



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teleologia da punição – O Ideal Ressocializante e o princípio da individualização da pena

Rafael Werneck Coelho

Rio de Janeiro
2010

RAFAEL WERNECK COELHO

A Teleologia da punição – O Ideal Ressocializante e o princípio da individualização da pena

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
como exigência para obtenção do título de
Pós-graduação.

Orientadores: Prof^ª. Mônica Areal
Prof. Nelson Tavares.

Rio de Janeiro
2010

A TELEOLOGIA DA PUNIÇÃO – O IDEAL RESSOCIALIZANTE E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Rafael Werneck Coelho

Graduado em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: A partir da proposta foucaultiana de analisar o exercício do poder através das práticas sociais, depreende-se que o instituto da individualização da pena possui estreita relação com o surgimento do ideal punitivo de ressocialização, pois ambos refletem uma forma de saber que se constitui por um poder de vigilância, típico da sociedade moderna. Tal vínculo, entretanto, não deve significar um rompimento com os ideais punitivos clássicos de prevenção e reparação da ordem axiológica, pois isto contraria a evolução científica sobre as penas e atribui alcance inadequado ao princípio jurídico-constitucional da individualização da pena.

Palavras-chave: Penal, Pena, Individualização.

Sumário: Introdução 1. O princípio da individualização da pena. 2. As práticas judiciárias. 2.1 Breve histórico das práticas judiciárias. 2.1.1 O suplício do corpo. 2.1.2 A definição de ilegalidade. 2.1.3 Os grupos de controle. 3. A sociedade disciplinar e o ideal ressocializante. 4. A ressocialização e o princípio da individualização da pena. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo procura chegar ao cerne da recente feição jurisprudencial de que se revestiu a teoria ressocializante da pena no Brasil, considerando, para tanto, a perspectiva foucaultiana de poder, cuja compreensão será fundamental ao entendimento de suas origens.

Buscar-se-á, preliminarmente, expor o que se entende por individualização da pena, seu *status* de princípio jurídico-constitucional, passando-se, após, ao estudo dos fenômenos sociais que deram origem ao instituto, dos quais destacamos três: os castigos corporais, a formação de grupos de repressão, e, principalmente, a materialidade assumida pela riqueza.

Verificar-se-á, em seguida, em que medida o ideal ressocializante se identifica com a individualização da pena, e se isto representa, de fato, uma evolução teórica do objeto de estudo, ou, antes, trata-se de um mero reflexo de um novo tipo de sociedade, proclamada “sociedade disciplinar” por Foucault, em que o saber científico se constitui por um poder de vigilância.

Tal abordagem implica desvendar se o crescente ajuste das penas aos indivíduos, levando em consideração suas virtualidades, deve, de fato, significar um rompimento com os ideais de reparação e prevenção preconizados pela doutrina penal clássica do séc. XVIII.

Nesse passo, o princípio da individualização será analisado sob o prisma que lhe vem dando uma corrente de juristas, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja possível investigar as bases de uma suposta dicotomia entre as teorias ressocializante e preventiva, o que significa aferir a pertinência ou não do uso da técnica de ponderação dos interesses em disputa.

Por fim, será debatida a questão da eficácia (ou não) de uma aplicação preponderante da teoria ressocializante em atingir os audaciosos fins a que se propõe, uma vez que a opção por determinada orientação punitiva repercute em direitos e princípios constitucionais fundamentais, como o da segurança e da dignidade da pessoa humana, base de sua relevância científica.

Será dada ênfase ao método compreensivo, de apreensão de mecanismos de causa e efeito, em detrimento da procura por funções, de caráter explicativo. A pesquisa incidiu sobre a bibliografia relativa ao tema e sobre fontes normativas, tendo sido empreendida também em *sites* especializados.

1. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Princípios, segundo o renomado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, são mandamentos nucleares de um sistema, disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹

Distinguem-se, porém, os princípios constitucionais positivos, em princípios políticos-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Os primeiros consistem em normas-síntese, opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, enquanto os segundos são normas informadoras da ordem jurídica nacional, conceitos gerais, não raro decorrentes das próprias normas-síntese.²

O princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) se situa nesta última categoria. Consiste no ajuste das penas aos indivíduos, levando em conta particularidades subjetivas que variam indefinidamente de uma pessoa a outra, conforme a adoção, pelo legislador, de mecanismos legais que permitam aos julgadores transcender a mera subsunção de um fato punível aos elementos do tipo penal.

Tem-se que o arcabouço da individualização é fruto tanto de atuação legislativa, que discrimina as sanções cabíveis, fixa-as entre um mínimo e um máximo, e permite a progressão de regime, quanto de atuação judicial, que, dentro de tais limites, gradua a pena através do

¹ MELLO *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 edição. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 84.

² *Ibidem*, p. 85.

contato com o delinqüente, do conhecimento de sua personalidade, e da aferição de sua culpabilidade.

O teleologismo da norma, no entanto, é motivo de intensa controvérsia entre os juristas. A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal considera que, alçada à condição de princípio jurídico-constitucional, deve ser tida como verdadeira *res sacra*, de escopo ressocializante. Já para uma segunda corrente, a norma seria de eficácia contida ou restringível, e consentânea com os escopos de prevenção de crimes e de reparação da ordem axiológica.³

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal vigente. Porém, a questão da aplicabilidade das normas constitucionais demanda reflexão, pois a própria Constituição prevê, em alguns casos, a necessidade de atuação supletiva por parte do Legislativo.

