

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1974 — ANO XI — NÚMERO 42

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DURANTE A EXECUÇÃO *

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penal
e de Direito Penitenciário.

Assessora do Gabinete do
Ministro da Justiça.

I — Noção de "individualização da pena" (na fase de execução) e de "tratamento penitenciário"; **status** de condenado e eficiência dos métodos científicos e técnicos do tratamento penitenciário; conteúdo ético da pena retributiva; emenda, "tratamento" em sentido estrito ou especial; reeducação, reajustamento social. II — Identificação ou confusão da pena com uma das suas formas, isto é a privação da liberdade em prisão; suspensão condicional e livramento condicional não são substitutivos da pena, mas de uma forma da pena, por isso devem ser abrangidos pelo princípio da individualização. III — Não se pode prescindir das prisões fechadas, mas já não se pode pensar só em função delas; os problemas das prisões abertas e das restrições de liberdade sem prisão são diversos dos da prisão fechada. IV — Considerações de ordem prática, quanto ao trabalho e quanto ao acompanhamento e ajuda pós-penais. V — intervenção do Juiz, na execução penal; equilíbrio da Ciência e da Técnica com o Direito.

— I —

Individualização da pena (tomado o termo **pena** em sentido lato) não significa isolamento ou isolacionismo. Significa, sim, o tratamento jurídico penal **adequado** ao delinqüente com o seu delito, como binômio incidível. Para realizar essa individualização, o tratamento pode ser "individual",

* Versão em português, do original em francês, "L'individualisation de la peine pendant l'exécution", que foi o "rapport" enviado ao 8.º Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Paris, de 18 a 22 de novembro de 1971; o referido original se encontra publicado (pp. 27 a 35) no volume "Les techniques de l'individualisation judiciaire" que, editado pelo "Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale", Milão, 1971, contém os "rapports" nacionais e locais enviados ao referido Congresso.

como pode ser em grupo, ou em comunidade, ou no próprio ambiente social, conforme a pena que, dentro das possibilidades legais, tenha sido imposta adequadamente ao delinqüente com o seu delito.

É de notar que o sentido da palavra **tratamento** já foi discutido no "Quarto Congresso Francês de Criminologia", realizado em Strasbourg, de 10 a 12 de outubro de 1963. Foi dito, então, que a palavra tem sentido ambíguo, confundindo-se freqüentemente com "tratamento médico". Dessa ambigüidade e dessa confusão decorre o malentendido que leva a ver em cada condenado um doente ou, pelo menos, um anormal... O Pe. Joseph Vernet observou que não se pode reduzir o sentido da palavra, pois que, como é sabido, pode haver também um tratamento penitenciário e penal aplicável a condenados normais (1).

Nesse sentido amplo que deve ter a palavra no campo jurídico penal (substancial, processual, executivo), consiste no conjunto de atitudes, e atos, ações e omissões, e procedimentos, e providências para com o sujeito passivo do direito de punir (cujo titular é o Estado).

De vez que o objeto deste relatório se restringe à fase de execução da pena (ou de outra sanção penal), convém lembrar que o tratamento, no sentido que acabo de delimitar, já começa ao ser recebida a **notitia criminis** pelo órgão competente; continua através do processo, em cuja sentença condenatória se fixam as suas bases para a fase de execução. Ao passar em julgado a sentença condenatória, constitui-se, para o condenado, um **status** jurídico próprio, formado por direitos e deveres que dito condenado conserva, apesar da condenação, e de outros que surgem exatamente da condenação como fato jurídico.

Assim, quando Gisela Konopka, referindo-se ao Serviço Social Penitenciário, observa que "os clientes nesse setor apresentam todos os tipos de seres humanos, e toda categoria de problemas humanos" (2), é preciso ter, ainda, em conta, que esses "clientes" não estão em simples situação humana aflitiva, suscetível de ser valorada pelo Direito, mas que eles têm uma **situação jurídica definida**.

Seja qual for o tratamento a lhes ser dispensado, não só pelo Serviço Social, mas por qualquer outro órgão ou serviço, não pode ser meramente técnico, ou meramente científico, porque tem de ter presente que cada uma dessas pessoas tem uma situação jurídica definida, constitutiva do respectivo **status** de condenado.

(1) Simone Watta, "Quatrième Congrès Français de Criminologie", *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Paris, Soc. Gén. des Prisons et de Lég. Crim., 1964, N.º 2, pp. 369/370.

(2) Gisela Konopka, *Trabalho Social de Grupo*. Trad. p. Adolpho José da Silva. Rio de Janeiro, Zahar, 1968, pp. 305/306.

