

# Enfoques constitucionais da pena e a problemática de sua execução

ROSAH RUSSOMANO

Professora Titular de Direito Constitucional e de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas — RS

Com a queda da sociedade corporativa, com o ocaso do absolutismo, impôs-se, no cenário do século XVIII e na moldura ocidental, a sociedade individualista.

A pessoa humana que, até então, permanecia flexionada ante o Poder, que a subjugava e vilipendiava, passou a erguer-se perante o mesmo, armada, já agora, de direitos que se tornaram oponíveis ao Estado.

De direitos, portanto, que se revestiram, como se revestem, de um caráter negativista.

As Constituições daquele período histórico surgiram, assim, como um instrumento decisivo, na estruturação dos Poderes estatais, e como um decisivo instrumento, na Declaração dos Direitos Individuais.

Cristalizados nas novas Leis Supremas, estes direitos, enraizados, como tantos o proclamam, na filosofia cristã, não simbolizaram, consoante no-lo afirma MIRKINE GUETZEVITCH, o resultado das elucubrações desta ou daquela

---

Aula proferida no Curso de Especialização em Ciências Penais, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), e reproduzida com base no esquema utilizado.

corrente ideológica; não encarnaram a consequência desta ou daquela estrutura econômica; mas, sim, representaram a obra "do pensamento político, social e moral de todo o século XVIII".

...

A ideologia liberal, que marcou aquele instante histórico, projetou-se ao nosso País.

Os direitos individuais que, na expressão de RUI, são os que fazem parte integrante da personalidade humana, simbolizando os direitos de que todos os outros provêm; os direitos individuais, que são oponíveis ao Estado, impondo-lhe a abstenção, cerceando-lhe os poderes, encapsulando-o nas prerrogativas que se concedem ao homem, como valor isolado; os direitos individuais, dizíamos, foram consagrados em nosso meio, quando da outorga da Constituição Imperial. E foram reconhecidos pelas Leis Supremas republicanas.

Dentro e fora de nossas fronteiras, como decorrência natural da evolução ou como decorrência de crises jurídico-políticas, sofreram compressões ou alterações de relevo.

Persistiram, porém, em sua essencialidade.

Se, pois, imergiram por vezes, reemergiram de pronto, num seguimento da evolução, tal como no-la revela MARITAIN, em seu célebre *Cruzeiro*, onde, no plano do homem, há quedas e há subidas, mas no qual se acaba impondo a tendência derradeira à ascensão.

...

Nossa Constituição Imperial, insistimos, reconheceu os direitos individuais, inspirando-se no exemplo francês.

Cingiu-se, destarte, a uma declaração teórica. Dentro das concepções da época, porém, satisfaz plenamente, pois que seguiu de bem perto o sistema adotado pelas demais nações civilizadas, chegando a avantajá-lo a muitas, pela prodigalidade com que os reconheceu.

Se, realmente, não se lhes imprimiu, àquela época, a amplitude necessária — excluindo-se, por ex., de seu âmbito de ação os estrangeiros que aqui residissem e, ante as circunstâncias do momento histórico, parte enorme de nossa população, simbolizada nos escravos; se houve omissão, quanto à liberdade de culto, abraçando o Estado, oficialmente, uma determinada religião, o indivíduo, em princípio, foi considerado depositário de direitos que cerceavam o arbítrio e a prepotência das autoridades.

Sob o influxo das idéias humanitárias do século XVIII, as penas mais cruéis, que vinham sendo progressivamente abrandadas, alcançaram, em nosso contexto constitucional, sua atenuação.

Aboliram-se os açoites, as torturas, as marcas de ferro e demais atrocidades.

Com a primeira lei básica republicana — de 1891 —, tendo-se em grau ainda mais elevado a pessoa humana, suprimiram-se a pena de galé (que consistia em andar o sentenciado com uma calceta ao pé, preso a outro por

uma corrente, ou permanecendo grilhetado isoladamente), a de banimento judicial, bem como a de morte, respeitando-se, neste caso, as disposições militares em tempo de guerra.