Tratando-se de direitos e garantias individuais (assim entendidos aqueles que estabelecem a independência dos indivíduos perante o Estado e os demais membros da sociedade), tal qual o direito à individualização da pena, a regra é que possuam eficácia imediata e restringível, ou seja, apesar de aptos a regular imediatamente os interesses relativos ao seu conteúdo, são passíveis de restrição em seu alcance mediante atuação do Legislativo.

No caso do dispositivo em comento, entretanto, há peculiar complexidade, pois é difícil vislumbrar a própria conformação de seu conteúdo sem o advento de uma lei, já que se a imposição de pena em si depende de lei, por aplicação do princípio *nullum crimen nulla poena*

³ Neste sentido, a 6ª Turma do STJ: “Não há, pois, inconstitucionalidade qualquer na exclusão dos regimes semi-aberto e aberto aos condenados por crime hediondo ou delito equiparado, [...] por não estranhos e, sim, essenciais à individualização da pena e assim, também, à individualização legislativa, os fins retributivo e preventivo da pena, certamente adequados ao Estado Social e Democrático de Direito, ético por pressuposto e de rigor absoluto na limitação do *jus puniendi*, cuja legitimidade, todavia, não se pode deslembrar, está fundada no direito de existir como pessoa, titularizado por todos e cada um dos membros da sociedade, em que tem lugar a vida humana”. AgRg no REsp n. 338.078, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11.4.2006, DJU 21.8.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2009.

sine lege (CF, art. 5º, XXXIX), e a individualização, por sua vez, depende da cominação de uma pena, têm-se como consectário lógico que a própria individualização depende da atuação do Legislativo para ter definido seu conteúdo.

Note-se, contudo, que, a par da classificação que se dê à garantia fundamental da individualização, o relevante, para este estudo, é a vinculação que se exige do legislador ao conteúdo negativo mínimo da norma, seu núcleo essencial,⁴ vez que a lei ordinária ulterior não poderá restringir o comando constitucional a ponto de descaracterizá-lo. A análise sobre a constitucionalidade ou não dessa lei ulterior exigirá, por conseguinte, profundo conhecimento acerca do instituto abrigado no rol das garantias fundamentais do apenado.

Tal empreitada, além de extremamente tortuosa, reveste-se de enorme relevância científica, haja vista os interesses em conflito (segurança pública e personalidade da pena). A fim de compreender o instituto da individualização e verificar em que medida este se atrela ao ideal ressocializante da pena, é essencial que se detenha em conhecer suas origens, no que a obra de Michel Foucault se revela fundamental.

2. AS PRÁTICAS JUDICIÁRIAS

Atualmente, o excesso de poder do aparato de Estado, da burocracia, e igualmente dos indivíduos uns com os outros aflora como questão dotada da mesma essencialidade de que se revestia a questão da miserabilidade da massa operária no séc. XIX.

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; COELHO, Inocêncio Martires ; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2002, p. 241-246.

Nesse contexto, Foucault procura distanciar-se de uma tradição que utiliza apenas o modelo formal e centralizador do Direito como parâmetro à compreensão das relações de poder, e cuja base teórica serve de apoio tanto à concepção absolutista quanto à democrática de poder político.⁵ O autor propõe uma problematização bastante original sobre o que seria o poder em si, e até mesmo sua relação com o Estado. Procura considerar o poder como um feixe aberto e coordenado de relações, apreensível em épocas determinadas, em campos delimitados, e em discursos específicos.

A instituição estatal, na análise de Foucault, não é tida como catalisador das relações de poder; ela tem seu papel redimensionado. Sendo assim, as relações de poder, e, conseqüentemente, a sua análise, estendem-se para além dos limites do Estado. Isto ocorre em dois sentidos: primeiro porque o Estado, mesmo com seu complexo aparelho, seria incapaz de ocupar todo o campo de relações reais de poder, e, segundo, porque o Estado opera apenas com base em relações de poder preexistentes.

As práticas sociais assumem, portanto, o papel principal na analítica do poder, pois têm a capacidade de engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos e novas técnicas, como fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos.⁶ O que o autor quer dizer é que como o próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a própria verdade tem uma história. Isto significa que a verdade é produzida nas práticas sociais e não se pode dissociar dos mecanismos de poder, seja porque esses mecanismos induzem a produção

⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 186.

⁶ *Idem*. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 10. Foucault pressupõe que não há preeminência de um sujeito de conhecimento dado definitivamente, mas sim constituído no interior da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história.

de verdade, seja porque as produções de verdade têm, elas próprias, efeitos de poder que nos dominam e nos atam.⁷

Para justificar tal idéia o autor buscou pesquisar o poder em momentos históricos e em determinadas práticas sociais que julgou evidenciarem melhor sua maleabilidade e sua associação com a verdade e com o saber. E dentre as práticas sociais em que a análise histórica permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade, as práticas judiciárias estão entre as mais importantes.

