

# O Panorama Contemporâneo da Execução Penal\*

**Álvaro Mayrink da Costa**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor da EMERJ.*

## INTROITO

O aprofundamento do saber, em contínua e reflexiva clarificação e densificação, torna-se viável através de a discussão crítica cair, na expressão de Winfred Weiner, no "fascínio da criatividade". A finalidade principal desta palestra objetiva lançar um olhar crítico sobre o *panorama contemporâneo da execução penal*, diante do futuro do destino das prisões e da substituição ou abolição parcial das penas privativas de liberdade, por modelos menos aflitivos e mais pedagógicos, numa sociedade em contínuo movimento transformista, ao curso das décadas do século XXI.

1. Se a conduta viola os *padrões de intolerabilidade*, diante do conflito de interesses entre os indivíduos, colocando em risco a *paz social*, o Estado se vê legitimado a criar instrumentos rigorosos de controle. Criminalizam-se determinados tipos de comportamentos desviantes, *objetivando a proteção de bens e interesses relevantes, buscando a defesa social*, através da edição de leis. Ressalte-se, que as mais graves sanções jurídico-penais, a *pena* e as *medidas de segurança*, operam em *situações de excepcionalidade*, a fim de *garantir a segurança jurídica e proporcionar a convivência pacífica* na macrossociedade.

2. A pena constitui-se em um dos *instrumentos* mais característicos de que o Estado dispõe para impor suas normas de contenção comportamental, reconhecendo-se a vinculação axiológica expressada entre a *função da pena* e a *função do Estado*. Conclui-se que, não só a *pena* como o *delito*, encontra seu *fundamento* na concepção do Estado Social e Democrático de Direito. É uma *exigência traumática*, contudo ainda *imprescindível*, repetidamente um mal necessário, objetivando a punição como

---

\*Palestra proferida na 206ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal, no Auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 2.6.2011.

uma *finalidade socialmente útil*, numa relação de *causa* e não de *finalidade*, cuja teoria é um mar de questionamentos irrespondíveis, que se torna uma *amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens*.

3. É a principal consequência jurídica do injusto penal, causa e fundamento justificador, constituindo-se no seu antecedente lógico e pressuposto normativo. Dentro do espectro global da discussão temática, poder-se-ia afirmar que, nos tempos contemporâneos, objetiva-se *aperfeiçoá-la*, quando *imprescindível*, e *substituí-la*, quando *oportuno* e *possível*, por *medidas alternativas à pena privativa de liberdade*.

4. O legislador procura com a *ameaça penal* que os destinatários diretos da norma se abstenham de atuar e, ao mesmo tempo, mostra a todos os membros da comunidade a necessidade do *respeito aos bens jurídicos* para tornar viável a *ordem* e a *segurança* da convivência social. É a *resposta* pela realização do ato punível, consciente o autor da reprovabilidade da conduta típica, pois poderia ter obrado de forma diversa, traduzindo-se a gravidade do ato e a culpabilidade do autor.

5. Na execução, o *fundamento da pena* tem como patamar o título executório, a decisão condenatória, com a perda ou a diminuição de direitos do condenado e, no seu decurso, a busca de sua (re)inserção futura e harmônica com os padrões macrossociais toleráveis. A pena não objetiva a dor, deixando livre o condenado para recusar a proposta estatal, hipótese em que objetiva somente *neutralizá-lo* por determinado tempo para a tranquilidade social.

6. No modelo do Estado Social e Democrático de Direito, no qual nos inserimos política e juridicamente, a pena deverá cumprir uma *missão política* de regulamentação ativa da vida social, a fim de garantir um funcionamento satisfatório, mediante a proteção dos bens jurídicos, constituindo-se na última etapa do controle social. Assim, confere-se uma *função de prevenção* dos atos que atentem contra esses bens e não sobre uma hipotética necessidade ético-jurídica, respeitando-se os limites que garantam que a *prevenção* será exercida em benefício e sob o controle de *todos os cidadãos*.

7. A *política penitenciária* é a arte de saber qual o tratamento adequado e em que condições deverá ser aplicada, a fim de atingir o máximo de eficácia na luta contra a criminalidade, buscando desestimular a reincidência. A *política criminal* deve ser reconhecida através de processos

que observem: **a)** o *princípio da legalidade*; **b)** o *princípio da referência constitucional* (“*princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem dos bens jurídicos*”); **c)** o *princípio da culpa* (princípio da dignidade pessoal); **d)** o *princípio da sociabilidade* (solidariedade); **e)** o *princípio da preferência pelas reações não detentivas*. Sustenta-se a mesma hierarquia jurídico-científica entre a problemática das consequências jurídicas e a doutrina do injusto, advogando-se entre ambas uma *unidade funcional*.