Detendo-se, aliás, naquela Lei Suprema, lembra RUI que — “onde a Constituição republicana se avanta à imperial, com uma distância incomensurável, é em que a Constituição de 1824, como as Constituições francesas e todas as Constituições monárquicas, não dotava estes direitos de um escudo, não cometia a proteção deles aos tribunais, o que nossa Constituição vigente veio a realizar de modo completo, cabal e perfeito”.

A Constituição de 1891, pois, embasando-se na norte-americana sob relevantes aspectos — sem que, porém, se desvinculasse da influência francesa, donde o revestir-se nosso constitucionalismo, àquela época, de um caráter franco-americano —, traçou o fio diretivo, seguido pelas demais Leis Supremas, dentro de nossas fronteiras.

Não só, portanto, insistimos, declarou os direitos, como lhes assegurou a sua existência e a sua recuperação, no caso de serem violados, por meio da proteção judiciária.

Não mais se teve em vista, portanto, relacionar, simplesmente, os direitos individuais.

Houve, desde aquele período, a preocupação de deixarem-se expressas as *garantias* que, encaradas em sentido estrito, constituem as “solenidades tutelares, com que a lei circunda algum desses direitos, contra os abusos do poder”.

Paralelamente, dilatou-se a abrangência dos direitos em pauta, estendendo-se os mesmos a todos os brasileiros — abolida que fora a escravidão —, bem como aos estrangeiros residentes no País.

...

A problemática inerente à *pena*, como já teremos depreendido das remissões efetuadas aos textos básicos de 1824 e de 1891, foi contemplada pelo nosso constitucionalismo. A orientação traçada, pelas Constituições mencionadas, foi seguida pelas que se lhes pospuseram.

Visando a subtrair o individuo ao despotismo, à tirania, à injustiça; buscando resguardá-lo física, psicológica e moralmente, nossas leis fundamentais cristalizaram, repetimos, diversos dispositivos conectados à PENA.

E assim devera ser, pois tudo quanto à mesma se relaciona necessita erigir-se sobre base sólida. Numa palavra, os preceitos a ela inerentes, já pela sua própria essência, têm que permanecer incrustados na Constituição, que encarna, nós o sabemos, a cúspide do Direito Interno de cada país, marcado por uma “estrutura escalonada”, como no-lo demonstra — e cristalinamente — a célebre pirâmide kelseniana.

E assim devera ser, refrisamos, porquanto, quer nos atenhamos à concepção da Escola Clássica, que, na pena, encontra um caráter retributivo; quer nos prendamos ao pensamento dos positivistas ou dos neo-positivistas, que lhe emprestam o cunho de sanção aflitiva, imposta pelo Estado através da ação

penal, conforme o acentua SOLER; quer nos ajustemos às idéias da Escola Técnico-Jurídica, que nos oferece um novo conceito, considerando a pena como REAÇÃO JURÍDICA CONTRA O CRIME, e ao NEO-DEFENSISMO SOCIAL, que nos aponta o caráter utilitário da sanção penal, recomendando sua aplicação em favor da sociedade e em benefício do réu, não se poderá conceber que os ditames que lhe são pertinentes, traduzindo, como traduzem, direitos peculiares ao indivíduo, permaneçam, em seus lineamentos genéricos, entregues ao sabor das flutuações próprias da lei comum.

...

Para que tenhamos uma noção, epidérmica embora, de como nosso constitucionalismo vem contemplando a matéria, mister se torna que apontemos, preliminarmente — para, de imediato, efetuar a abordagem dos mesmos —, os princípios inerentes à pena, colocando em pauta a de PRISÃO, que corta uma das liberdades mais preciosas do ser humano — a sua liberdade de ir e vir.

Temos, assim, numa enumeração exemplificativa, os PRINCÍPIOS:

- a) da LEGALIDADE;
- b) da COMUNICABILIDADE DA PRISÃO;
- c) da PERSONALIZAÇÃO OU INCONTAGIABILIDADE;
- d) da INDIVIDUALIZAÇÃO;
- e) da RETROATIVIDADE OU DA RETROINCIDÊNCIA DA LEI PENAL BENÉFICA.

...

a) O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, provindo da MAGNA CARTA, promanando do espírito que acentuou as Declarações de Direitos do século XVIII, traduziu-se, entre nós, no ALVARÁ de 5 de março de 1790 e no DECRETO de 23 de maio de 1821.