Assim, aduz o célebre autor, as novas formas procedimentais de justiça, que surgem no fim do séc. XII, das quais o inquérito é a mais significativa, confundem-se com a aparição de um poder judiciário antes inexistente na alta Idade Média.⁸ Pode-se dizer que um dos traços fundamentais da sociedade feudal européia ocidental era que a circulação de bens pouco se deflagrava pelo comércio. Além da transmissão por herança, da contestação belicosa, consistiam meios importantes de circulação a rapina e a ocupação de terras, com o que se estabelecia uma tênue fronteira entre o Direito e a guerra.⁹

As ações e os litígios judiciários, sendo uma maneira de fazer circular os bens, ensejou a concentração das armas e do poder judiciário nas mãos de um grupo restrito de indivíduos. Dessa conjuntura, sinaliza Foucault, dá-se o surgimento de institutos jurídicos totalmente novos em relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e às velhas regras do

⁷ *Ibidem*, p. 70. Há efeitos de verdade que uma sociedade como a ocidental, e hoje se pode dizer mundial, produz a cada instante. Na visão foucaultiana, a verdade é de fato uma série de proposições, um conjunto de procedimentos que permitem a cada um pronunciar enunciados que serão considerados verdadeiros. E há instâncias onde esses efeitos de verdade são perfeitamente codificados, onde os procedimentos pelos quais se pode chegar a enunciar as verdades são regulados e conhecidos previamente. São estas, em geral, os domínios científicos, além do sistema de informações.

⁸ *Ibidem*, p. 58. Na alta Idade Média, esclarece Foucault, a liquidação era feita entre indivíduos, pois não havia poder judiciário autônomo nem poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder político – ou poder das armas.

⁹ *Ibidem*, p. 63.

Direito Romano, institutos esses que foram fundamentais para o Direito e para o exercício do poder na sociedade moderna.¹⁰

Em primeiro lugar, anota Foucault, surge uma justiça que não era mais a contestação entre indivíduos e a livre aceitação por eles de certas regras de liquidação, mas que, ao contrário, vai impor aos oponentes, regular ou irregularmente, seus litígios, submetendo-os a um poder exterior a eles e que se impõe como poder judiciário e poder político.

Em segundo, aparece um personagem sem precedentes no Direito Romano: o procurador. Este vai se apresentar como representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime ou contestação entre indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder pelo único fato de ter havido um delito. O procurador dubla a vítima, atua por trás daquele que poderia dar a queixa. Isto permite ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciários.

Em terceiro lugar, surge uma noção completamente nova: a infração. O dano passa a ser também uma ofensa à própria lei. A infração não é um dano cometido de um indivíduo a outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, e à lei. Nota-se, assim, o poder estatal apropriando-se de todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação interindividual de litígios na Alta Idade Média.

Por fim, houve ainda a descoberta de que o Estado, o soberano, não é somente a parte lesada, mas também a que exige a reparação. Ao sair vencido em um processo, o indivíduo é declarado culpado e deve uma reparação à vítima. Ocorre que, a partir dessas invenções, vai-se exigir não só a reparação do dano contra outro indivíduo, mas também a reparação da ofensa que se cometeu contra o soberano.

¹⁰ *Ibidem*, p. 65.

Desse modo, a confiscação dos bens por multa se tornou, para as monarquias nascentes, um dos grandes meios de enriquecer e alargar suas propriedades, fato este que permite concluir, por inferência, que tais monarquias foram de certo modo erigidas sobre a apropriação da justiça, a qual lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação.

Daí o aparecimento de uma premência em atingir-se a sentença, atingir-se a verdade, que fez surgir também um novo modelo de prova, extrajudicial. Trata-se do modelo do inquérito, *inquisitio*. O inquérito, na visão foucaultiana, seria uma forma de saber e também uma determinada maneira de o poder se exercer. Suas características mais importantes seriam a prevalência do poder político, que age fazendo perguntas, em busca da verdade, e a delegação de tal busca a um grupo de notáveis, encarregados de emitir uma opinião coletiva e livre de qualquer pressão ou violência.

Por tudo isso, o aparecimento do inquérito enquanto forma de saber-poder seria inclusive um fenômeno político. Nesse prisma, pode-se afirmar, com Foucault, que, na Europa Medieval, o inquérito se transformou, sobretudo, em um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; o inquérito viabilizava o controle sobre o território e os súditos, gerava receita, enfim, mantinha o *status quo*.¹¹

Não obstante, posteriormente à disseminação do inquérito, deu-se o advento de outra etapa social, a qual Foucault denomina ‘sociedade disciplinar’, marcada pelo exame, pela vigilância.¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 73.

¹² *Ibidem*, p. 88. Vigilância permanente por alguém que, como será visto, exerce sobre os indivíduos um poder, e que, enquanto o exerce, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que agora não teria mais por característica determinar se algo aconteceu ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, se age ou não conforme a regra, se progride ou não.

Antes, porém, de uma abordagem mais detida sobre o tema ‘sociedade disciplinar’ e suas imbricações com a adoção dos postulados ressocializantes da pena, deve-se fazer um breve relato do contexto em que o tipo de poder característico dessa sociedade começou a se desenvolver. Tal contexto remete justamente a uma série de disputas em torno do sistema penal, da delinqüência, e do aparelho judiciário; e essas disputas influíram diretamente nas estratégias de repressão ao crime, nas formas de punição, e na definição dos fatos puníveis.

2.1 BREVE HISTÓRICO DAS PRÁTICAS JUDICIÁRIAS

2.1.1 O SUPLÍCIO DO CORPO

A análise acerca do surgimento de um poder marcadamente disciplinar se inicia pelo enfraquecimento do suplício como forma de punição, a qual se caracterizava por uma ação contundente contra o corpo do aprisionado, visando a infligir-lhe o máximo de dor possível, diante do maior número de pessoas.

