denominados, princípios constitucionais gerais, em que o conteúdo não é especificamente penal, mas que devem ser aplicados ao direito penal como os princípios da proporcionalidade, igualdade, necessidade.

Decerto que o princípio da individualização da pena encontra-se previstos no rol dos direitos fundamentais, servindo de limite ao *ius puniendi* do Estado. Com efeito, o exercício do direito estatal de punir se manifesta tanto no momento de criação e promulgação das leis, como também no de sua aplicação aos casos concretos, pois esses limites são impostos pelo Estado Democrático de Direito (PRADO, 2010, p.139). Significa em sentido estrito a regulamentação através de lei da adaptação da pena às condições do condenado, considerando "as características da infração praticada e da sua própria personalidade; e, largamente, da fixação dos lindes de sua imposição" (TUCCI, 2011, p.260).

Dessa forma, tais dispositivos constitucionais são direcionados tanto para o legislador que no momento de elaborar as normas, através do seu poder regulamentar, deve observar a humanização e a individualização da pena. Como também são dirigidos para o Judiciário, com competência para aplicar a pena, devendo ser considerado que a punição deve ser revestida de caráter pessoal, observada as circunstâncias que circundam o fato, a conduta do agente e de sua própria personalidade, sem extrapolar a pessoa do condenado.

Entretanto, a realidade prática tem demonstrado, não raras vezes, o distanciamento desta garantia constitucional de humanização e individualização da pena pelos poderes políticos encarregados de observá-los, seja pelo Legislativo, que editam leis para penalizar o ofensor, cada vez mais rígida e severa; seja através do Judiciário, responsável pela sua aplicabilidade; ou através do Executivo que mantém um sistema carcerário abarrotados de pessoas em condições desumanas e degradantes, quiçá cruéis, aumentando mais o foco de criminalidade.

3. A CONTRIBUIÇÃO FILOSÓFICA NA MODERAÇÃO DAS PENAS

A questão da punição de condutas sempre existiu desde os primórdios da civilização, entretanto, o caráter e as espécies de pena passaram por diversas mudanças, ao tempo em que se transformava o Estado e a sociedade. Apesar dos princípios que consagram a humanização das penas e sua individualização encontrarem formalmente escritos nas Cartas Constitucionais, ainda se observa grande resistência na sua concretização,

remontando na atualidade, à época das luzes com as penas mais severas e cruéis.

A obra de Cesare Beccaria[5] se transformou no marco inicial da humanização das penas, além de trazer grande contribuição para evolução da razão da pena como forma de afastar a punição atrelada à vingança privada. Essa obra estabeleceu as bases do direito penal moderno consubstanciada na concepção liberal do Estado de Direito, baseado na Teoria do Contrato Social, na divisão dos poderes, na humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para um maior número de pessoas.

Muito à frente do seu tempo, Beccaria (2004, p. 85) já discorria sobre "as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos", é importante "escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado".

Antes do século XVIII, os tipos das penas eram as mais variadas possíveis, porém, havia prevalência pelas penas de morte e corporais, sobretudo os suplícios[6]. Assim, a privação de liberdade, bem como as penas alternativas e restritivas de direitos, como são conhecidas hoje, não existiam. Nas palavras de Foucault (2004, p. 16), até o final do século XVIII, a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados.

A punição era basicamente executada por meio da violência aplicada diretamente ao corpo do condenado, porém, com a evolução do direito penal exigia-se penas mais suaves. Com isso, verificou-se a necessidade de ajustar a pena ao indivíduo, era preciso investigar a sua essência, modular a punição exata a quem se pretendia castigar.

Foucault (2004, p.63) descreveu com bastante propriedade sobre a necessidade do soberano de realizar a justiça criminal, em vez de se vingar através das penas corporais, era "preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco". E mesmo o "pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada" quando se aplica a punição é a sua humanidade. Pelo pensamento de Foucault (2004, p.70) o que se

pretendia não era "punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada", porque o "castigo deve ter humanidade como medida".

Sob essas bases humanistas, o princípio da individualização da pena foi ganhando cada vez mais importância, o que começava a se esboçar era "uma modulação que se refere ao próprio infrator, a sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, a 'qualidade' e não mais a intenção de sua vontade[7]" (FOUCAULT, 2004, p. 53).