Constitucionalizou-se o princípio referido através da Constituição de 1824. E não mais se desprende de nossa sistemática constitucional.

A fim de que seja válida a pena, necessário, pois, é que, preliminarmente, se alicerce em LEI ANTERIOR, que se trate de ESPÉCIE PREVISTA EM LEI.

O antigo brocardo — “Nullum crimen, nulla poena, sine lege”; a velha fórmula dos anglo-saxões, segundo a qual ninguém poderia ser sentenciado senão “by the law of the land” ou “by due process of law” — foram consagrados entre nós, ao longo dos anos.

O juiz, pois, hoje como ontem, surge tão-só como juiz. E não mais como jutz-legtsladur.

Atua liberado da mácula que recaiu sobre as justiças de outrora, caracterizadas pela arbitrariedade e pelo despotismo.

Em síntese: *inexistindo lei, que efetue referência ao crime e à pena e, mais do que isto, face aos ditames taxativos de nossa Constituição, inexistindo autoridade competente, que exare ordem de prisão, esta, em princípio, não poderá ter lugar.*

Se tiver, ir-se-á ao arripio do comando constitucional.

...

Para que se penetre, porém, no sentido da expressão — *autoridade competente* —, devem ser pinçadas e analisadas as determinações das leis processuais. Neste caso, vem à tona a legislação federal.

E, ainda, pinçados e analisados devem ser os preceitos da Organização Judiciária, uma vez que existem regras jurídicas interligadas ao assunto, como as discriminações, em que se inclui a “*ratione loci*”. Nesta hipótese, à tona vem a legislação local.

...

Abre-se brecha à necessidade ou à exigência de *ordem escrita da autoridade competente*, para a validade da prisão, quando houver *flagrante delicto*.

A expressão *flagrante*, que se origina de *flagrans*, ardente, queimando, faz-nos entender, por extensão, que, no *flagrante delicto*, há o delito visível, incontestado, que atinge em cheio todo o nosso sensorio. Que nos defere, enfim, a plena posse da evidência.

Ante esta situação, se a AUTORIDADE POLICIAL estiver presente, *poderá e deverá* efetuar a prisão.

QUALQUER PESSOA, a seu turno, *poderá* fazê-lo. Sem estar, pois, é de ver-se, obrigada a tal.

A possibilidade em pauta tem sua razão de ser, porquanto a prisão, no caso, traduz, como no-lo ensina o jurista, *ato estatal*. Inexiste *medida policial*.

Quem a efetua, pois, exerce *poder de tutela jurídica* — que é, nada mais, nada menos, do que *poder estatal*.

Não há dinamização do *poder de polícia*.

...

b) No atinente ao PRINCÍPIO DA COMUNICABILIDADE DA PRISÃO, observamos que, na Constituição republicana de 1891, já se visualizava o mesmo.

Frisava o texto que, aos acusados, se asseguraria a mais *ampla defesa*, sendo de notar-se, aliás, que o princípio de direito à defesa se superpõe a qualquer atividade legislativa ou judiciária, sendo anterior ao princípio da contraditoriedade processual — e também a ele se sobrepondo.

Ao acentuar a amplitude de defesa, referência ainda efetuava aquele texto à *nota de culpa*, que deveria ser entregue, no prazo de 24 horas, ao preso,

sendo assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas.

A Constituição de 1934 — adotando a orientação seguida, em sua essência, pelas leis fundamentais de 1946 e de 1967 — falou, expressamente, *na comunicação ao juiz competente*, encontrando, nesta comunicação, um meio de suprimir-se as prisões ilegais.

Não mais efetuando remissão à nota de culpa, estatuiu, pois, que a prisão ou a detenção de qualquer pessoa fosse, de imediato, comunicada ao juiz competente, para os fins de direito, especificados no texto.

Como logo se infere, se o *juiz competente* foi quem ordenou a prisão, houve, na expressão do jurista, “cognição judicial imediata”. Portanto, prévia.

Se não, o *juiz competente* deverá ter conhecimento da mesma. Rápida, pronta, imediatamente.

Deste modo, de acordo com a terminologia em vigor, o magistrado relaxará a prisão, se esta não for legal.