O suplício teve uma função jurídico-política de reconstituição da soberania lesada por um delito, pois evidenciava a ascendência do soberano no meio social. Sua finalidade, diz Foucault, foi menos obter um equilíbrio que estabelecer uma dissimetria entre os súditos e o soberano:

O suplício se inseriu tão fortemente na prática judicial, porque é revelador da verdade e agente do poder. Ele promove a articulação do escrito com o oral, do secreto com o público, do processo de inquérito com a operação de confissão; permite que o crime

seja reproduzido e voltado contra o corpo visível do criminoso; faz com que o crime, no mesmo horror, se manifeste e se anule.¹³

A justiça, no entanto, a partir do séc. XVIII, passou a não mais assumir publicamente a parcela da violência que estava ligada a seu exercício, procurando retirar o foco de publicidade do castigo corporal para pô-lo sobre a realização dos debates e a sentença. A execução da pena passou a ser quase vergonhosa, infame; assumiu um caráter administrativo, tornou-se um setor burocrático autônomo, dissociando-se do magistrado e da justiça. A relação castigo-corpo deixou de ser exclusivamente física, de imposição de dor pura e simples, para tornar o corpo um intermediário ou instrumento que visava a privar o indivíduo de sua liberdade, considerada como um direito e como um bem. Nas palavras do autor:

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída a sua fatalidade não a sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro [...] o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos.¹⁴

2.1.2 A DEFINIÇÃO DE ILEGALIDADE

Outro aspecto de notável mudança na estratégia do exercício do poder de punir seria o do tratamento dispensado às ilegalidades.

No Antigo Regime, os diferentes estratos sociais tinham uma margem de não aplicação do ordenamento que chegava a ser essencial ao funcionamento da economia e da

¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 50.

¹⁴ *Ibidem*, p. 15-16.

política naquela época. Observa Foucault que a ilegalidade perpassava todas as camadas sociais, e que, apesar de muitas vezes concorrerem entre si, não havia oposição fundamental, e mais, poderia haver momentos de cumplicidade e reciprocidade entre as camadas no exercício da ilegalidade.

Tal configuração das coisas sofreu alteração com o aumento geral da riqueza e com o crescimento demográfico, já que o alvo principal da ilegalidade popular tendia a não ser mais a prática de atos contra um sujeito abstrato, como o Estado ou a figura do soberano. Os atos delituosos passavam a ofender sujeitos determinados, concretos, pois os objetos dos crimes tornaram-se bens materiais.¹⁵ Nota-se que entre as vítimas em potencial, portanto, incluíram-se, a partir disso, os próprios artesãos, colonos e camponeses, ou seja, integrantes de sua própria classe.

Alterando-se o objeto da ilegalidade, deixando de incidir sobre direitos ou interesses, para incidir sobre bens e propriedade, perdeu-se totalmente a isenção antes usufruída. A nova ilegalidade acarretou, daí em diante, zelosa punição.

2.1.3 OS GRUPOS DE CONTROLE

¹⁵ FOUCAULT, *op. cit.*, 2003, p. 100. O autor preocupou-se em separar a tolerância às ilegalidades cometidas pelas camadas mais desfavorecidas (como o contrabando e a luta direta contra o fisco, por exemplo), as quais consistiam em verdadeira condição de existência para tais camadas, da criminalidade cometida no exaurimento dessa ilegalidade (como assassinatos, pilhagens e roubos), que, apesar de ser um prolongamento inato das 'infrações aceitas', constituía, em um primeiro momento, uma espécie de violência subsidiária. No entanto, a passagem a uma agricultura intensiva, o caráter de propriedade absoluta adquirido pela terra, e, enfim, a propriedade comercial da burguesia recém libertada de encargos feudais transformam o instituto da ilegalidade.

Além das alterações no que tange à maneira de aplicar a pena e na definição dos delitos a serem castigados, teria ocorrido, em meados do séc. XVII, a formação, por grupos religiosos dissidentes do anglicanismo, de uma monitoração moral espontânea de natureza policial sobre os próprios membros. Os *quakers* e metodistas que se organizavam eram pequenos burgueses que visavam a fazer reinar a ordem para escapar ao poder político e sua legislação penal aterrorizante. Outros grupos, já em meados do séc. XVII, surgiram em resposta às grandes agitações sociais, não ainda proletárias, mas de conotação religiosa, exercendo uma autodefesa. Há, no mesmo período, a formação de sociedades de polícia privada, por parte das sociedades comerciais, as grandes companhias.

Entretanto, tais grupos adquiriram nova inserção social no séc. XVIII e cada vez mais abandonam seu caráter pequeno burguês. Trata-se, segundo Foucault, de um mecanismo de estatização dos grupos de controle.¹⁶ Aos poucos, a aristocracia apropriou-se e suscitou a formação de grupos que perderam sua função primordial de autodefesa em privilégio da função de reforço da autoridade penal, de pressão, de controle sobre as massas. O controle moral tornou-se assim um instrumento de poder em mãos das classes hegemônicas, conferindo uma nova polaridade política e social a essas instâncias de controle.

Tais ocorrências deram-se em território inglês. Na França, expõe Foucault,¹⁷ já havia um forte aparelho judiciário, com parlamentares e cortes de um lado, e um instrumento fiscalizador e administrativo, de outro (polícia). Com um detalhe: as polícias eram dotadas de um aparato arquitetônico vasto, com uma quantidade razoável de prisões, que, no entanto, não acolhiam apenas do sistema judiciário ou penal propriamente dito.

¹⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷ *Ibidem*, p. 95.

