

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS E NA LEI DE REGIMES PENITENCIÁRIOS

Altayr Venzon

Promotor Público em Porto Alegre
Diretor do Dep. Estab. Penais

Foi no § 29, do art. 141, da Constituição de 1.946 que se inseriu esta bela fórmula:

“A LEI PENAL REGULARÁ A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SÓ RETROAGIRÁ QUANDO BENEFICIAR O RÉU”.

Já no § 30, do art. 141 encontrava-se expresso: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente”.

Atento ao drástico exemplo da pena aplicada a Tiradentes, o legislador constituinte de 1824 fez registrar no art. 179, inc. XX: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.”

O § 19, do art. 72 da Constituição de 1891 continha: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.”

No art. 113, n.º 28, da Constituição brasileira de 1934, também estava escrito: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.”

Porém, a Constituição de 1937 silenciou a respeito da individualização da pena.

Ela encontra-se inserida no capítulo dos direitos e garantias individuais na Constituição atualmente vigente.

Com efeito, a idéia predominante que cresceu com uma força incoercível, como decorrência da concepção individualista — origem do constitucionalismo — é a de que a vida política de um povo só é possível pelo reconhecimento expreso dos direitos do homem.

O jurista francês Maurice Duverger, em *Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique* (1948), observa que a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem foi consagrada em 14 de julho, na mesma hora em que a emoção popular era provocada pelos acontecimentos da Bastilha.

Reconhecido o direito do homem, diz Cândido Motta Filho, em “O conteúdo político das constituições”, a política toma outro rumo, modifica-se em sua base o conceito de autoridade, e a liberdade, a propriedade a resistência à opressão inserem-se nos quadros legais do Estado.

Para GIORGIO DEL VECCHIO, a Declaração dos Direitos do Homem deveria ser o primeiro capítulo das Constituições.

Efetivamente, todos os textos deveriam conter, em primeiro lugar, os direitos sagrados do ser humano; a vida, a liberdade, o trabalho, a moradia, a educação, a alimentação, o vestuário, a família, a propriedade privada, a livre iniciativa, o livre exercício da profissão e sua escolha, a liberdade de pensamento e palavra e a INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

O escritor gaúcho DARCY AZAMBUJA define a Constituição como “um conjunto de preceitos jurídicos, geralmente reunidos em um código, que discrimina os órgãos do poder público, fixa-lhes a competência, declara a forma de governo, proclama e assegura os direitos individuais.”

O Prof. FRANCISCO BROCHADO DO ROCHA, em sua tese de concurso para a cátedra de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, deu a seguinte definição: “A Constituição é um ato político que deve ser formulado juridicamente, e daí decorre que, em torno da técnica legal de separação dos poderes, gravitam os vários processos de organização democrática.”

ARISTÓTELES definiu-a como “o princípio segundo o qual estão organizadas as autoridades públicas, especialmente aquela que é superior a todas e soberana.”

Nessa linha de raciocínio, fazendo-se esse bosquejo histórico para inferir-se das razões da existência nas constituições dos capítulos dos direitos e garantias individuais (como se depreende dos conceitos doutrinários), onde se insere, por certo, a **individualização da pena**, verificamos que com base nos princípios contratualistas e individualistas surgiu a primeira Constituição escrita, nos Estados Unidos, em 1787. Logo depois, a França, berço da idéia constitucionalista, promulgava a sua carta, em 1791.

No Brasil, todas as constituições foram escritas, desde a do Império, que teve vigência de 25 de março de 1824 até 15 de novembro de 1889.

Aceita-se em nosso país o pensamento de Hans Kelsen: a Constituição é um documento escrito.

Com efeito, após a proclamação da República, o governo provisório teve a preocupação de dotar o país de uma Constituição, nos moldes da carta norte-americana, inspirada por Benjamin Franklin.

A 22 de julho de 1890 foi convocado o Congresso Constituinte para 15 de novembro do mesmo ano. O governo provisório designou comissão para elaborar a Constituição Brasileira de 1891.