Quem prende ou detém, pois, sem procrastinações, sem apreciações subjetivas, relativamente ao lapso de tempo em que se projetará sua atuação, efetuará a comunicação ao *juiz competente*, sendo a mesma acompanhada do auto de flagrante — se for o caso.

A formalidade é de tal relevância que, no ensinamento doutrinário, se a comunicação não se efetuar com celeridade, a prisão, mesmo que justificada, se tornará ilegal.

c) Estabelecida a pena, seja esta qual for, cingir-se-á à PESSOA DO DELINQUENTE.

É o reconhecimento, entre nós, do princípio da INCONTAGIABILIDADE DA PENA (OU DE SUA PERSONALIZAÇÃO) — fixado pela Constituição imperial e pelas republicanas, exceção feita à Carta de 1937, omissa a respeito, embora àquela época, segundo os que se votam ao assunto, se faltou o texto, o princípio, em si, continuou valendo...

A consagração do mesmo desfaz toda uma larga e dolorosa experiência, da qual emergiram os casos em que a pena se projetava para além — e, por vezes, muito além — da pessoa responsável.

Se, em tempos que se perdem nas franjas da História, o homem fazia com que sanções infletissem sobre coisas, distinguindo-se, como exemplo expressivo, o julgamento de uma estátua, efetuado no século IV, porque a mesma esmagara um indivíduo; se, já em época próxima de nós, por força das Ordenações Filipinas, a pena e a infâmia se transmitiam aos filhos e aos netos; se a Inconfidência Mineira provocou legislação estendendo restrições aos descendentes dos réus, incursos também no crime de lesa-majestade; se houve, em suma,

através dos séculos, violências, odiosidade, ilogia, a transbordar dos preceitos normativos, hoje, o texto constitucional, seguindo, repetimos, o fio diretivo proveniente do período imperial, volta a ser terminante a respeito.

Alto e bom som, é proclamada a regra jurídica da INCONTAGIABILIDADE DA PENA, regra esta que é terminante e concludente.

O que significa que é bastante em si, tornando-se, na expressão alienígena, "self-executing", ou "self-acting", ou "self-enforcing", ou, ainda, na expressão de JOSÉ AFONSO DA SILVA, norma constitucional dotada de plenitude de eficácia.

...

d) *A contrario sensu*, o PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA — sobre o qual teceremos maiores considerações, face às suas múltiplas conotações — constitucionalizou-se em nosso meio tão-só em 1946. Ainda em 1967 foi, de acordo com o ensinamento de PONTES DE MIRANDA, concebido como regra de natureza apenas programática.

Não é, pois, bastante em si. Não se reveste de eficácia plena. Não gera direito público subjetivo, em seu aspecto positivo. Não constrange o legislador a legislar. Não impõe a ação ao administrador.

Entretanto, como norma constitucional de eficácia limitada, como norma programática, produz direito público subjetivo, embora sob o ângulo negativo. Ou seja — o legislador não é obrigado a legislar, como o administrador não é obrigado a atuar, ante o que estatuído foi. Entretanto, se o fizerem, não o poderão fazer contrariando o que o texto supremo determina, como uma das grandes reivindicações do constitucionalismo moderno.

...

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, por definição, leva em linha de conta toda uma gama de fatores determinantes, a exemplo da personalidade do agente, dos antecedentes, da intensidade do dolo ou da culpa, das circunstâncias que o enredaram.

Alicerçando-se, como vimos, na Constituição, a INDIVIDUALIZAÇÃO, se considerarmos a pena de PRISÃO, opera-se em três planos — no POLICIAL, quando começa a esboçar-se; no JUDICIAL, quando se concretiza; no PRISIONAL, quando se dinamiza.

Sob o ângulo de sua APLICAÇÃO, ou seja, de sua IMPOSIÇÃO, traduz-se, como no-lo ensina o jurista, na escolha de sua *qualidade* e na dosagem de sua *quantidade*.

Estas atribuições cabem ao *magistrado*.

Sob o prisma de sua EXECUÇÃO — quando surge o REGIME DA PENA —, vem a caber a individualização à *administração* do estabelecimento onde a mesma deve ser cumprida.

Releva, pois, na execução, o REGIME PENITENCIÁRIO — do domínio do Direito Penitenciário que, como logo se conclui, tem grande elo com o Direito Penal —, sobre o qual a União é competente para legislar.