Em relação à humanização das penas, buscava-se não apenas a suavização como limites do poder de punir, mas também se exigia que a aplicação da pena não mais recaísse sobre o corpo do acusado, através dos sofrimentos excessivos verificados com os suplícios (mantendo a integridade física), mas que recaísse sobre o espírito e a alma, iniciando-se a era dos "castigos incorpóreos" (FOUCAULT, 2004, p.84).

Para Beccaria (2004, p.88-89) a crueldade das penas produz resultados funestos, contrários a sua principal finalidade de prevenir o crime, porque apesar de ser muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas, mesmo o crime mais hediondo, as penas previstas legalmente seriam bastante cruéis, mas não poderiam ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade do corpo do homem[8].

Destacando essas contribuições filosóficas humanistas, passa-se ao conceito de individualização da pena sustentada na justa adequação entre o delito cometido e a aplicação da pena, tendo como base a sua humanização e como limite do direito de punir do Estado.

4. O CONCEITO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena consiste na punição proporcional ao delito, considerando as circunstâncias do caso concreto e a personalidade do agente, sob o fundamento da humanização das penas. Guilherme de Souza Nucci (2009, p.79-80) destaca como princípio constitucional explícito e afirma que a "pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva" como retribuição da conduta praticada. Pois, não teria qualquer "sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar os seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um, o que lhe é devido".

Tal princípio além de consagrar a igualdade material, também se encontra associado à humanidade das penas, pois, o direito penal deve garantir o "bem-estar da coletividade, incluindo-se a dos condenados. Eles não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal", por isso não devem ser tratados como animais ou coisas, como se não fossem seres humanos (NUCCI, 2009, p.80).

Bitencourt (2011, p.54) classifica a individualização da pena como categoria do "Princípio da Proporcionalidade", destacando a observância da proporcionalidade entre a gravidade do crime e a sanção a ser aplicada. Muito embora este princípio seja uma consagração do constitucionalismo moderno, Beccaria[9] já fazia menção sobre a moderação da pena e a sua proporcionalidade ao delito.

A proporcionalidade significa que "as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores" (NUCCI, 2009, p.83).

Para Luiz Regis Prado (2010, p. 149) o princípio da individualização da pena "obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma da sua execução [...] deve existir sempre uma medida do justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta". Em suma, a pena deve estar adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a periculosidade criminal do agente.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 710) afirmam que a individualização da pena é "a determinação da medida que, dentro do máximo permitido pelo grau de culpabilidade, requer a prevenção de acordo com os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente".

Neste sentido, a individualização da pena, a proporcionalidade, a igualdade material, a personalidade do agente, todos são princípios constitucionais explícitos e implícitos aplicados à teoria da pena, e possuem um núcleo em comum, a de humanizar a forma de punição da conduta, atualmente sob o fundamento da dignidade humana.

Desde a época do pensamento iluminista, contestava-se o arbítrio judicial dos tempos medievais, e a solução para a problemática era a adoção das penas fixas, por isso se fazia necessária a reforma do direito punitivo trazendo a definição do crime e um sistema de fixação de penas mais preciso, a tarefa do juiz se restringia à subsunção mecânica do texto legal (BITENCOURT, 2011, p.661).

Beccaria (2004, p.31), refletindo o pensamento positivista da época, afirmava que os "juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores" e que deveriam "fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena". Assim, se o juiz fosse "constrangido a fazer um raciocínio a mais", ou se o fizesse "por conta própria", tudo se tornaria "incerto e obscuro".

Com o passar dos anos, verificou-se que a "absoluta determinação" e precisão legal na fixação da pena, levavam às injustiças, pois se tornava difícil de realizar a moderação da pena no caso concreto, de acordo com a conduta e a personalidade do agente. Assim, se a pena "absolutamente indeterminada" contribuía para o arbítrio do julgador, pelo ideal iluminista, da mesma forma que a pena "absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta" (BITENCOURT, 2011, p.661).

A partir deste paradoxo, a dosagem da pena ganhou novos enfoques pós-positivistas, nos quais a lei deveria fixar os limites máximos e mínimos, as circunstâncias agravantes e atenuantes do fato, considerando a personalidade do agente e a conduta da vítima, através dos quais poderia variar a mensuração das penas. Assim, o juiz teria a liberdade de realizar a fixação da pena através de uma decisão racional e devidamente justificada, porém, observados os critérios estabelecidos legalmente.