O grande RUY BARBOSA, então Ministro da Fazenda, foi o revisor da Carta. É certo que o jurista Ruy deu primorosa contribuição, na revisão, à elaboração definitiva do importante documento. Assim, a 24 de fevereiro de 1891 era promulgada a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

Segundo o jurista PONTES DE MIRANDA, em sua obra "Visão Panorâmica das Constituições Republicanas", a prática da Constituição de 1891, se não criou, no Brasil, o espírito constitucionalista, pois esse já nos vinha do trato de questões levantadas no Império, fortaleceu-o e precisou-o.

Os Constituintes de 1891 colheram importantes subsídios na Constituição da América do Norte, fortalecendo-a com contribuições das cartas da Argentina e da Suíça e do próprio estatuto anterior.

Derivada da representação constitucional classista, surgiu em 1934 a Carta que, segundo ALCIDES ROSA, em Manual de Direito Constitucional, teve fim melancólico e quase não mereceria um necrológio.

Contrariou, por certo, a Constituição Brasileira de 1934, o princípio adotado por RUY BARBOSA, quando afirmou: “o que discrimina a forma republicana, com ou sem o apelo adicional de federativa, não é a coexistência dos três poderes, indispensáveis em todos os governos constitucionais, como a república e a monarquia. É, sim, a condição de que sobre a existirem os três poderes constitucionais, o legislativo, o executivo e o judiciário — os dois primeiros derivam de eleição popular.”

Cabe ao jurista PONTES DE MIRANDA tecer severa crítica à existência, no Brasil, de referida carta quando diz: “A Assembléia Constituinte de 1891 acreditou na existência de um grau onde o Estado federal começa e de outro grau onde o Estado federal acaba. É assaz duvidoso se a de 1934 ainda alimentava tal crença.”

Em 1937 foi promulgada uma Constituição que no seu art. 73 definia plenamente a indole da Carta. Dizia o corpo do artigo que é “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado”. E no art. 75 continha as prerrogativas do Presidente, entre outras a de dissolver a Câmara dos Deputados, que, em realidade, não chegou a existir na vigência de referida Constituição.

Pelo famoso art. 177, poderiam ser aposentados ou reformados os funcionários civis ou militares, no interesse do serviço público, ou por conveniência do regime, a juízo do governo.

Na Constituição de 1937 previu-se o desmembramento dos Estados, constituindo territórios, tiraram-se certos óbices à intervenção federal nos Estados-membros; deu-se a estes a obrigação de providenciar, na esfera da sua competência, quanto às medidas necessárias à execução dos tratados comerciais concluídos pela União e, se não o fizessem em tempo útil, a competência legislativa para tais medidas se devolveria à União; a União passou a ter competência para legislar sobre bem-estar, a ordem, a tranqüilidade e a segurança públicas. Omitiu-se, entretanto, lamentavelmente o princípio democrático da individualização da pena.

Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, consagrando em sua plenitude, tal como preconizaram Aristóteles e Montesquieu, as três funções do Estado os três centros de autoridade e força jurídica: executivo, legislativo e judiciário como poderes.

No dia 24 de janeiro de 1967 foi promulgada a Constituição do Brasil, que manteve, em suas linhas gerais, a república e a federação, o presidencialismo e a democracia social.

Dela diz PAULINO JACQUES que estreitou ainda mais os vínculos federativos que prendem os Estados-membros à União, reforçado o Poder Executivo, acelerado o trabalho do Poder Legislativo e racionalizado o sistema tributário, entre outras inovações.

O princípio da INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA foi nela consagrado expressamente, eis que o § 13, do art. 150 inseriu: "NENHUMA PENA PASSARÁ DA PESSOA DO DELINQUENTE. A LEI REGULARÁ A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA." A primeira parte refere-se, pois, à incontagiabilidade da pena, a "contrario sensu" do que ocorrera à família de Tiradentes. No artigo da Constituição, "in fine", verifica-se a remessa à lei ordinária, a regulamentação da individualização da pena, expressamente prevista na Lei Maior.

A Carta de 1967, assim como parte dos Atos Institucionais foram analisados pelo jurista PONTES DE MIRANDA, em seus Comentários à Constituição de 1967. Em certo trecho de sua obra, no Tomo V, pág. 217, ao referir a individualização da pena, diz o consagrado mestre: "A concepção da pena como revide, como vingança, perdura em muito do que é o direito penal vigente. A pena é contra-golpe. Mal fez, mal se lhe faça. Não se desce à verificação do que, no autor do crime, talvez por defeito da sociedade, ou da estruturação político-social, foi fator de relevo para o acontecimento punível. Abstrai-se, quase totalmente, do homem, para só se ver o seu ato objetivamente. Em geral, partiu-se, para isso, da suposição do livre arbítrio."