A eficiência (que muitas vezes não é mais que **pretensa** eficiência) da ciência ou da técnica não pode ser invocada para sacrificar ou olvidar valores humanos que, justamente por serem valores, encontram-se no campo da ética e do direito, fora do alcance da ciência e da técnica.

Por isso mesmo, quando se fala em individualização da pena (em sentido lato, abrangendo qualquer sanção ou medida admitida pelo Direito Penal), é errado entender que isso significa tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, para todos os condenados. Assim também é um contrasenso falar em individualização, e, ao mesmo tempo, precognizar educação ou reeducação e reajustamento social (ou ressocialização) para todos os condenados. Cada um tem o seu **status** próprio, com a sua própria gama de direitos e deveres, dos quais não podem ser separados os seus próprios problemas bio-psicológicos e sociais.

Não é demais lembrar que o homem não é um simples composto bio-psicológico que vive em sociedade, mas ele é um ser integral — corpo, psique, espírito — que convive com os demais, em sociedade; ele é um ser ético, por isso a sua conduta, a sua vida, não se desenvolve apenas no plano da realidade, mas na convivência e — para ser possível a convivência — ele tem direitos a exercer e deveres a cumprir. A conduta humana não é uma simples sucessão de causas e efeitos, mas é um contínuo esforço consciente e voluntário. Quem consciente e voluntariamente descumpriu o dever-ser protegido pelo Direito Penal, cometeu um delito, e por isso lhe foi aplicada uma pena, deve, através da execução da pena, reconhecer que descumpriu o dever-ser, mas podia não tê-lo descumprido — em outros termos: deve reconhecer-se culpado; havendo-se reconhecido culpado, deve assumir consigo mesmo o compromisso de esforçar-se por não mais descumprir dito dever-ser, reformulando, inclusive, se isso for necessário ou pelo menos útil, o programa da sua vida futura — em outros termos: deve emendar-se. Isto é, a pena, aplicada porque “fez o que não devia ter feito, sabendo ou podendo saber que não devia fazer, e podendo não ter feito”, é ontologicamente retributiva e punitiva; deve, porém, funcionar como meio e ocasião para a emenda. Quer dizer: assim como todos os seres humanos devem se esforçar para cumprir o dever-ser da conduta humana, todos aqueles que, descumprindo-o, cometerem um delito e por isso foram condenados, devem se esforçar para emendar-se.

Todavia, para que um condenado aceite fazer esse esforço para emendar-se, é preciso que ele não só seja dono da sua conduta, mas se sinta dono dela, responsável, pois, pelos fatos já cometidos, assim como pelos presentes e futuros.

Em apoio do que estou afirmando, cito aqui Marc Ancel, quando diz:

“C'est cette idée d'effort personnel et cette prise de conscience du tort causé, non seulement dans sa portée morale que la défense sociale nouvelle entend maintenir fermement” (8).

Como já tem sido vastamente estudado, existem pessoas cuja personalidade é normal (bem funcionante), pois que, para isso, têm as necessárias condições bio-psicológicas: saúde, equilibrado desenvolvimento da personalidade (intelectivo, afetivo, volitivo) e senso moral graças à educação recebida; são socialmente bem ajustadas (bem inseridas no convívio). Essas pessoas se, violando o dever-ser protegido pelo Direito Penal, cometerem um fato tipificado como delito, têm condições da personalidade para, com o estímulo que a condenação há de exercer sobre o seu senso moral, emendar-se.

Como já tem sido vastamente estudado, também há pessoas que não têm — no todo ou em parte — essas necessárias condições. E aqui é que está a importância e a razão de ser de tratamentos coadjuvantes da pena, que hão de variar, na sua natureza e extensão, de caso para caso, para que a função primordial, a função ético-jurídica, a função essencialmente humana da pena, isto é, a emenda, possa se operar.

Em nome da individualização da pena, portanto, haverá condenados que não precisam de nenhuma modalidade especial de tratamento, para se emendarem, mas haverá aqueles que precisam; dentre esses últimos haverá aqueles que precisam de uma modalidade de tratamento de educação ou de reeducação, como haverá os que precisam de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, ou talvez de preparação e treinamento visando ajustamento (ou reajustamento) social.

Esse papel das modalidades especiais do tratamento tem sido atribuído às medidas de segurança, com funções e finalidades, entretanto, puramente utilitárias, sem cogitação de emenda, de vez que a emenda se relaciona com a culpabilidade, enquanto que as medidas de segurança se referem à perigosidade.