A reclusão era o resultado de punições decorrentes de pedidos feitos ao intendente do rei, o qual era encarregado de realizar um inquérito e mandar uma *lettre-de-cachet*, que consistia em uma ordem escrita do rei para que se cumprisse algo. Cabia, então, à polícia, aplicar e fiscalizar o cumprimento das *lettres-de-cachet*, conforme se extrai do trecho:

Essa forma de penalidade, aplicada às virtualidades dos indivíduos, de penalidade que procura corrigi-los pela reclusão e pelo internamento, não pertence, na verdade, ao universo do Direito, não nasce da teoria jurídica do crime, não é derivada dos grandes reformadores como Beccaria. Essa idéia de uma penalidade que procura corrigir aprisionado é uma idéia policial, nascida paralelamente à justiça, fora da justiça, em uma prática dos controles sociais ou em um sistema de trocas entre a demanda do grupo e o exercício de poder.¹⁸

3. A SOCIEDADE DISCIPLINAR E O IDEAL RESSOCIALIZANTE

Após uma breve incursão ao contexto em que o tipo de poder inerente à chamada sociedade disciplinar começou a se desenvolver, é preciso, nesse momento, atentar para um fenômeno a que já se fez alusão nesse estudo: a nova forma assumida pela produção. A materialidade da riqueza estaria, portanto, na origem do processo *sub examen*.

Foucault ressalta que o que surge na Inglaterra, no fim do séc XVIII, já é algo diferente das práticas de controle e vigilância do final do séc. XII, quando o poder funcionava essencialmente por meio de símbolos, cerimônias e taxas. É algo que emerge do fato de se investir a riqueza cada vez mais no interior de um capital que já não é puramente monetário. É a riqueza investida em mercadorias, estoques, máquinas, oficinas e matérias-primas, pois tais bens estão diretamente expostos à depredação. A proteção de uma riqueza móvel seria, assim,

¹⁸ *Ibidem*, p. 99.

o impulso para a apropriação pelas classes hegemônicas dos mecanismos de controle e autodefesa originários das camadas populares.

Segundo o autor, este último foi o fator decisivo para a emergência da sociedade disciplinar, capaz inclusive de afetar a onda renovatória da teoria penal que se estabelecia na época. Foucault considera que os projetos da reforma da penalidade, marcados pelos princípios da legalidade (exigência de previsão legal para imposição de uma sanção) e da utilidade social (punir somente aquilo que cause dano à sociedade), foram relegados e encobertos, na prática, pelo surgimento de mecanismos de controle de indivíduos.¹⁹

Explique-se: a teoria e a legislação penais elaboradas por teóricos puros como Beccaria e Bentham, e por legisladores como Brissot e Lepeletier, baseava-se, sobretudo, na idéia de utilidade social, da qual decorria um tipo punitivo de reparação do mal causado (deportação, humilhação) ou de impedimento de males futuros (talião, retaliação). Já os mecanismos de controle extrapenais, ao serem retomados pelo poder central, tiveram o efeito de fazer com que as penas se ajustassem aos indivíduos, que a vigilância substituísse a qualificação penal do fato, bem como que o tipo de punição passasse a ser o de correção, isto é, formação e transformação de indivíduos.

A isto Foucault chama de panoptismo,²⁰ uma forma de poder em que a vigilância sobre os indivíduos se exerce ao nível não do que se faz, mas do que se é; não do que se faz, mas do que se pode fazer. Assim, houve o acréscimo de elementos subjetivos na definição de crime. O que Foucault chama de paixões, instintos, anomalias, enfermidades e ambiente, o direito penal utiliza como circunstâncias atenuantes, agravantes, e culpabilidade.

¹⁹ *Ibidem*, p. 84-85.

²⁰ *Ibidem*, p. 87. O *Panopticon* é um edifício em forma de anel, idealizado por Bentham, em que no meio havia uma torre com um vigilante que observava as diversas celas, cada qual representativa de uma instituição moderna, como um operário trabalhando, uma criança estudando, um prisioneiro, um louco, etc. Para Foucault, era o retrato perfeito do tipo de poder da sociedade disciplinar moderna, a que chamou de panoptismo.

[...] vemos que a relação de poder que fundamenta o exercício da punição começa a ser acompanhada por uma relação de objeto na qual se encontram incluídos não só o crime como fato a estabelecer segundo normas comuns, mas o criminoso como indivíduo a conhecer segundo critérios específicos.²¹

Na visão do autor, o panoptismo rompeu com o inquérito, que consistia em obter os instrumentos de reatualização de fatos através do testemunho de pessoas que, por terem sabedoria ou pelo fato de terem presenciado o acontecimento, eram tidas como capazes de saber. A nova forma de saber seria a de exame. Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder, e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade de apreender um saber sobre aqueles que observa. E esse novo saber não se organiza em torno de questões como a ocorrência ou não de fatos, da autoria dos fatos, em suma, de existência e inexistência. Ele se ordena em torno da regra, em termos do que é normal ou anormal, do que é correto ou incorreto.

Pode-se objetar a isso que o inquérito persiste enquanto prática judiciária. Não persiste enquanto uma forma de poder-saber com a significância ampla e abrangente que teve na sociedade feudal, nem mantém uma identificação primordial com o modo de produção atual, o capitalista de mercado. No entanto, o inquérito deixou resquícios no aparelho de justiça, e conviveu com as reformas penais atenuantes do séc. XIX e com os diversos modelos de sistema acusatório adotados pelas legislações processuais vigentes.