**8.** É necessário, para a compreensão do injusto penal, reconhecer a *questão social-comunitária* e a *pluralidade de expectativas*, individuais e sociais, antagônicas. Há uma *pluralidade de protagonistas*, diante desse conflito real, com interesses legítimos e expectativas: a *vítima* (reparação do dano); o *delinquente* (ressocialização) e a *comunidade* (a paz social). Daí surgem modelos ou paradigmas da resposta penal do Estado: **a)** *dissuasório* (prevenir a criminalidade); **b)** *ressocializador* (reinsere e reabilita o condenado); **c)** *integrador* (reparação do dano, conciliação e paz social).

**9.** O *modelo dissuasório (a)* apresenta sérias limitações pela incompatibilidade estrutural com os princípios informadores do ordenamento jurídico (efeito puramente intimidatório da pena), enquanto o *modelo ressocializador (b)*, de origem humanística, destaca-se pelo seu realismo, importando-se somente pelo impacto efetivo do castigo, absorvendo a questão social do problema penal; já o *modelo integrador (c)*, mais completo, teoricamente alcança o objetivo-alvo do modelo estratégico das políticas públicas de segurança. Visa a capacitar o recluso para, no futuro, levar uma vida com responsabilidade social sem o cometimento de novos delitos.

**10.** A *execução da pena objetiva proteger* a sociedade da comissão de novos injustos penais. O êxito da socialização é o que atende ao binômio *correção do indivíduo e segurança social*. O que se espera do *egresso* não é apenas abster-se da realização de novos injustos, não reincidir, mas sim tornar-se um *cidadão pleno* de suas responsabilidades perante a comunidade.

**11.** Considera-se que o *conceito de ressocialização* é ambíguo e impreciso, mas que a polêmica não é vazia ou meramente acadêmica. Sob tal bandeira, encontramos o *antirretribucionismo*, concepção assistencial do Direito Penal, e o *neorretribucionismo*, versão contemporânea e atualizada do retribucionismo, que constitui uma faceta pior como expressão

do Direito Penal liberal. O *descrédito* da pena de prisão é uma secular consequência da *crise do sistema prisional* que atinge toda a sociedade, sob o aparato de *terror repressivo*, questionando na teoria e na prática o *conceito de ressocialização*. Aduza-se que a massa carcerária, pobre e miserável, nem sequer foi inserida no contexto social, vivendo marginalizada das pautas macrosociais. A grande onda de construções de penitenciárias de segurança máxima sufoca qualquer pretensão ressocializadora, pois *o mal da prisão é a própria prisão*, o mal da pena é a própria pena.

**12.** Bacigalupo recorda que o *conceito de ressocialização* se converte em sinônimo de *execução humanitária do castigo*. Os programas ressocializadores máximos não respondem à *ideia de autodeterminação*, mas só de *imposição*, assumindo a pena, *objetivos autoritários e impróprios* de manipulação do indivíduo, com o custo de sua liberdade e de outros direitos fundamentais, constituindo-se em atividade abusiva do Estado. A questão apresenta facetas *positivas* e *negativas*. As *positivas* se traduzem nos aspectos humanísticos da função penal, pois num Estado social e intervencionista, as *assistências* são a arma, capaz de minorar o fracasso da pena retributiva, e a *política criminal ressocializadora* seria a *terceira via* para a solução da utopia retribucionista. De outro lado, as *negativas* constituem uma função penal exclusivamente dirigida para a *ressocialização* comprometendo as exigências da prevenção geral, visto que não se pode esquecer os interesses macrosociais e a vítima do injusto penal. A *execução da pena* deve possibilitar a *(re)inserção futura*, o que requer uma *intervenção eficaz*, que exige um sólido modelo conceitual com *programas estruturados, claros e duradouros*.

**13.** Hassemer, defensor da *prevenção geral positiva limitadora*, destaca que sobre o conceito de (re)socialização gravita a circunstância da relevante impossibilidade de se poder apontar resultados mensuráveis, não se esquecendo de que o *Direito Penal da resposta social* tem a necessidade de *buscar uma justificativa*, o que aumenta a carga sobre os *fins da pena* imposta aos condenados para a realização dos objetivos propagados. Em concreto, as penas de prisão *estigmatizam* e *desassocia*m, pois a *educação para a liberdade* não se realiza através de sua privatização. O sistema prisional *isola* o condenado e o *neutraliza* social e politicamente, constituindo-se em uma *instituição de controle e vigilância total*.