Entretanto, já não são apenas os artigos doutrinários, nem só decisões jurisprudenciais, mas há expressa referência à reabilitação social como fim da pena em textos constitucionais e Códigos Penais e projetos de Códigos Penais e de Execuções, consoante prescreve, por exemplo, o § 3.005 do Projeto do Código Penal Federal americano (Study Draft of a New Federal Criminal Code 1970), segundo informa com precisão o penalista HELENO CLAUDIO FRAGOSO, em sua obra PENA E CULPA, publicada na revista Ciência Penal, n.º 1, pág. 2.

A emenda Constitucional de 1969 manteve o texto da Constituição Federal de 1967, agora, porém, no § 13, do art. 153.

A Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, que dispõe sobre Normas Gerais de Regime Penitenciário, já no seu art. 1.º, I, estabelece: "São normas gerais de regime penitenciário, reguladoras da execução das penas criminais e das medidas de segurança detentivas, em todo o território nacional:

I — A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DE MODO QUE A CADA SENTENCIADO, CONHECIDA A SUA PERSONALIDADE, CORRESPONDA O TRATAMENTO ADEQUADO."

Individualização? Pergunta ROBERTO LYRA (Novo Dicionário de Direito Penal, vol. III, pág. 112) "Presos de personalidades e costumes opostos, são e doentes, finos e grossos, cultos e ignorantes hão de identificar-se, dia e noite, em todos os momentos, inclusive na mesma célula, na mesma mesa, no mesmo pátio, senão na mesma "cama" muitas vezes, o chão. A prisão não permite a individualização. A base do processo 'regenerador' é suposta na cominação, na aplicação e na execução."

O grande mestre dá um caráter bastante cético à sua apreciação em torno da individualização da pena.

Entretanto, a individualização, que tem base na Constituição e na lei ordinária, se confirma na esfera judiciária, quando o Juiz, voltado ao art. 42 do Cód. Penal, fixa a pena.

Aliás, é o que consagra, também, o novo Código Penal (Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, no art. 52), quando refere que o Juiz, ao fixar a pena privativa de liberdade apreciará: a gravidade do crime praticado; a personalidade do réu. O Juiz ainda levará em conta: a intensidade do dolo ou o grau da culpa. Outrossim, considerará; a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar.

Mas o que ainda é considerado fundamental: ao fixar a pena o Juiz observará os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

Está, pois, consagrado, em sua plenitude, no novo Código Penal Brasileiro, o princípio da INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, antes previsto na Constituição Federal.

Já no sistema do Código Penal de 1940 a aplicação da pena vem sendo feita individualizada. Ora, o legislador já preceituou que desde o inquérito policial se colham, em relação a cada réu, todas as circunstâncias judiciais indispensáveis ao estudo de sua personalidade e do seu crime.

Há outros aspectos que a lei não contempla: no estudo da personalidade do réu merece ser apreciada também a resistência orgânica do mesmo. Assim, um enfermo não resistirá a prisão como um homem robusto. Certos tipos de doenças não permitem determinados regimes alimentares, sem graves prejuízos à saúde.

O Prof. LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO em sua excelente obra "Da capitulação dos crimes e da fixação das penas", alerta, também, para o aspecto do clima. Certos enfermos não resistem a determinados climas.

É, pois, à administração penitenciária que cabe supletivamente importante papel na "individualização da pena."

E nessa difícil missão, de certa forma, também o dirigente penitenciário julga, eis que lhe está afeto o encargo da classificação dos sentenciados para efeito do tratamento penitenciário adequado e cumprimento da pena em estabelecimentos especializados.

Desde logo, nos vem, pois, à mente, a frase de DOS-TOIEVSKI: "Só os inocentes têm o direito de julgar".

Assim, é sumamente importante a formação do pessoal penitenciário, especializado, para que possa exercer sua importante e difícil função na classificação dos delinquentes e, principalmente, na INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.