A forma de saber-poder de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência seria, portanto, a forma de poder típica da sociedade atual, a base do poder disciplinar que deu origem às ciências humanas (psiquiatria,

²¹ FOUCAULT, *op. cit.*, 1977, p. 92. Também o cerne da modalidade julgadora alterou suas regras de elaboração, inserindo as infrações no campo dos objetos suscetíveis de conhecimento científico, por meio de pareceres técnico-psiquiátricos, da antropologia criminal, da própria criminologia, enfim, mecanismos de punição sobre os indivíduos, sobre aquilo que são e aquilo que possam vir a ser.

sociologia, psicologia, etc.), em oposição ao poder do inquérito, que deu impulso às grandes ciências da observação.

Poder e saber, na perspectiva foucaultiana, encontram-se, assim, firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados profundamente naquilo que as constitui. O inquérito e o exame são precisamente formas de saber-poder que vêm a funcionar, respectivamente, ao nível da apropriação de bens na sociedade feudal, e ao nível da produção e da constituição do sobre-lucro capitalista, na sociedade moderna.

Superado o estudo da gênese do tipo de poder inerente à sociedade disciplinar, o qual, como vimos, está diretamente ligado ao ideal de ressocialização, cabe, agora, analisar a aplicação que vem sendo dada a este no âmbito jurídico-penal pátrio.

4. A RESSOCIALIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Sob o prisma da análise foucaultiana, pode-se desde já admitir como premissa que o implemento do tipo de poder característico da sociedade disciplinar está intimamente ligado à inserção do ideal ressocializante na teleologia da punição. Evidencia-se, também, que tal inserção ocorreu apartada da evolução teórica sobre os fins da pena preconizada pela Escola Clássica, de cunho utilitarista.

O legislador originário do Código Penal vigente no país (Decreto-lei nº 2.848, de 1940), é certo, já havia acatado os postulados utilitaristas e ressocializantes. Porém, pode-se dizer que tais postulados foram mais do que reafirmados por ocasião da Reforma da Parte

Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), na qual, inclusive, dedicou-se uma longa série de itens ao exame da punição em sua ‘Exposição de Motivos’, itens de cujo corpo textual é possível destacar termos que denotam claramente o apego do legislador a certas orientações e preocupações sobre a temática punitiva e a individualização.

No item 26, em que há menção à orientação de defesa social, protetiva, assim como considerações de ordem empírica, concreta, acerca dos males do cárcere, notamos o uso dos termos “política criminal” e “ação criminógena”.

No item 50, que trata especificamente do tema individualização da pena e sua intensificação pela reforma, percebe-se o uso dos termos “finalidade da individualização”, “eficácia”, “reprovação e prevenção”, e, mais uma vez, “Política Criminal”.

Ao falar em “ação criminógena”, logo após demonstrar comprometimento com os fins de defesa social (item 26), e em “eficácia” e “reprovação e prevenção”, em meio ao contexto da aplicação individualizada da pena (item 50), vê-se que o legislador demonstra, sobretudo, apego aos ideais preventivo e reparador, embora não exclua de suas preocupações, é certo, o caráter humanitário.

Cabe ressaltar, ainda, o emprego, em ambos os itens, do termo “Política Criminal”. Tal escolha denota claramente que o legislador aderiu a uma política criminal voltada à reforma da parte geral do Código Penal, o qual, diga-se, consiste em um verdadeiro macrossistema punitivo aplicável a todos os delitos, salvo expressa previsão em sentido contrário.

Explique-se: o legislador da reforma do Código Penal, ao estabelecer normas de caráter individualizante (modificações bem-vindas, diga-se), não procedeu somente em razão do princípio jurídico-constitucional da individualização da pena, esculpido no artigo 5º, inciso

XLVI, mas o fez em razão de uma política criminal, a qual tem como pilares os ideais utilitaristas de prevenção e reprovação do crime.

Há em doutrina, inclusive, a assertiva de que o princípio da individualização da pena seria um abrandamento do caráter de proporcionalidade, uma vez que a lei penal não tem como fundamento a individualização, ela tem como fundamento a imposição de uma sanção proporcional ao mal causado pelo delito; impõe-se, via de regra, a pena fixada pelo legislador, podendo variar de acordo com a gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado.²²

Antes que se possa avançar, porém, é necessário compreender mais a fundo as divergências que rondam o tema, especialmente no âmbito do Pretório Excelso.

Recentemente, no julgamento do *habeas corpus* nº 82.959,²³ o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu o pedido e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que vedava a possibilidade de progressão de regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no artigo 1º do mesmo diploma legal. Entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afrontava o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas a ressocialização,²⁴ tornaria inócua a garantia constitucional.

A ementa do acórdão e o voto do Ministro relator são imprescindíveis à apreensão das razões da tese prevalecente:

EMENTA: PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246.

²³ HC n. 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.2.2006, DJU 8.3.2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2009.

²⁴ Importante observar que o Supremo, ao referir-se à ressocialização enquanto finalidade específica da progressão de regime prisional, não se referiu propriamente ao ato de ressocializar o apenado, mas ao ato de evitar a sua ‘dessocialização’, estabelecendo uma nuance, para muitos desconhecida, ao ideal ressocializante.

aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

Voto: [...] Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. [...]

Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima de emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade. Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização. [...] Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. [...] Como então, entender que o legislador ordinário o possa fazer?

Diante do que consta na ‘Exposição de Motivos’ da reforma penal de 1984, e nos excertos agora transcritos, já é possível constatar que a individualização da pena pode ocorrer tanto na sua aplicação, *in concreto*, (fixação da sanção cabível dentre as cominadas em intensidade variável com circunstâncias objetivas e subjetivas do delito praticado, etc.) como na sua execução, *in executivis*, (progressão de regime, livramento condicional, separação de detentos em estabelecimentos distintos de acordo com suas características pessoais, etc.).