**14.** A *crise do pensamento ressocializador* é resultante da contradição de que, dentro da prisão tradicional, jamais se poderá levar avante

um *programa de reforma* do apenado, não oportunizando a sua inserção pela manutenção da exclusão social e da estigmatização do cárcere. Continua-se, no início da segunda década do século XXI, a repetir uma inverdade de que ao retirar o indivíduo do convívio macrossocial se deseja *ressocializá-lo* no contexto deletério da microssociedade.

**15.** Os juristas ainda não conseguiram resolver a complexa temática de aspirações contemporâneas que gravitam sobre a velha questão e continuam perseguindo soluções românticas ou pseudo-realistas que repousam na volta ao museu da história. Contemporaneamente, ainda encontramos um pensamento como de Jakobs sustentando que o Estado, para lutar eficazmente contra o *inimigo*, deve impor penas *desproporcionadas* e *draconianas*, *penalizar condutas inócuas* ou distantes de serem uma real e efetiva ameaça ou perigo ao bem jurídico, *eliminando* o mínimo de custas garantistas e *direitos* ao indivíduo no processo penal. Ao seu entender, diante da *sociedade contemporânea de risco*, a única via seria dirigir o Direito Penal para o *restabelecimento* através da pena da vigência da norma violada, *revitalizando* a confiança dos cidadãos na segurança normativa. O que se questiona é a *compatibilidade* com o Estado do Direito e o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais.

**16.** Ferrajoli escreve que o grau de dureza tolerável das penas está diretamente ligado ao grau de desenvolvimento cultural de cada ordenamento, sendo possível a *longo prazo* imaginar-se uma drástica duração do tempo de prisão, buscando-se manter o condenado no cárcere. A pena de prisão impõe a *aflição física e psicológica* (solidão, isolamento, disciplina carcerária, perda da sociabilidade e da afetividade, enfim, da *identidade*). Para Ferrajoli, tais sofrimentos físicos e mentais retiram os requisitos de *igualdade, legalidade e jurisdicionalidade*. A instituição carcerária “*se tem transformado numa sociedade metade selvagem e metade disciplinar*”, concluindo que a prisão é “*uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial*” e, em parte, “*lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva*”. Arremata que “*o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena*” e que a superação da prisão só poderá ocorrer em um *processo gradual* ligado às *bases culturais* e à *redução das bases sociais de violência*, com a *etapa da minimização da duração da pena*.

**17.** A execução da pena só é admissível se tem por finalidade o controle social, buscando a reinserção social do condenado (*prevenção*

*geral positiva limitadora*). Se a pena tem sido historicamente combatida, principalmente as *penas privativas da liberdade de curta duração*, é porque não possui nenhuma *força de intimidação* sobre o condenado, e *não* pode exercer *qualquer ação educadora*, porque o encarceramento, teoricamente, deve ter uma *certa duração* para qualificar mão de obra do condenado, e, se possível, também teoricamente, corrigi-lo das pautas desviantes. De outro lado, familiariza-se com a vida penitenciária, que geralmente influi sobre o seu *ego* de uma forma tão profunda que chega a corrompê-lo. Acomoda-se à nova situação da vida deletéria, produto da instituição total (introdução na subcultura da prisão).

**18.** Tratar-se-á, antes de tudo, de evitar o *encarceramento, provisório* ou *definitivo*; no *primeiro*, *restringindo* a custódia provisória só nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; e, no *segundo*, *substituindo* por *pena alternativa* à pena privativa de liberdade, quando houver possibilidade de evitar a contaminação deletéria do cárcere e suas consequências. Advoga-se a *substituição do regime aberto* pela *prisão domiciliar com o monitoramento eletrônico* e, passando as três etapas do sistema progressivo a serem: *fechado, semiaberto e livramento condicional*.

**19.** A prisão exige do apenado uma total submissão e a perda de sua personalidade. O interno aceita o totalitarismo da instituição prisional e a ele se submete, sucumbindo. A subcultura da prisão é responsável pela desintegração moral e social, incapacitando para a inserção, constituindo-se, pois, em fator de reincidência. No estágio contemporâneo, o cumprimento da pena de prisão é simplesmente um episódio trágico para quem a suporta e um fator constante de conflito, colocando em risco a paz e a segurança pública. A vida na prisão se caracteriza pela subcultura específica. Sabe-se que os programas de intervenção suscitam problemas desde o mecanismo do *contracontrol* (subculturas carcerárias) até o *déficit* de generalização dos programas carcerários.