Traça, porém, tão-só as NORMAS GERAIS, eis que, aos Estados-Membros, cabe a COMPETÊNCIA SUPLETIVA para dispor sobre o assunto, respeitando a lei federal, mas ajustando-a, já se vê, às necessidades que se diversificam, de uma para outra unidade de nossa federação (Const. Fed., art. 8º, XVII, letra c e parágrafo único).

...

Há, é certo, penas que se não conectam à privação da liberdade — a exemplo da multa, das interdições de direito, da publicação de sentença. E há, em casos excepcionais, a pena de morte, reconhecida ou acatada mais ou menos amplamente, de acordo com os problemas que estão ou vão sendo colocados em pauta, ao longo do processo histórico nacional.

Relevam, entretanto, em todo este contexto, as que se relacionam à *privação da liberdade*.

Dentre as penas que cortam a liberdade — e cuja execução apresenta extenso e intenso interesse para o grupo social —, distinguem-se, como de todos sabido é, as de *reclusão* e de *detenção*.

Apartam-se uma da outra, de vez que, por exemplo, na *reclusão*, pode haver período inicial de isolamento durante o dia, o que inexiste na *detenção*. E de vez que os crimes, punidos com reclusão, em princípio, não admitem fiança, ao passo que os que são alvo de detenção, também em princípio, a admitem.

As diferenças pertinentes ao trabalho obrigatório — que, na *reclusão*, seria escolhido pela Direção do Presídio e que, na *detenção*, poderia ser escolhido pelo detento —, bem como as relativas ao *sursis*, estas diferenças foram suprimidas pela Lei nº 6.416, de 1977.

...

Uma vez que a INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA — que, no ensinamento de PONTES DE MIRANDA, apresenta perigos, de vez que pode ser excessiva, errada ou injusta — assume especial tônica quando de sua *execução*; uma vez que, através desta INDIVIDUALIZAÇÃO, se procura, não só tratar mais humana e cientificamente o criminoso, mas, também, preparar sua *ressocialização*, toda uma série de questões se nos levanta.

Como estruturar-se uma prisão, no sentido de que a dignidade humana não seja conspurcada?

Como evitar-se a superlotação dos estabelecimentos prisionais?

Como criar-se a ambiência que conduza ao abrandamento da pena?

Como seguir-se o caminho que leve, da pena de reclusão ao livramento, ainda que condicional?



A fim de solver estas indagações, ou similares, bem como tantas outras, que aumentam em progressão geométrica, à medida que nos aprofundamos no assunto, foram concebidos, gradativamente, os SISTEMAS PENITENCIÁRIOS, cujas raízes se encontram na tradicional Inglaterra.

...

Segundo no-lo afirma o jurista, debruçando-se sobre o ontem, sobre o período em que estava a findar o século XVIII, HOWARD, inglês, votado à filantropia, viajara de seu país para Portugal, visando a auxiliar as vítimas do terremoto de Lisboa.

Sendo seu navio aprisionado pelos corsários franceses, foi jogado nas prisões de Paris.

Sentindo, na carne e na alma, todo o horror daquele ambiente, idealizou iniciar, em sua pátria, uma luta decisiva por um regime penitenciário mais humano e mais útil.

Obteve, ulteriormente, o apoio de BLACKSTONE e, assim, foi construída a PENITENCIÁRIA DE GLOWCESTER, exatamente em fins do século XVIII, bem como a de MILBANK, no alvorecer do século XIX.

De acordo com seu programa, haveria prisão celular durante a noite; classificação dos condenados; trabalho em comum durante um dia, de acordo com aquela classificação; reclusão solitária, como medida disciplinar.

...

Ainda em pleno século XVIII, com inspiração no penitenciarismo inglês — em que reponta o nome de uma mulher, ELIZABETH FRAY —, tiveram início as grandes Reformas Penitenciárias na América do Norte.

Em FILADÉLFIA, foi construída a prisão de WALNET STREET.

Surgiu, destarte, o PRIMEIRO DOS TRÊS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS CLÁSSICOS: O DE FILADÉLFIA.