Nos casos em que, dadas as condições da personalidade, não houve culpabilidade, e por isso não há por que se falar em emenda, a imposição exclusiva de medida de segurança — cuja execução era adequada a obter, tanto quanto possível (e se possível) a melhora, a cura, a correção dos defeitos, o preenchimento de lacunas etc., para que o condenado

(8) Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2.^a ed. rev. et aug., Paris, Cujas, 1966, pp. 323/324.

viesses a ter as correspondentes condições para voltar ao convívio social e nele se inserir — pareceu satisfazer o princípio de “defender a sociedade e cada um dos seus membros, contra o risco do delito”.

Nos casos, porém, em que, havendo apenas deficiência das necessárias condições da personalidade, e por isso há uma culpabilidade proporcional ao domínio da própria conduta, uma responsabilidade, pois, igualmente proporcional, quanto aos atos e fatos da dita conduta, pretendeu-se resolver o problema com o sistema do **doppio binario**. A generalidade das legislações prevê a execução da medida de segurança após a da pena, o que é um contrasenso, não só jurídico, mas também psicológico e humano, cujos resultados desastrosos nós todos conhecemos. Antecipar a execução da medida de segurança seria cometer o mesmo contrasenso em sentido inverso.

De vez, porém, que, como digo retro, para se exercer a função precípua da pena, função ético-jurídica, que é a de emenda, em muitos casos, é mister a ajuda de um tratamento (em sentido estrito) especial, é evidente que esse tratamento, como todo acessório, há de seguir o principal, inserindo-se no tratamento (em sentido lato) de execução da pena.

Pena retributiva e punitiva não quer dizer sofrimento estéril imposto ao delinqüente. O sofrimento que a pena encerra (que, para ser eficaz, deve ser razoável, justo, correspondente à sensibilidade e à dignidade humana), há de propiciar as disposições íntimas do condenado para a emenda. E se por falta, defeito ou erro de saúde, de desenvolvimento psicológico, de educação, de instrução etc. não tenha condições (ou, pelo menos suficientes condições) para isso, é preciso o auxílio do adequado tratamento acessório.

Então temos:

— Todos os condenados devem se emendar. Não “ser emendados”, sujeitos passivos da emenda; mas “emendar-se”, sujeitos ativos da emenda, sentindo-se e aceitando-se como “donos” da própria conduta. Se assim não for, eles terão um sentimento e uma aceitação latentes ou inconscientes (às vezes claramente conscientes) de serem pacientes das próprias condições e circunstâncias ou das condições e circunstâncias do ambiente, o que constitui o núcleo de muitas e muitas reincidências.

— Apesar de muito se repetir que a pena deve ser reeducativa, não é verdade que todos os condenados precisem de ser reeducados. Nesse sentido há um argumento empírico que me parece convincente: basta

olhar ao redor de nós; nós todos conhecemos pessoas que cometeram algum fato tipificado como delito, e apesar disso vivem na sociedade, convivem, talvez ocupando posição de destaque ou até de mando, com desempenho satisfatório; ninguém diz que precisem de ser reeducadas. Um dia, porém, por qualquer azar, são alcançadas pela Justiça, e são condenadas. Será que a partir desse dia vão precisar de ser reeducadas? Por quê? Só porque foram alcançadas pela Justiça? Parece que o motivo é esse, porque se não tivessem sido alcançadas, teriam continuado convivendo, desempenhando bem as suas funções, respeitadas, até à morte (como tantos casos que cada um de nós conhece...).

— Também se diz insistentemente que a pena deve visar ao reajustamento social (ou à ressocialização) do condenado. O mesmo argumento de ordem empírica que recém usei quanto à reeducação, é, *mutatis mutandis*, válido também aqui. Entretanto, deve ser observado o seguinte: o afastamento do ambiente conduz, por si só, ao desajustamento. E então, no caso daqueles que, ao serem condenados, não eram socialmente desajustados, a tarefa será de dar-lhes as necessárias condições para que o cumprimento da pena não constitua fator de desajustamento.

— Portanto: quaisquer que sejam as técnicas a serem usadas em favor da individualização da pena, devem ter presentes essas observações quanto à emenda, à reeducação e ao reajustamento social.

— II —

Nos últimos séculos, a forma de pena, senão exclusiva, a mais usada e principal, tem sido a privação da liberdade, em prisão, do que tem resultado que freqüentemente se confunde, isto é, se identifica pena com prisão (privação da liberdade). Autores há que, manifestando-se contra a pena, tais argumentos empregam que deixam perceber que, em realidade, o que eles combatem não é a pena, mas a prisão (a privação da liberdade em prisão).