No entanto, o caráter de norma individualizante *in executivis* ostentado pelo sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade não significa que seja vedada ao legislador a elaboração de uma norma cujo teor venha a excepcioná-lo. O que se questiona, *a priori*, é a tese de que toda norma que venha a dispor de maneira a dissociar-se do sistema geral do Código Penal seja tida como inconstitucional por contrariar o princípio da individualização da pena.

Isto porque o princípio da individualização da pena está expresso, mas não materializado na Constituição, que dispõe: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)” (CF, art. 5º XLVI).

Dispondo que cabe à lei regular a individualização da pena, depreende-se que o legislador constituinte confiou ao legislador ordinário a missão de estabelecer, segundo critério proporcional, a individualização da punição. Caso contrário, o constituinte teria simplesmente estabelecido as diretrizes a serem seguidas, como o fez em relação aos tipos de penas (CF, art. 5º XLVI e XLVII).²⁵

Note-se que a Constituição em nenhum momento se refere a uma garantia à progressividade de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, não sendo a exclusão deste necessariamente uma violação ao conteúdo mínimo negativo da individualização, que, como foi visto, abrange uma série de mecanismos. A Constituição apenas instituiu uma reserva legal ao tratamento do tema.

Ainda que se entenda diversamente, não se pode atribuir a uma garantia constitucional a chancela de absoluta. Nem mesmo as garantias constitucionais são imunes à relativização. E esta relativização pode ser inferida do próprio sistema ou até imposta por norma infraconstitucional, pois os direitos e garantias constitucionais expressos na Constituição não excluem outros, expressos ou decorrentes do regime por ela adotado (CF, art. 5º, §2º); assim é que, diante de um conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a sopesar para proteger o mais relevante, *in casu*, o que fará através da ponderação

²⁵ A Min. Ellen Gracie, ao proferir seu voto (sustentando a tese vencida), asseverou o seguinte: “No que diz respeito à possibilidade de progressão, rememoro que o instituto da individualização da pena foi constitucionalizado com a Constituição de 1946 no seu artigo 141, § 29º. A redação foi a seguinte: ‘A Lei regulará a individualização da pena’. Essa mesma redação foi repetida nas Cartas subseqüentes (Constituição Federal de 1969, art. 153, § 23º; Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLVI). O constituinte deixou ao legislador ordinário a regulação e a disciplina do instituto”.

dos interesses em disputa. E a radicalização na aplicação da garantia constitucional da individualização da pena repercute diretamente no direito à segurança pública, uma vez que a defesa da liberdade a qualquer custo, desconsiderando-se a gravidade dos delitos, põe em risco a confiança dos cidadãos no sistema jurídico.

Lembre-se que pela legislação vigente à época em que foi julgado o *habeas corpus* nº 82.959, o apenado condenado a regime inicialmente fechado, em crime hediondo ou não, teria direito à progressão de regime quando tivesse cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena.

Hoje, como se fosse uma resposta do Legislativo à declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 pelo Supremo, já está em vigor a Lei 11.464/07, que aumentou para 2/5 (dois quintos) ou 3/5 (três quintos) os prazos mínimos para que o apenado por crime hediondo progrida do regime fechado para o semi-aberto e aberto.

Carmen Silvia de Moraes Barros, por seu turno, prefere alinhar-se ao argumento prevalecente no Supremo. Na opinião da autora, as teorias utilitaristas (também conhecidas como relativas) estão necessariamente limitadas pelos ‘princípios fundamentais de garantia individual’, ou seja, de intervenção mínima do Estado. Sendo assim, o interesse social que justifica o *ius puniendi* estatal esbarraria, inevitavelmente, na garantia de individualidade e dignidade do preso, pois do contrário o agente do crime seria reduzido a instrumento dos anseios sociais de punição.

No que tange ao §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, declarado inconstitucional, versou a autora:

A referência feita no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal à individualização da pena a torna princípio constitucionalmente assegurado e irrenunciável e que, portanto, não pode ser obstado. Ainda que regulada a individualização pela lei, a pena há de sempre ser passível de individualização, é o que determina a Constituição. Como é sabido, o princípio da individualização da pena importa a análise de cada caso

individual. [...] Não permite, portanto, generalização e tampouco vedação de progressão em função do delito cometido ou dos anseios sociais de punição.²⁶

Tal visão coloca a questão nos seguintes termos: o Estado democrático de direito não convive com ideais de punição baseados em interesses gerais. A única e exclusiva justificativa a fim de privar um ser humano de algum aspecto de sua liberdade seria ressocializá-lo, e, como isto não seria possível, por invadir sua esfera íntima, confundindo direito e moral, a justificativa única passaria a ser a de não dessocializá-lo. Significa dizer: ao Estado só é legítimo punir um indivíduo de modo a evitar sua dessocialização.

Ao ideal utilitarista de prevenção corresponderia, portanto, o interesse *pro societate*, e este interesse nunca poderia prevalecer sobre o individual. Ao ideal de ressocialização corresponderia o interesse individual, o qual, inserido no corpo da Constituição como garantia individual fundamental, deveria prevalecer sempre sobre o geral.

A dicotomia assim posta, vê-se, coloca em conflito inconciliável os ideais de ressocialização e prevenção, o que, *data maxima venia*, não é razoável. O próprio Pretório Excelso já reconheceu que as garantias constitucionais podem ser flexibilizadas frente a outros direitos, de caráter social, como o da segurança pública, ao julgar o *habeas corpus* nº 70.814,²⁷ que teve como objeto a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 41 da Lei 7.210/84.