Para Cezar Bitencourt (2011, p.662) a individualização da pena se apresenta em três momentos distintos: da individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória. O primeiro se caracteriza pelo "processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas às sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena" através da lei; a segunda é aquela "elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais", e a terceira é aquela que se verifica no "momento da sanção criminal" na fase do seu cumprimento.

A partir desta divisão de fases da individualização da pena, serão traçadas as reflexões críticas quanto à realidade prática observada na atualidade, partindo do Poder Legislativo, passando pelo Judiciário e finalizando com o Executivo que tem dever fim de manutenção do sistema carcerário brasileiro.

5. O PODER LEGISLATIVO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No momento legislativo, a individualização da pena é verificada quando os parlamentares editam leis abstratas que fixam para cada tipo penal as penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa. Não significa a fixação "absolutamente determinada", já que a generalização da penalidade está sujeita às injustiças e desigualdades. A moderação é realizada de forma equitativa, viabilizando certo grau de liberdade ao juiz, porém limitado pelos critérios legais, permitindo, inclusive, as substituições das penas. Todavia, a lei penal brasileira não se limita às previsões normativas mencionadas, mas também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações.

Portanto, o Legislativo deve editar normas em paridade com os princípios constitucionais da legalidade, igualdade e proporcionalidade, elaborando as penas mínimas e máximas suficientes para a reprovação e prevenção do crime, considerando a intervenção mínima do Estado com os ideais garantistas.

É certo que a individualização da pena encontra seus limites na lei ordinária, por isso que os critérios de fixação da pena previstos legalmente devem ser observados pelo magistrado. A grande questão é quando o próprio legislador define a fixação da pena com critérios estritamente fechados, sem observância desses parâmetros constitucionais, cabendo à Corte Suprema a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade dos dispositivos legais, guardando a supremacia dos princípios penais constitucionais.

Ao passo que o Legislativo edita normas cada vez mais severas e rígidas, em decorrência do clamor da sociedade e como resposta do poder público, fere a individualização da pena, uma vez que generaliza uma situação ou uma determinada conduta observada em cada caso concreto, afastando-se da igualdade material e da proporcionalidade garantida constitucionalmente.

É o que Ferrajoli (2010, p.746) denominou de mecanismos penais "de emergência", para o fato da inflação de normas penais, tendo como consequência o aumento do intervencionismo penal em virtude da alta criminalidade. Dessa forma, a sanção penal é utilizada pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A punição mais rigorosa se converte em resposta

oferecida pelo Estado, em decorrência da necessidade de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

Ferrajoli (2010, p.746) em sua obra *Direito e razão* traz a ideia de que o Estado de Direito atual, apesar de conservar-se normativamente como garantista, tem apresentado tendências inquisitivas, especialmente no que diz respeito à legislação penal de emergência e de exceção que surgem com o pretexto de defesa da sociedade, mas que, na realidade, atendem a interesse de algumas classes sociais aumentando a intervenção do direito de punir do Estado. Dentro da lógica garantista e minimalista, a lei penal deve ser uma resposta somente aos problemas sociais gerais e duradouros, não devendo direcionar-se a situações atípicas e excepcionais.

A cultura na prática de emergência e da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos métodos pré-modernos da tradição penal, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas (FERRAJOLI, 2010, p.746).

Esta situação de emergência configura a primazia da "razão do Estado", alicerçada no motivo político, sobre a "razão jurídica" como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em relação às situações excepcionais como também outras formas de criminalidade organizada. (FERRAJOLI, 2010, p.747).

Na mesma linha do pensamento da punição como instrumento de vingança, remontando aos tempos do Iluminismo, frequentemente o Legislativo elabora normas penais com a função de retribuir o mal cometido com o excesso de rigor e sofrimento. Tal procedimento vem sendo observado com a edição de leis penais mais severas, especialmente a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a recente Lei de Drogas (Lei nº11.343/2006), além da alteração da Lei de Execuções Penais (Lei nº 10.792/2003), prevendo o Regime Disciplinar Diferenciado, dentre outras.

Como exemplo da publicação da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, que dispunha no § 1º do art. 2º, que a "pena dos crimes hediondos deveria ser cumprida em regime integralmente fechado por crime nele previsto". Tal dispositivo estava ferindo claramente a individualidade da pena, pois, generalizava a conduta do agente – cometimento do crime hediondo - sem levar em consideração o bom comportamento, antecedentes e

circunstâncias do fato. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado nos crimes hediondos, através do controle difuso, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959 em 23 de fevereiro de 2006, por ofensa à individualização da pena (BITENCOURT, 2011, p.529).