**20.** A *prisionalização* é o processo de assimilação que sofre o apenado dos *valores da subcultura carcerária*. A microssociedade apresenta um processo de aculturação, no qual o apenado vai paulatinamente se adaptando aos usos e costumes próprios para poder sobreviver. Adota novos *hábitos de vida*, ditados pela *subcultura carcerária*, que incontestavelmente modelam a personalidade constituindo-se em fator adverso à sua reinserção. No processo de *prisionalização* muito contribui a *personalidade*

e o *status socioeconômico do apenado* diante da submissão dos valores negativos impostos para o convívio carcerário durante longo tempo de reclusão. As instituições são, além de organizações formais, sistemas sociais informais, com códigos de comportamento bem definidos, que proporcionam ambiente para a aprendizagem de novas respostas sociais e reforço ou inibição de antigas respostas.

**21.** Não há efetivos e duradouros programas de *inserção*, mas de mero e simples *encarceramento* ou *enjaulamento*, gerando grupos e comandos marginais de autoproteção, que se configuram em fortes braços do crime organizado nas grandes metrópoles. É básico melhorar a atual situação das unidades prisionais e das entidades exclusivas para a interação de adolescentes infratores. Contemporaneamente, é mais fácil criminalizar os excluídos, que perderam suas referências políticas ou sindicais ficando em total estado de desproteção política e jurídica na hipótese de conflito legal, facilitando, assim, os abusos e desvios em seu prejuízo. Há evidente desordem dos modelos e paradigmas, consequência de uma crise da política criminal.

**22.** O objetivo da execução penal mais relevante é o de *criar oportunidades* para futura *(re)integração social*, buscando em uma estratégia democrática de forma participativa capacitar o encarcerado, estimulando-o a vencer a sensação de exclusão por meio de opções, respeitado o direito de ser diferente. Ao ser recolhido ao cárcere é obrigado a *abdicar* de *parte* de sua cidadania, fraturando sua personalidade, passando a *interiorizar* condicionamentos infrassociais da massa carcerária e *assimilar* hábitos e valores integrantes da cultura prisional. O rigor segregatório pleno e contínuo, ao lado da carência do real e efetivo interesse macrosocial no processo de *(re)inserção*, veda uma nova opção de vida.

**23.** A *questão carcerária* não pode ser resolvida no interior da microsociedade, como instituição total, pois o problema deve ser compartilhado por *toda* a sociedade. No Direito Penal estão inscritos os princípios de humanidade e de interesse público, sendo o *cárcere um processo falido de socialização*, principalmente no regime fechado em unidades de segurança máxima, no cumprimento de longas penas privativas de liberdade. Deve-se incitar a autoestima do encarcerado para que possa alimentar a *esperança na liberdade*, vencendo a sensação de incapacidade para a opção por nova vida, através do respeito e do apoio, desmistificando a

crença de que só a marginalidade e a delinquência são as únicas possibilidades de sua sobrevivência.

**24.** A nossa Lei de Execução Penal estatui como objetivo a ser alcançado “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”, ao passo que o art. 59 do Código Penal pátrio indica que o juiz penal ao aplicar a pena há de graduá-la “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”. A finalidade (re)integradora está diretamente ligada à modalidade da execução do cumprimento das penas privativas de liberdade, das quais infelizmente ainda não se pode abdicar, devendo, em um Estado Democrático de Direito, a prevenção ser exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos.

**25.** Nos segmentos contemporâneos, busca-se a *melhora do condenado*, que constitui o objetivo mais elevado da política criminal. Mediante a aplicação da pena, procura-se *influenciar* no apenado a *reinserção social* e, por consequência, a *não reincidência*. Para os seus defensores, a pena deve ter uma *função educativa e não aflitiva*, a fim de transformar o delinquente em um *novo homem*, respeitador da ordem social e da lei. Embora a *reinserção* esteja escrita em vários diplomas legais, normativos e constitucionais, é *inimaginável* que a prisão possa produzir *cidadãos domesticados* pela disciplina punitiva para conviverem nos padrões ditados pela sociedade dominante e, ainda depois de estigmatizados e desqualificados, para o labor produtivo. O discurso oficial legitimador das funções objetivas da pena não resiste à avaliação crítica.

**26.** A *teoria agnóstica da pena* sustenta não possuir qualquer função ou justificação jurídica, sendo tão só um *ato político de poder*, visto que não se pode justificar o injustificável. Repetindo Tobias Barreto: “*o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*”. A *pena* busca, mediante condicionamentos naturais e uma metodologia de informação, *conscientizar* o apenado a *aceitar* os valores da macrosociedade, separando os questionamentos que possam traduzir um *impasse existencial* entre o delinquente e os valores impostos e aceitos pela comunidade social dominante.