A criação de uma organização intelectual de conhecimentos, agregados em torno uns dos outros, não deve abstrair qualquer forma nova de conhecer ou desconsiderar circunstâncias fáticas que não se encaixem no sistema. Com isto se quer dizer que embora se admita, como o fazem alguns autores, que a individualização da pena seja uma garantia constitucional com o escopo de ressocialização, e, como tal, inviolável perante o legislador ordinário, é

²⁶ BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150 -151.

²⁷ HC n. 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.3.1994, DJU 24.6.1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 de março de 2009.

imprescindível que se indague a respeito de casos em que tal sistema intelectual possa ser excepcionado.

Isto conduz ao derradeiro ponto: a eficácia da aplicação preponderante do ideal ressocializador. Ao propalar-se demasiado o argumento de que a razão de ser da progressão de regime é ressocializar, desconsiderando os ideais de retribuição e prevenção e contrariando a evolução histórica das teorias sobre a pena, esqueceu-se de indagar sobre a eficácia trazida por esta medida em alcançar tal finalidade, pois ainda que o regime prisional fechado, em tese, não ressocialize, deve-se indagar sobre os efeitos da hipótese contrária, ou seja, a de livrar o apenado muito antes do cumprimento integral da pena cominada.

Já se percebe, inclusive dentre aqueles que lidam com o direito penal habitualmente, uma significativa adesão à opinião de que o ordenamento jurídico brasileiro é excessivamente liberal.²⁸ Note-se que aqueles que consideram o ordenamento liberal em excesso não repudiam de forma alguma o ideal ressocializante, apenas preferem, em determinadas circunstâncias, a garantia da segurança à incerteza da recuperação.

Pertinentes, neste sentido, as palavras de respeitado procurador de justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Se o nosso sistema penitenciário não atende de forma satisfatória às finalidades de recuperação do criminoso (e haverá algum sistema ideal?), tentemos torná-lo melhor. A sociedade é que não pode pagar o preço pela falta de uma diretriz para a solução do problema por parte dos responsáveis pela política penal adotada em nosso país.²⁹

²⁸ Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), entre março de 2006 e agosto de 2007, auferiu-se que 61,9% dos juízes concordaram, no todo ou em parte, que a legislação penal brasileira é excessivamente branda. Os dados são resultado da pesquisa “Visões de política criminal entre operadores da justiça criminal de São Paulo”. Participaram da pesquisa 111 juízes, e 27 defensores públicos atuantes no Fórum Criminal de Barra Funda, São Paulo. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 20 de fevereiro de 2008.

²⁹ HAMILTON, Sérgio Demoro. *Processo Penal – Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 232.

Considerar-se apenas o escopo de ressocialização (ou não-dessocialização) independentemente da gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado significa retornar ao grotesco nivelamento medieval, em que a pena de morte era aplicada indistintamente a crimes radicalmente distintos. A diferença é que agora o nivelamento ocorre disfarçado de garantia, permitindo a criminosos apenados por lesões de gravidade máxima se sujeitarem ao mesmo arcabouço punitivo que criminosos comuns.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da individualização e o ideal ressocializante estão intimamente ligados, pois surgiram de uma série de práticas sociais cujo advento proporcionou uma alteração na forma de exercício de poder e de constituição do saber científico, rompendo com o modelo de inquérito, de reatualização de autoria e materialidade de fatos, e passando a se basear no exame, na conduta do indivíduo perante as regras e a sociedade.

A Constituição Federal de 1988 manteve a tradição das anteriores e atribuiu ao legislador ordinário a missão de regular a individualização da pena. O legislador pátrio, como visto, declara-se adepto de uma política criminal voltada para a compatibilização do instituto da individualização com os ideais utilitaristas de prevenção e reparação. E assim o fez em relação aos crimes hediondos, considerados de gravidade máxima no ordenamento, ao suprimir um dos aspectos do arcabouço de regras individualizantes existentes, preservando assim o conteúdo mínimo negativo (núcleo essencial) da garantia constitucional.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao posicionar-se sobre o tema, acabou por adotar a tese de que a única justificativa para se impor uma pena de privação de liberdade seria a ressocialização, ou melhor, a não-dessocialização do indivíduo, e, ao fazê-lo, desconsiderou a evolução histórica das teorias sobre a pena, estabelecendo, com isto, uma dicotomia entre os ideais de ressocialização e de prevenção.

Tal entendimento, como visto, não deve prosperar, pois o ideal ressocializante, de interesse individual, não tem o condão de afastar a finalidade preventiva, de interesse social. O arcabouço da individualização da pena, e, por conseguinte, o ideal ressocializante, devem coabitar a consciência do legislador e da autoridade judiciária de modo a atender às necessidades de prevenção de crimes e reparação da ordem axiológica, em salutar exercício de ponderação.

Evita-se, desse modo, dispensar tratamento idêntico a crimes completamente distintos, fazendo-se grotesco nivelamento que remete aos tempos medievais, em que a pena aplicada era a mesma independentemente da gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 338.078, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11.4.2006, DJU 21.8.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.2.2006, DJU 8.3.2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2009.

_____ HC n. 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.3.1994, DJU 24.6.1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 de março de 2009.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____ *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____ *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1977.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Processo Penal – Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). *Visões de política criminal entre operadores da justiça criminal de São Paulo*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 20 de fevereiro de 08.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; COELHO, Inocêncio Martires ; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.