Não foi diferente com a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que estabelecia no seu art. 33, § 4º, a vedação da conversão da pena em restritiva de direitos, dispondo que "nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa", generalizando a conduta e impedindo a substituição da pena e ofendendo mais uma vez a sua individualização.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo por ofensa ao princípio da individualização da pena, em virtude do julgamento no Habeas Corpus nº 97.256/RS em 19 de dezembro de 2008, posteriormente, o Senado Federal, através da Resolução de nº 05 de 15 de fevereiro de 2012, suspendeu a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos".

Isso vem ocorrendo, pela predominância da "razão do Estado" em responder a alta criminalidade, nesse sentido o Legislativo editar normas apressadamente sob a influência do clamor público diante de uma determinada conduta ilícita. Nesse contexto, o que se espera do Judiciário, até pela função essencial do sistema de controle entre os poderes públicos, é ver a aplicação das normas constitucionais, dotadas de força normativa e superioridade, para que seja concretizado o princípio da individualização da pena, apesar de também ser influenciado pelos controles sociais dominantes.

Por outro lado, a ausência da tarefa legislativa de tipificar a conduta e estabelecer sanções específicas de forma clara e objetiva, também permite ao magistrado o cometimento de arbitrariedades, "quando as 'margens penais' apresentam exagerada amplitude convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 706). "Na proporção em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e,

por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo à segurança dos cidadãos" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 706).

É notável que a ampla apreciação judicial, permitida pela lei, pode levar a arbitrariedades, pois obriga ao magistrado a fundamentar na sentença no momento da individualização da pena, não sendo suficiente a simples menção genérica aos artigos do Código Penal, de forma que seja conclusiva a razão que levou o magistrado a decidir no caso concreto (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 707).

De regra, o legislador permitiu que deixasse para o juiz a tarefa da dosimetria da pena, ampliando a sua atividade discricionária, porém, não arbitrária, já que o Código Penal Brasileiro estabelece quais os critérios legais a serem observados no momento da fixação da pena (BITENCOURT, 2011, p.673).

Para que se permita a individualização da pena em cada caso concreto, é preciso antes de tudo, que os parlamentares editem normas observando os parâmetros constitucionais da proporcionalidade, da igualdade material e da dignidade humana, de forma que permita ao magistrado adequar a pena à conduta cometida pelo condenado, considerando a sua personalidade e as circunstâncias de cada fato. Caso contrário, caberia ao Poder Judiciário, o controle da razão de punir, contendo o arbítrio legislativo na sua exorbitância de editar normas abstratas dissonantes com os direitos fundamentais consagrados com a constitucionalização do direito penal.

Ademais, passa-se a análise da individualização judiciária com as reflexões críticas sobre o papel do Judiciário de fixar a pena no caso concreto com a realidade atual.

6. O PODER JUDICIÁRIO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No âmbito judicial, o magistrado no momento de aplicação das penas, deve atender ao princípio da individualização, escolhendo a melhor punição no aspecto qualitativo e fixando em uma quantidade determinada que leve em consideração os aspectos relacionados ao fato e também ao agente que cometeu o ato, escolhendo a pena adequada, necessariamente avaliando as características pessoais do infrator.

Luisi (2003, p.53) destaca que na individualização judiciária, o

magistrado fixará qual a pena aplicável, levando em consideração as variedades dos fatores que são previstas na lei penal. Apesar das regras para orientar a fixação do quantitativo máximo e mínimo em relação ao tipo praticado estejam dispostas legalmente, o magistrado possui discricionariedade significativa no momento de decidir, pois, além de agravar ou atenuar a pena de acordo com as circunstâncias do fato, determina o modo de sua execução.

O Código Penal Brasileiro no seu art. 59 estabelece que "o juiz poderá atenuar ou agravar a pena, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como, ao comportamento da vítima".

Em que pese alguns doutrinadores entenderem que o rol descrito no art. 59 do Código Penal Brasileiro é apenas exemplificativo, outros sustentam ser taxativo, sendo considerada uma discricionariedade juridicamente vinculada, pois, o juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelecer. Dentro desses parâmetros, o juiz pode fazer as suas opções para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta de acordo com a singularidade do caso (LUISI, 2003, p.54).