De acordo com o mesmo, o sentenciado cumpriria a pena na cela, sem se afastar do local, salvo em raras ocasiões.

Esta prisão, adstrita à cela — e que tem suas origens na orientação da Igreja, que enfatizou a segregação, com o objetivo de favorecer a penitência, estimulando, assim, o encarceramento na própria cela, donde a expressão “prisão celular” —, esta prisão, já tentada, antes, na Itália, como “um passo à frente”, nas organizações da época, não poderia, em realidade, persistir.

Destruindo o condenado em todas as dimensões, o sistema em pauta estaria também fadado à destruição.

...

Emergiria, então, o SEGUNDO SISTEMA PENITENCIÁRIO, o de AUBURN.

No início do século XIX, o Capitão LINDS transplantou, da Holanda para New York, um sistema já imperante naquele país e mais suave do que o de Filadélfia.

Com o objetivo de aplicá-lo, foi fundada a PENITENCIÁRIA IANQUE DE AUBURN — que deu nome ao próprio sistema.

As bases deste eram distintas das que caracterizavam o anterior; mas iam também frontalmente contra a essencialidade da pessoa humana.

Impunha-se, assim, ao sentenciado, silêncio durante os trabalhos diurnos, efetuados em conjunto. E isolamento durante a noite.

O SISTEMA DE AUBURN que, em verdade, apenas atenuava o de FILADÉLFIA, tendo, no fundo, os vícios que prejudicavam este, falhou também no terreno prático.

E isto porquanto se continuava a violentar a natureza humana, comprimindo-se o instituto de sociabilidade, pela imposição do silêncio forçado.

De mais a mais, foram surgindo novas exigências e novas necessidades candentes, distinguindo-se, entre elas, as relativas à classificação exata dos delinquentes, à individualização da pena e à recuperação ou ressocialização dos sentenciados.

Despontou, enfim, o TERCEIRO SISTEMA CLÁSSICO, na esfera do penitenciarismo, denominado de — PROGRESSIVO.

De acordo com suas linhas gerais — delineadas, por sinal, na Inglaterra —, haveria um período inicial de isolamento; um outro, em que o sentenciado trabalharia com os demais; um outro, em que já visualizaria uma semiliberdade, trabalhando, de preferência, em colônia agrícola e, ainda, um derradeiro, em que atingiria a liberdade condicional (obtendo o seu "ticket of leave"), a liberdade sob vigilância, até o término da pena.

...

Em nosso meio, frisam alguns juristas votados ao assunto, a Lei nº 6.416, de 1977, a que já nos reportamos, não adotou o SISTEMA PROGRESSIVO, mas *um* SISTEMA PROGRESSIVO.

Por força daquele preceito normativo — que, ao fim e ao cabo, procura a RESSOCIALIZAÇÃO DO DELINQUENTE —, parte-se do isolamento diurno, que não recai sobre os condenados à detenção; passa-se por vários estágios, em que os horizontes se vão abrindo, a mais e mais, até atingir-se a liberdade condicional.

...

Para que, entretanto, se percorra este caminho, que é o que o Estado de hoje busca seguir, mesmo que a forma dos ditames legais seja distinta daqueles que se projetam em nosso meio, mister se torna que haja condições de infraestrutura, que exista o desenvolvimento necessário, para que se efetive, cientificamente, isentamente, a identificação do sentenciado, durante o período em

que a pena se vai desdobrando. A medida, pois, que o tempo rola... e que se lhe estendam, real, concreta e humanamente, possibilidades de, em se liberando, reencaixar-se no grupo social.

De modo paralelo, pois, mister se torna que haja uma ambiência penitenciária de alto nível, com pessoal qualificado em todos os escalões que estruturam os estabelecimentos prisionais, para que o *tratamento* a ser ministrado aos presos venha a ser o adequado e o justo. Para que, no mínimo, tal como reza a Constituição vigente, haja, por parte das autoridades, o **RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO DETENTO E DO PRESIDÁRIO**.

Este ditame, insolitamente inserido em nossa Lei Suprema, é criticado de modo áspero e frontal por PONTES DE MIRANDA, que o acusa de fazer-nos regredir cerca de 100 anos...

Em nosso entender, como tudo quanto há no mundo, se apresenta este verso negativo, apresenta, também, o seu reverso ou averso, o seu lado positivo.