Essa identificação ou confusão também se nota no fato de a suspensão condicional (da execução) da pena (privativa da liberdade) — *sursis* simples, *sursis avec mise à l'épreuve*, *sursis probatoire*, *probation* — ser considerada um substitutivo da pena, e por sua vez o livramento condicional, uma antecipação do término da execução da pena; ambos (suspensão e livramento) considerados benefícios.

Entretanto, nos últimos decênios, esse errôneo entendimento vem sendo suplantado pelo acertado ponto de vista de que a suspensão condicional da pena não é um substitutivo da pena, mas é a substituição

de uma forma de pena (privativa da liberdade), por outra forma de pena (restritiva de liberdade). Analogamente, o livramento condicional já está sendo entendido como um estágio (ou uma fase) da execução da pena, em que a privação da liberdade é substituída por restrição de liberdade. Com efeito, as **condições** que o Juiz estabelece, em ambos os casos, constituem restrições da liberdade, cuja observância é afluente, acarreta sofrimento, que há de estimular as necessárias disposições para operar ou consolidar a emenda. Ao mesmo tempo, "o tanto" de liberdade deixada (em caso de suspensão condicional) ou restituída (em caso de livramento), serve para as exigências do ajustamento ou do reajustamento social.

Em nenhum dos casos, pois, se trata de benefício, mas de adequação da pena ao delinqüente e seu delito, conforme os ditames da individualização. Por isso mesmo, aliás, o Juiz, ao impor as condições, não pode se limitar à transcrição dos termos abstratos da lei, mas, sem sair do modelo desses termos abstratos, definir e especificar bem cada uma, conforme as exigências e particularidades de cada caso concreto.

— III —

Atualmente, ainda existem prisões fechadas, para penas de privação da liberdade; entretanto nos últimos decênios já se generalizaram as prisões abertas, para penas de restrição da liberdade, e há também (como acabamos de ver) restrições de liberdade constituindo forma de pena ou estágio de pena, sem prisão.

Não é possível prescindir das prisões fechadas, porque sempre haverá condenados que, seja pelas condições e circunstâncias do seu delito, seja pelas condições e características da sua personalidade, devem ser recolhidos a prisões fechadas. É de se almejar, porém, que as prisões abertas e as formas de restrições da liberdade sem prisão sejam adotadas e aplicadas do modo mais amplo permissível pelo Direito de Punir.

É de se notar que muitos penalistas e penitenciáristas que, no entanto, estão e desejam estar atualizados, se preocupam com os problemas próprios das prisões fechadas, como se eles ocorressem em todas as formas de pena, isto é também nas formas de restrição de liberdade, com ou sem prisão.

O exemplo mais característico é o do ajustamento social, cuja configuração é completamente diversa em cada uma dessas modalidades de execução da pena.

— Na **prisão fechada**, o condenado, ainda que, ao ingressar, não fosse desajustado, tende a se desajustar pelo simples fato de estar apartado do ambiente social e ser, do ponto de vista social, artificial o ambiente da prisão; quanto aos que já estão desajustados ao ingressar (e talvez o crime cometido se relacione com o desajustamento), essa circunstância tende a se agravar. Os contatos com o mundo exterior são necessários para aqueles, a fim de obviar tanto quanto possível o desajustamento; para estes, a fim de impedir o agravamento, e colaborar na suscitação de condições e disposições pessoais para o futuro ajustamento.

Esses contatos podem ser de duas maneiras:

- a) representantes da sociedade vão, individualmente ou em grupos, às prisões, para visitar os presos, praticar esportes, com eles, realizar representações teatrais etc. Os visitantes de prisão, por exemplo, (que, em alguns países, já constituem instituição), não fazem, pois, apenas a obra de caridade de levar um pouco de afeição, de calor humano aos presos que visitam (o que coopera para a emenda), mas contribuem para impedir o desajustamento ou favorecer o futuro reajustamento.
- b) os presos vão ao ambiente social, para visitar a própria família, freqüentar a sua igreja, trabalhar etc., tendo, gradativamente maiores oportunidades...

No caso a), via de regra todos os presos podem ser contemplados com os contatos; no caso b), não: somente aqueles cujas condições jurídicas e pessoais permitam presumir que desses contatos, que devem ser benéficos, não advenha, ao contrário, algum prejuízo.

— Nas **prisões abertas**, o problema se apresenta da seguinte maneira:

- a) os condenados que, ao ingressar não eram desajustados, terão, em razão do regime dessas prisões, os necessários contatos com o ambiente social, para manter o ajustamento.
- b) aqueles que, ao ingressar, já eram desajustados, deverão ser submetidos a psicoterapia, ou aos cuidados do Serviço Social, ou a outros cuidados que sejam os apropriados para o caso, a fim de eliminar as condições ou as causas pessoais do desajustamento, de sorte que os contatos possam ser bem aproveitados.