Nucci (2011, p.441) destaca que a aplicação da pena "é o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal". Assim, o magistrado, dentro dos "limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)". Portanto, corresponde a observância do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização.

Dessa forma, o magistrado nos limites da lei realiza a tarefa de ajustamento da resposta penal em função, não apenas das circunstâncias objetivas, mas também da pessoa do acusado e do comportamento da vítima.

Com isso, não há como negar que o juiz exerce a atividade com certo grau de liberdade, permitindo a criação, mesmo que irracional, porque inconscientemente os traços da sua personalidade e as concepções da vida e do mundo se projetam no julgador no momento da decisão. Nesta fase, o juiz não pode generalizar um determinado fato a todos os infratores,

por esse motivo deve se afastar das tendências exercidas pela mídia e pelo clamor social, para que não haja influência na sua razão de decidir.

Com propriedade, Beccaria (2004, p.33) destaca que "cada homem tem sua maneira própria de ver" o mundo e as coisas, e também o "mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos". Dessa forma, o "espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido". Enfim, o homem encontra-se sujeito ao "seu espírito inconstante", podendo pensar e julgar de diferentes formas.

Por isso que as decisões na fase de dosimetria da pena devem ser devidamente fundamentadas, devendo esclarecer o magistrado como valorou cada circunstância analisada, e desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes entender os critérios utilizados na valoração, motivando de forma justificada, sob pena de nulidade da sentença (BITENCOURT, 2011, p.673).

A grande questão é quando o próprio Judiciário não concretiza o direito fundamental do cidadão de individualização da pena, deixando de utilizar os parâmetros constitucionais e racionais, extrapolando os limites do direito de punir do Estado, sob a influência inconsciente e marcante da mídia e dos meios de comunicação em massa.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.63), "os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como controle social", assim, qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a sua essência, esse controle social é exercido através dos meios massivos de comunicação.

A tendência inconsciente levada pelo senso comum, distante da racionalidade, acarreta, não raras vezes, à arbitrariedade no momento de decidir, posto que a sociedade em geral leva consigo as paixões, que remete aos traços da vingança privada, sem considerar as condições que levaram o agente a cometer a conduta. Dessa forma, o juiz que sofre a influência desse controle social inconsciente e aplica punição mais severa, afasta-se do garantismo e da racionalidade de decidir.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.99):

> A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu". "Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo". "O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O direito penal que faça isto mostrará uma autêntica aspiração ética e libertadora; o outro será um puro instrumento de dominação.

Com isso, percebe-se a importância do Poder Judiciário na individualização da pena, posto que a tarefa final da dosimetria encontra-se nas mãos do magistrado, que considerando as circunstâncias do caso concreto tem a função de decidir de forma fundamentada, deixando evidentes as razões que levaram a aplicação de determinada pena ao acusado. Afastando inclusive eventuais ofensas legislativas aos princípios constitucionais de humanização e individualização da pena, que apesar de trazidos formalmente no art. 5º da Constituição Federal, encontra-se distante da realidade prática na sua concretização.

7. O PODER EXECUTIVO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE DO CUMPRIMENTO

Na fase do cumprimento da sanção, a individualização da pena também é denominada de administrativa ou executória, e corresponde ao momento do cumprimento da pena (BITENCOURT, 2011, p. 662). Neste momento, a individualização da pena deve ser observada pelos poderes públicos responsáveis pela sua execução, que corresponde à autoridade do Judiciário, exercida pelo juiz das execuções penais, e

consequentemente pelo Poder Executivo, encarregado pela manutenção do sistema carcerário brasileiro.

A individualização da pena, nessa etapa, também encontra amparo constitucional no art. 5º, inciso XLVIII, no qual dispõe que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", e no inciso XLIX em que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", além do inciso L, que dispõe: "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação"[10]. Esses são os princípios constitucionais penais dirigidos ao juiz das execuções penais, por conseguinte ao Poder Executivo responsável pelas implementações de estrutura e administração dos presídios.

Como reflexo da individualização, o condenado deve ser classificado quando do início do cumprimento da pena, devendo levar em consideração os antecedentes e a personalidade, para orientar o magistrado na individualização da execução penal, porém, a problemática reside na ausência de estrutura adequada e humanizada para reclusão dos condenados.