**27.** Para que a *crise da violência urbana e rural* possa ser repensada, é necessário que haja conscientização popular e vontade política de construir um sistema prisional moderno, seguro e não corrupto, pois são inacreditáveis as condições sub-humanas em que os condenados vivem nas

concentradoras de presos e xadrezes distritais ou em estabelecimentos penitenciários superlotados, na maior ociosidade e promiscuidade, alimentando, por meio de suas organizações criminosas de sobrevivência, planos e atos de ataque à sociedade aberta, para angariar *fundos* de sobrevivência carcerária. De nada valem os esforços isolados, momentâneos e não contínuos do Poder Público para sufocar focos de criminalidade sem que exista uma *política penitenciária* séria em que o conjunto da sociedade se conscientize e participe eficazmente para reverter o quadro negro da crise.

**28.** O movimento de desjurisdicionalização abarca o conjunto de processos formais ou informais de controle, buscando uma solução para o conflito jurídico-penal fora do sistema formal de aplicação da norma penal pela justiça criminal, objetivando impedir o efeito estigmatizante da pena e do cárcere, estimulando a participação na execução de políticas criminais comunitárias. Os dois processos, a *criminalização* e a *prisionalização*, constituem, na verdade, aspectos correlatos dos amplos efeitos de treinamento da vida carcerária. O *controle social* é fundamental, constituindo-se em uma ferramenta de limitação e ao mesmo tempo de opções comportamentais no processo de socialização.

**29.** O panorama contemporâneo da execução penal, visto pelas modernas regras penitenciárias europeias para o tratamento do preso (2006), elege como princípios fundamentais que as pessoas privadas de liberdade devem ser tratadas com o devido respeito aos direitos humanos e que conservam todos os direitos que não lhes foram retirados pela decisão judicial de detenção provisória ou de condenação criminal. As restrições impostas devem ser reduzidas estritamente ao necessário e devem ser proporcionais aos objetivos legítimos pelos quais foram impostas. A vida prisional deve basear-se nos aspectos positivos da vida exterior da prisão, sendo que esta deve ser gerenciada de modo que facilite a futura reintegração. A cooperação com os serviços sociais externos deve ser incentivada, assim como a participação da sociedade civil na vida penitenciária. Todas as prisões devem ser objeto de inspeção e controle governamental regular, bem como devem ser submetidas à fiscalização de uma autoridade independente. A privação da liberdade constitui uma punição em si mesma, por isso o regime dos presos condenados não deve agravar os sofrimentos inerentes à prisão. Os procedimentos disciplinares devem ser o mecanismo de último recurso e a sanção não pode envolver uma

interdição total dos contatos com a família. Cada estabelecimento deve dispor de uma biblioteca destinada a todos os presos, dispondo de verbas para recursos variados recreativos e educativos. O direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião deve ser respeitado. Os presos têm direito a se comunicarem tão frequentemente quanto possível, por carta, por telefone ou por outros meios de comunicação, com suas famílias, com terceiros e com representantes de organismos exteriores, assim como receber visitas destas pessoas.

**30.** Sabe-se que *a prisão é deletéria: não educa, não socializa, não dá condições à inserção social; portanto, a pena de prisão deve ser substituída por restritivas de direitos em maior escala, incentivando, pelo mérito, a progressão de regime e o livramento condicional*, restringindo o cárcere tão só em relação aos portadores de comportamentos desviantes de especial gravidade, intolerados pela macrossociedade, como forma de controle direto da segurança e paz social, através de uma intervenção garantista, assegurados os direitos humanos e as assistências diante de um Estado Social e Democrático de Direito.

**31.** A marca do século XXI será o aumento de condutas criminalizadas e de suas violações; porém, as penas serão menos aflitivas, as respostas serão amplamente modificadas, ao se reconhecer o fracasso das penas privativas de liberdade, as quais serão substituídas por um rico arsenal de consequências jurídicas, mantido o pressuposto de uma conduta punível, mas não podendo mais retroagir à direção tradicional. A macrossociedade do século XXI terá que encontrar no seu processo de desenvolvimento formas estruturais e de organização que não mais pleiteiem a pena e as suas consequências danosas.

**32.** Registre-se que, ao fazer uma pergunta a Michel Foucault, Brochier fez a seguinte observação: *“(...) estou impressionado com o fato de que as prisões estão dentro das cidades e ninguém as vê. Ou que, quando as vê, se pergunta, destraidamente, se se trata de uma prisão, de uma escola, de uma caserna ou de um hospital?”*

Ninguém quer ver a prisão. ❖