Emergindo, como a Constituição em si, de uma difícil conjuntura, teve em mira pré-excluir, num País que se ressentia de mil e uma precariedades, porquanto ainda está longe do desenvolvimento sonhado e da aplicação, digamos, de uma **TEORIA SINCRÉTICA DA PENA**, como a formulou CURY, tem em mira pré-excluir, acentuávamos, a prática de torturas físicas e psíquicas sobre quem já teve subtraída a liberdade.

Se houve um recuo nosso, houve, paralelamente, um mérito — o do reconhecimento de nossas circunstâncias, quando se incrustou a determinação no texto constitucional.

e) O texto constitucional, aliás, ainda no ensinamento da doutrina, no atinente à matéria que vimos tentando expor nesta digressão, não obedeceu à boa técnica legislativa.

Ao invés de terem sido contemplados, em primeiro lugar, os princípios constitucionais relativos ao direito penal material, para, em segundo, contemplados serem os de direito penal processual, os assuntos foram espalhados pelos diversos parágrafos do art. 153, tendo havido inequívoca inversão, no § 16 do artigo referido.

E isto porquanto, neste preceito, antes de se acentuar o direito a ser punido somente pela lei anterior (**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**), fez-se referência à **CONTRADITORIEDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL**.

Por outro lado, prejudicando-se clareza e tecnicismo, não se estabeleceu, simplesmente, que "a lei nova incidiria, apenas se fosse mais branda", fixando-se, destarte, que a "lei anterior será observada, salvo quando agravar a situação do réu".

De qualquer sorte, a lei penal que, em regra, não retroage, passa, ainda uma vez, a ser retroativa, quando for mais favorável ao acusado.

E a consagração do PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA, da RETROATIVIDADE *IN MITIUS*, já defendido no século XIV, pelos juristas italianos e que, em nosso meio, se constitucionalizou em 1934, sendo que a Carta de 1937 frisou que as *penas estabelecidas ou agravadas em lei nova não se aplicarão aos atos anteriores*...

Aquela retroatividade, observe-se, apresenta abrangência acentuada, porquanto o texto constitucional firma, sem restrições, a incidência retroativa, a retroincidência da lei penal, quando mais doce. Esta, pois, retroincidirá, mesmo que tenha sido prolatada sentença condenatória. Mesmo que haja passado em julgado a sentença de condenação.

Bem no-lo esclarece PONTES DE MIRANDA, quando frisa que, uma vez que a Constituição não efetuou distinções, enquanto toda a pena não foi executada, a lei suave, que for promulgada e que entrar em vigor, incidirá, poderá ser invocada.

*Dar-se-á, então, a revisão criminal.*

Revisão, é de notar-se, incabível, se se quiser trazer à pauta lei mais favorável, que pertença ao pretérito — e que não apresentará condições de reviver.

Revisão, *a contrario sensu*, cabível, justificável de alto a baixo, sempre que, como vimos, puder ser invocada lei ulterior (mesmo que intermédia). Lei, numa palavra, que terá motivação para retroincidir, porque estende sobre o réu a sua maior brandura.

...

Faça à problemática que nos envolve, faça às conquistas, algumas tardias, por nós efetuadas nesta dimensão; faça ao exemplo dos Estados desenvolvidos, que valem como um apelo ou como um comando, parafraseando ROOSEVELT, para quem “nenhuma nação chegará a ser próspera, enquanto seu povo viver na miséria”, podemos acentuar que nenhuma nação chegará a ser próspera, enquanto os direitos individuais — em que pese a todas as mutações por que vem passando o constitucionalismo liberal — não forem reconhecidos como patrimônio intocável de cada um. Quer o ser humano esteja liberado, em equilíbrio emocional, quer esteja cumprindo uma sentença, coartado em sua liberdade e emocionalmente em desequilíbrio.

Esta, cremos, uma das desafiadoras verdades que os Estados modernos, em especial os que se acham a escalar os degraus do desenvolvimento, devem enfrentar com desassombro e consciência.

Se não o fizerem, verão pairar sobre si, prestes a desencadear-se, a ameaça que, um dia, o gênio de DANTE inscreveu, no pórtico de seu Inferno.