Analisando abstratamente a Lei de Execução Penal nº 7.210/84, no seu art. 5º, observa-se a preocupação do legislador com a individualização do agente no âmbito da execução da pena. O próprio legislador ordinário, considerando a relevância da matéria na fase de cumprimento da pena, atentou para o princípio constitucional, dispondo da seguinte maneira: "art. 5º - a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado", apesar de não ser verificado na realidade prática.

No plano da execução das penas, o tratamento deveria ser diferenciado para os que apresentam características diferentes, amparado na proporcionalidade e igualdade, deveria ser esse o objetivo a seguir pela atividade estatal, não só no que diz respeito ao resgate da condição humana do condenado como também no aspecto repressivo de suas condutas ilícitas.

A Lei de Execuções Penais seria um "sonho constitucional" se não fosse a realidade prática. Isso porque, a situação caótica em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro vem sendo agravada pelo Estado que não realiza investimentos na implementação da Lei de Execução Penal. No entanto, justifica a sua omissão sob o argumento de que a solução

para a criminalidade deve ser encarada com o aumento da punição e com sanções mais severas. Tal discurso é apoiado pela população em geral, que além de desconhecer o direito e a sua razão de punir, baseia suas conclusões em um raciocínio vingativo, compreensível para a vítima, mas não para o Estado, que deve pautar-se pela racionalidade nas suas atividades.

Nesse contexto, é importante ressaltar ainda que "qualquer solução adotada na esfera legislativa passa, necessariamente, pelas mãos do Poder Executivo, que precisa liberar verbas para implementação de inúmeros programas de prevenção, punição e recuperação de criminosos"(NUCCI, 2011, p.383). Com isso, nada adiantaria a modificação legislativa para implementação de políticas públicas mais eficientes de recuperação do preso, se o Poder Executivo não disponibiliza verbas necessárias para sua concretização. Na realidade, o que se verifica é o tratamento indiscriminado e generalizado dos condenados pela prática de crimes sem qualquer distinção ou individualização da pena, servindo o sistema de verdadeira escola da criminalidade.

Bitencourt (2011, p.543) criticando o Poder Executivo afirma que: "ao invés do governo melhorar a sua política penitenciária, para adequar-se aos preceitos legais – muito deles inclusive insculpidos na própria Carta Magna -, adota a posição inversa":

> já que não pode ou não quer atender a tais mandamentos, simplifica tudo: não mudar a política penitenciária para atender às previsões da Lei de Execuções Penais, mas muda a referida lei – piorando-a, isto é, suprimindo aqueles preceitos que já vinha descumprindo – para, assim, adequá-la a sua péssima administração penitenciária, caótica, desumana e altamente criminógena, ou seja, uma verdadeira fábrica produtora de delinquentes (BITENCOURT, 2011, p.543).

É o que se verificou com a Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais, trazendo a previsão do regime disciplinar diferenciado, em que permite o isolamento celular de 360 dias do preso, podendo ainda ser prorrogável por igual período, isso traduz um tipo de punição cruel e desumana. Na realidade, demonstra um exemplo de "violação

ao princípio da humanidade da pena", pois não passa de uma forma de isolar o indivíduo tornando degradante o cumprimento da pena. Fato que representaria a autêntica vingança social, já que tem o castigo como único objetivo, desprezando por completo a recuperação social, que é um dos objetivos da função da pena. Apesar disso, os Tribunais Superiores tem reconhecido a sua constitucionalidade e aplicabilidade (BITENCOURT, 2011, p.48).

Para Bitencourt (2011, p. 543), o regime disciplinar diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo entre cidadãos e inimigos, ao que Jakobs denominava de "direito penal do inimigo". Para o citado autor, pelo Princípio da Humanidade do Direito Penal:

> O poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são os corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, p.47).

Tal procedimento, além de impossibilitar o fornecimento de um tratamento humano e recuperador para os condenados, estimula a barbárie que o Estado é obrigado a combater, facilita a execução de delitos, alimenta a criminalidade, pois, cria o ambiente propício para a prática de ilícitos penais a partir do sistema carcerário.

Para a solução da problemática, o poder público segue os ideais de um direito penal máximo, ou seja, de um modelo do direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas. "É um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais", que permite uma máxima intervenção punitiva. Isso porque a certeza desse modelo está voltando para a garantia de que nenhum culpado ficará impune, ainda que às custas do sacrifício de um inocente, pois,

o que vigora na realidade prática é a premissa do *in dubio contra reum* (FERRAJOLI, 2010, p.102-104).

