

# Os Desafios da Pena de Prisão e do Encarceramento Cautelar\*

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.  
Professor da Escola da Magistratura e Pre-  
sidente do Fórum Permanente de Execução  
Penal (EMERJ).*

Desde a tradicional fórmula de Sêneca (*punitur quia peccatum*) até a sua oposição (*punitur ne peccetur*), variam as pautas no aspecto formal, mas não de fundo, abarcando múltiplas e distintas tendências procurando construir o fundamento e a finalidade da pena, como instrumento estatal de reação punitiva, consequência inevitável da realidade do injusto, na proteção dos bens jurídicos e *ultima ratio* do controle social.

A existência do Direito Penal flui da necessidade de sobrevivência de um modelo societário que dele depende para a manutenção de suas condições básicas de convivência. A pena tornou-se uma ferramenta indispensável ao funcionamento do sistema social (*“uma amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos que são os homens”*).

Registre-se que o primeiro estabelecimento prisional com características assim definidas surge em 1552, em Londres (*“House Correction”*), que tinha a característica do recolhimento de va-

---

\*Palestra inaugural do Curso de Execução Penal para juizes proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 8.5.2009 e na 182ª reunião do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ, realizada em 13.08.2009.

gabundos, que eram obrigados a trabalhar e, somente em 1840, na Ilha de Norfolk, situada na Austrália, surge o modelo prisional progresso tendo como pilares o direito de execução penal, coadjuvado pelo princípio da proporcionalidade, visando a substituir a autoridade pela benignidade e os castigos por prêmios. As lutas de Jeremy Bentham, primeiro teórico da execução da pena, William Blackstone, comentador da legislação penal inglesa, e John Howard (“*Penitentiary houses*”) pela quebra do silêncio absoluto entre condenados e agentes, isolamento celular noturno, atividades diurnas coletivas, conquista pelo mérito do *ticket of livre*, retratam os avanços e graves retrocessos do século XVI até o presente século XXI.

Se a conduta viola os *padrões de intolerabilidade* diante do conflito de interesses entre indivíduos, colocando em risco a paz social, o Estado se vê legitimado a criar instrumentos rigorosos de controle, incriminando determinados tipos de comportamentos desviantes, com o objetivo de proteger bens e interesses de real valor jurídico e social.

A pena de prisão é uma exigência traumática, contudo *ainda* imprescindível, que objetiva a *punição* como uma *finalidade socialmente útil* numa relação de *causa* e não de *finalidade*, cuja *teoria* é um mar de questionamentos irrespondíveis. É a principal *consequência jurídica do injusto*, causa e fundamento justificador, constituindo-se no seu antecedente lógico e pressuposto normativo.

No estudo da *teoria da pena*, convergem vários segmentos cujas raízes são multidisciplinares, traduzindo-se em um esforço conjuntural para racionalizá-la e descrever seus contornos éticos. Trata-se de uma área cinza, controvertida e plena de tensões emocionais. Nos tempos contemporâneos, constata-se, nos estudos teóricos, doutrinários e práticos, a *necessidade da construção* de uma teoria na direção de um *modelo garantidor*. Desde o movimento da *Nova Defesa Social*, capitaneado por Marc Ancel, procurou-se assento na *legalidade* e na *humanidade* do sistema político-criminal, presente a ideia do Estado Democrático de Direito em toda a concepção da defesa social nova, com a presença do *juiz garantidor dos direitos individuais*. A verdade sublinhada

por Roxin coloca em evidência um quadro pouco animador na direção de que nenhuma das teorias resiste à crítica.

Dentro do espectro global da discussão temática, poder-se-ia afirmar que, nos tempos atuais, objetiva-se *aperfeiçoá-la*, quando *imprescindível* e, *substituí-la*, quando *oportuno* e *possível*, por *penas alternativas*. Relevante a visão de Von Liszt de pena necessária (*oportuna e proporcional*), tornando a execução um caminhar da *desprisionalização* pela adoção e *endereços substitutivos*.

A função do Direito Penal está vinculada às concepções sobre a *legitimidade* através da realização de ideias de justiça. Assim, só se justifica o Direito Penal como um *instrumento socialmente útil*, e o valor assinalado às suas funções é o *fundamento de sua legitimidade*.

A sua história é a história de sua *abolição por estágios reformistas*, observando-se que os *avanços na defesa da dignidade humana* surgem na luta contra o poder estatal. A perda de importância da pena privativa de liberdade está ligada à pauta permanente da revisão do sistema punitivo. Já foram palavras de impacto usadas pelos penitenciarietas: *recuperação, ressocialização, readaptação, emenda, reinserção, reeducação*, em um verdadeiro processo de mistificação da “*salvação*” do delinquente. O processo de *massificação* destruiu qualquer tentativa de implantação de um sistema científico-pedagógico, tornando-o *mito da ressocialização*.

Os *males da prisão* são visíveis no *processo de rotulagem e etiquetamento* do encarcerado. É impossível reavaliar positivamente alguém oferecendo-lhe como suporte o cumprimento de pena privativa de liberdade em instituição total. No atual estágio brasileiro, o seu cumprimento é simplesmente um *episódio trágico* para quem a suporta e um fator constante de conflito, colocando em risco a tranquilidade social e a segurança pública.

Inexistem efetivos e duradouros programas de inserção macro-social, mas *mero e simples encarceramento*, gerando grupos e comandos marginais de autoproteção que se transmudam em fortes braços do crime organizado nos grandes centros urbanos.