— Nos **regimes de restrição de liberdade sem prisão**, dá-se, *mutatis mutandis*, a mesma coisa.

— IV —

Algumas considerações de ordem prática:

1) **Quanto ao trabalho:**

a) tenho notado que, em países diversos, nas prisões, independentemente do seu regime jurídico, o trabalho, ainda que esteja sendo rendoso para o condenado, não busca as finalidades do trabalho inserido na execução da pena. Com efeito, quer para o trabalho industrial, quer para o agrícola, são usadas máquinas das mais modernas e produtivas. Isso é até motivo de orgulho para administradores e diretores prisionais. Entretanto, os condenados, quando regressarem ao seu ambiente, será que terão possibilidade de trabalhar com tais máquinas e aparelhagens? Em muitos e muitos casos, não terão. E então, o trabalho, que deve ser um coadjuvante para o ajustamento ou o reajustamento social, fica sendo, em tais condições, um fator de desajustamento, quiçá reincidência. Se, ao contrário, o condenado puder exercer o seu trabalho ou aprender outro, com meios mais modestos, porém eficientes, porque estarão ao alcance dele, das suas possibilidades, do seu ambiente e no seu ambiente, o trabalho estará exercendo a função que lhe é atribuída, na execução da pena.

b) com relação ao trabalho é ainda de notar o seguinte:

Há penalistas e penitenciáristas que o denominam indistintamente "laborterapia", quer esteja inserido na execução de medida de segurança, quer na de pena propriamente dita.

Ora, ele só será laborterapia se for um meio para obter uma desejada cura. Em caso diverso, ele será, ao mesmo tempo, um direito e um dever do condenado, como é, ao mesmo tempo, um direito e um dever de cada um de nós. Generalizar, indiscriminadamente, é ir contra o princípio da individualização.

2) **O acompanhamento e a ajuda pós-penais** são muito importantes — para a consolidação da emenda e para o ajustamento ou reajustamento social.

Entretanto, em relação ao regimen de prisão aberta, e no de restrição da liberdade sem prisão (aí incluído o livramento condicional que, como vimos, é um estágio ou fase da execução da pena — portanto não é

pós-penal), esse acompanhamento e essa ajuda pós-penal, isto é, depois de cumprida a pena em regimen aberto ou sem prisão, perde a sua razão de ser. O tratamento próprio de cada um desses dois regimens, pode se confundir, na prática, com a ajuda pós-penal. E há esse ponto importante: nesses dois regimens, o condenado permanece não só em contato com o ambiente social, mas participa dele, participa da convivência. Ao terminar o cumprimento da pena em cada um desses regimens, o condenado já estará inserido na sociedade, na convivência social, daí por que só excepcionalmente poderá precisar de ajuda.

Toda a importância do papel da ajuda pós-penal se revela, porém, quanto ao regimen de prisão fechada, em que os condenados não tenham tido, antes de recuperar a plena liberdade, um estágio ou fase de semi-liberdade ou liberdade restrita. Esses casos, é bem de ver, não são tão numerosos, como no passado, antes da adoção da prisão aberta.

Diante disso, podemos pensar que muitas obras e serviços (por exemplo, Serviço Social pós-penal, Patronatos etc.), deveriam passar por uma reforma, de sorte a se tornarem adequados às necessidades do cumprimento da pena em regimen aberto, ou no regimen sem prisão.

— V —

Procurei indicar embora muito resumidamente, conforme as exigências de um "rapport" como este, alguns pontos que, **data venia**, devem preliminarmente ser lembrados, seja qual for a técnica que se pretende empregar no tratamento dos condenados, na fase de execução penal.

Antes de terminar, lembro que a terceira seção do Décimo Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, de 29 de setembro a 5 de outubro de 1969, teve por tema "O papel do juiz na determinação e na execução das penas". As conclusões consagram a intervenção do juiz na execução da pena e das medidas de segurança (*). Exercendo as atribuições dessa intervenção, o juiz poderá permitir ou autorizar a contribuição da ciência e da técnica, cuidando, porém, que ela não venha a interferir nos direitos e deveres que compõem o **status** de cada condenado.

Desse modo, pode-se esperar que os designios da "Défense Sociale Nouvelle" possam se realizar no equilíbrio da Ciência e da Técnica com o Direito.

(*) Associazione internazionale di Diritto Penale, et al. Conclusioni del Diciamo Congrès International de Droit Pénal, Rome, 29 septembre — 5 octobre 1969, Art. Grafiche Jasillo, s/d. p. 7.