Diferentemente do Direito Penal Mínimo que possui dois objetivos principais: o primeiro, a prevenção dos delitos em face da sociedade, já que o Estado deve proporcionar o máximo bem-estar possível da população em geral, bem como, a defesa social dos condenados, devendo ser aplicado o mínimo mal-estar necessário aos desviantes. O que condiz com o princípio iluminista da pena mínima necessária. E também como segundo objetivo, a prevenção das penas informais ou arbitrárias, pois, tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas também do ofensor contra as reações informais, públicas ou privadas, que na ausência de pena, poderia advir da parte do ofendido ou das forças sociais decorrentes do clamor público (FERRAJOLI, 2010, p.308-309).

Sob esse enfoque, a pena mínima necessária de que tratavam os iluministas, não é apenas um "meio" de prevenção de delitos, mas também um "fim", qual seja, a minimização da reação violenta do delito com a manutenção da integridade do ofensor. O que configura a sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do que não se justifica que esta substitua as penas informais. Por isso tem uma finalidade de evitar um mal maior que é a reação da população, punitiva, mas não penal (selvagem, arbitrária, informal). Assim, a defesa além de social, também existe uma defesa individual (FERRAJOLI, 2010, p.309).

O garantismo penal é o modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado democrático de direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado, busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo (NUCCI, 2011, p.382).

Com efeito, a concretização da individualização das penas seria um meio para alcançar a minimização da violência em face do condenado, garantindo os seus direitos fundamentais constitucionais, como resposta ao limite do direito de punir do Estado. Entretanto, a prática brasileira tem demonstrado o afastamento dos poderes públicos que deveriam preservar essas garantias de individualidade da sanção penal.

Entretanto, em virtude das condições precárias do sistema penitenciário toda esboçada doutrina da individualização da pena perde espaço, e a sanção que se assemelham aos ambientes degradantes, desumanos e fétidos dos tempos medievais, tão combatidos por Foucault.

Muito distante do que se encontra formalmente disposto na lei penal, e na tão consagrada Constituição Federal, a realidade prática é que o princípio da individualização da pena está longe de ser concretizado, especialmente pela ausência de política criminal a ser implementada pelo Poder Executivo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse contexto, o princípio constitucional da individualização das penas como direito fundamental do cidadão, assegurando que a punição será aplicada de forma proporcional e adequada às circunstâncias em face do delito e das condições do ofensor de forma humanizada, deve ser efetivado pelos poderes na fase legislativa, judicial e executiva.

Entretanto, o sistema penal brasileiro atual tem atendido em especial às razões políticas do Estado e não a razão jurídica que justifica o seu direito de punir. A falta de vontade política na implementação e estruturação das prisões tem contribuído para o insucesso na erradicação da criminalidade, pois não passa de mais uma forma de controle social. A atividade mais interventiva do Estado incide apenas sobre os efeitos imediatos e emergenciais, oferecendo uma falsa sensação de segurança à população, sem haver um verdadeiro combate às suas causas da criminalidade.

Com isso pode-se afirmar que a grande questão não se encontra na constitucionalização do direito penal, posto que os direitos fundamentais dos cidadãos já estão previstos formalmente no texto constitucional, mas, na racionalidade prática exercida pelos poderes públicos, o que vem distorcendo a razão dos limites do direito de punir do Estado. E assim, o garantismo penal surge como a doutrina mais legítima e justificada para promover uma efetiva individualização da pena, bastando que seja adotada na prática pelos poderes públicos, para que então, alcance a concretização do Estado Democrático de Direito.

THE PRINCIPLE OF INDIVIDUALIZED FEATHERS: THE PUBLIC AUTHORITIES AND PRACTICE RATIONALITY

ABSTRACT: This article intends to conduct a study on the principle of individualization of sentences, outlining a brief history of its formalization in the constitutions of Brazil and the evolution of the types

of punishment. It also emphasizes the major philosophical contributions of Cesare Beccaria and Michel Foucault in the process of humanization of ways to punish and reform of modern criminal law. Entering the doctrinal discussion of the concept of individualization of penalties associated with proportionality, equal material, agent personality and its humanization. From the doctrinal division on the individualization of sentences, the reflections are drawn criticism for a practical reality observed today, leaving the legislature, through the judiciary and ending with the Executive has the duty to maintain the Brazilian prison system. Checking in practice certain distance of public authorities with criminal guaranteeism, especially geared to the reasoning of vengeful retribution of evil for evil committed, dating back to the times of the Enlightenment. Thus, although formally provided in the Federal Constitution of 1988, the humanization and individualization of sentences need to be implemented as a fundamental right of the accused, through the political will of the government within a practical rationality as to the limits of the right to punish the state.

KEYWORDS: Principle of Individualization of Feathers. Rationality Practice of Public Authorities. Arbitrariness. Constitutionalisation Criminal Law. Fundamental Right of the Accused.

Notas

[1] Michel Foucault na obra *Vigiar e punir* descreve com bastante propriedade as penas que recaiam sobre os corpos dos condenados, como o suplício e de maneira detalhada como essas penas corporais são cruéis e dolorosas da época medieval. Demonstrando a necessidade de mitigação das penas como forma de punir melhor, contribuindo assim, para a evolução do direito penal quanto à punição dos acusados. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

[2] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[3] Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Artigos III e V .

[4] Texto da Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX.

[5] A obra *Dos delitos e das penas* foi escrita por Beccaria que receoso das perseguições que poderia sofrer, a obra foi impressa secretamente em Livorno e distribuída em 1764 (BECCARIA, 2004).

[6] Foucault dedica dois capítulos da sua obra *Vigiar e punir*, tratando de forma detalhada sobre "o corpo dos condenados" e "a ostentação dos suplícios", descrevendo como eram as execuções da forca, fogueira, a pena de morte, tortura, a roda entre outros meios cruéis de punição da conduta (FOUCAULT, 2004, p.08-56).

[7] "Ora, essa individualização é muito diferente, em natureza, das modulações da pena que se encontravam na jurisprudência antiga. Esta — e nesse ponto ela estava de acordo com a prática penitenciaria crista — usava duas series de variáveis para ajustar o castigo, as da "circunstância" e

as da "intenção". Ou seja, elementos que permitiam classificar o ato em si mesmo. A modulação da pena provinha de uma "casuística" em sentido lato. Mas o que começa a se esboçar agora é uma modulação que se refere ao próprio infrator, a sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, a "qualidade" e não mais a intenção de sua vontade. Percebe-se, mas como um lugar ainda deixado vazio, o local onde, na prática penal, o saber psicológico viria substituir a jurisprudência casuística. Claro que no fim do século XVIII esse momento ainda esta longe. Procura-se a ligação código-individualização nos modelos científicos da época. A história natural oferecia sem dúvida o esquema mais adequado: a taxinomia das espécies segundo uma gradação ininterrupta. Procura-se constituir um Einne dos crimes e das penas, de maneira a que cada infração particular, e cada indivíduo punível possa, sem nenhuma margem de arbítrio, ser atingido por uma lei geral" (FOUCAULT, 2004, p.53-54).

[8] O autor traz que: "a crueldade das penas produz ainda dois resultados funestos, contrários ao fim do seu estabelecimento, que é prevenir o crime. Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas; porque, embora uma crueldade industriosa tenha. multiplicado as espécies de tormentos, nenhum suplício pode ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Além desses limites, se surgirem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastante cruéis? Em segundo lugar, os suplícios mais horríveis podem acarretar às vezes a impunidade. A energia da natureza humana é circunscrita no mal como no bem. Espetáculos demasiado bárbaros só podem ser o resultado dos furores passageiros de um tirano, e não ser sustentados por um sistema constante de legislação. Se as leis são cruéis, ou logo serão modificadas, ou não mais poderão vigorar e deixarão o crime impune. Termino por esta reflexão: que o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas" (BECCARIA, 2004, p.88-89).

[9] Na obra clássica de Cesare Beccaria *Dos delitos e das penas*, o autor dedica um capítulo para discorrer sobre a proporcionalidade das penas com a denominação "Que as penas devem ser proporcionadas aos delitos", e destaca que deve "haver uma proporção entre os delitos e as penas".

[10] Texto da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

_____ *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Princípios da personalidade e da individualização da pena no direito penal moderno.* Londrina, Revista Jurídica da UniFil, Ano V - nº 5, 2008.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 10. ed. rev. atual ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1 v.
TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: *parte geral*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1 v.