Não se pode limitar as finalidades da pena de prisão a um único objetivo. A nosso sentir, busca, mediante condicionamentos

naturais e uma metodologia de informação, *conscientizar* o apenado a *aceitar valores macrossociais*, separando os questionamentos que possam traduzir um *impasse existencial* entre o transgressor e os *valores impostos e aceitos pela comunidade social dominante*. Na linha de Roxin, adota-se a *prevenção geral positiva limitadora*, na busca da *tranquilidade pública* e na *reafirmação das regras de convivência*, sem perder sua *função integradora*, que se desenvolve com a prevenção especial, tendo a culpabilidade como limite da medida da pena.

A *posição agnóstica* sustenta que a pena de prisão *não* possui qualquer função ou justificativa jurídica, sendo tão-só um *ato político de poder*, visto que *não se pode justificar o injustificável*. Lembra-se a lição de Tobias Barreto, que sustentava: “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”.

Jakobs se aprofundou defendendo de modo radical a prevenção geral positiva ou integradora, de caráter absoluto (reafirmação da consciência do direito), que não se diferenciaria da velha, posição *retribucionista*. Assim, defende que a pena supõe, no seu conceito, o exercício na confiança da norma e na finalidade do direito, bem como na aceitação das consequências.

Vivemos uma sociedade em funcionamento, na qual a criminalidade é um *acontecimento normal*, sendo o crime produto desta sociedade em constante transformação. Todavia, a criminalidade está vulgarizada e seus autores glamorizados pelos meios de comunicação midiática.

É desafiante a expansão do Direito Penal, que deve ser observada, no limiar do século XXI, com grandes cautelas diante das *sociedades de risco*, pois as reações devem ser ajustadas ao *estritamente necessário* para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e quando não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal da “normalidade”.

Os jovens negros e pardos, nas favelas, captados pelas facções criminosas, não possuem maior expectativa de vida, provocando o confronto com os agentes policiais, matando e morrendo, certos de que outros nascerão, crescendo e continuando uma vida

pobre, miserável, curta, sem qualquer sentido ou longínqua expectativa. O Estado exerce um enorme poder sobre a vida dos pobres, mas não por meio de programas de bem-estar social, e, sim, através do sistema prisional. A humanização das prisões continua sem decolar; a macrossociedade, com suas particularidades, caracteriza-se pela *disputa de poder*, estabelecido um verdadeiro *contrato social de sobrevivência* em que os presos vivem nas prisões *enjaulados e esquecidos*; somente acorda a macrossociedade diante das rebeliões, instrumentos negativos reivindicatórios num jogo paradoxológico de efeitos.

Nos tempos contemporâneos, os penalistas se dedicam a encontrar alternativas para a *teoria dos fins da pena*. O *thema de ressocialização* é questionado na teoria do Direito Penal, voltado às consequências: *deveria questionar não só a proteção aos bens jurídicos, mas também voltar-se à tutela dos cidadãos predispostos à sua violação*. Os conceitos de *retribuição* e *prevenção* constituem uma verdadeira e perfeita antítese, sendo, pois, inconciliáveis.

A pena é um instituto em que a resposta penal deve ser *proporcional* ao juízo de reprovação do autor pela prática do ato punível. A pena *justa* é a que é *oportuna* e *necessária*, em que o juiz mantiver na sua *aplicação* e *execução* a devida e racional *proporcionalidade* técnica em relação à natureza, à quantidade do desvalor do ato diante do *perfil do autor*, observados os princípios gerais de dignidade e solidariedade humana.

Sublinhe-se, a nossa Lei de Execução Penal, seguindo o modelo moderno, estatui como objetivo a ser alcançado “*proporcionar condições para a harmônica integração futura do condenado e do internado*”, ao passo que no Código Penal indica ao juiz que, ao aplicar a pena, há de graduá-la “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

O *fim da pena* como *instrumento de controle social*, expressado pela *intervenção mínima* e como *eventual* e *hipotética possibilidade de correção* do transgressor, não entra em *conflito com a sua natureza ética*, visto que a *proteção dos direitos da pessoa humana* se constitui em uma das *missões* do Direito Penal.

O apenado, durante a *execução* imposta, deveria adquirir uma *visão ampla e genérica dos valores éticos e sociais, e aculturar-se*, a fim de poder ser inserido no contexto social (socialização) com baixo indicador de *risco social*. Aliás, entre os velhos e novos *desafios* se encontram a implantação e real funcionamento dos *centros criminológicos* e a avaliação do *perfil do apenado* para efeitos de *classificação de ingresso* e em *casos específicos e emblemáticos de progressão e livramento condicional*, por meio do *exame criminológico* (avaliação do perfil do imputável diante do alto risco social de efetiva inadaptação às normas vigentes de conduta normativa), por excepcionalidade e por decisão fundamentada, sem que isto se confunda com a *“psiquiatrização da execução penal do autor e a laicização do direito e efetividade dos direitos humanos”*.

Para transformar as instituições penais em ambientes que reforcem positivamente os comportamentos desejáveis, e não os indesejáveis, seria preciso que abandonássemos as ideias de *compensação e dissuasão* ou, pelo menos que, caso permaneça um elemento punitivo, o apenado disponha de *respostas alternativas socialmente aceitáveis e positivamente reforçadas*.

A contenção estatal forçada é *justificada* por sua *necessidade, oportunidade e proporcionalidade*, visto que não seria possível a convivência relativamente pacificada na macrossociedade com um *comportamento anômico*, constituindo-se em um recurso do Estado para realizar o *equilíbrio do conflito de interesses*, observado sempre o *princípio da intolerabilidade limitadora*.

O *Direito Penal do futuro* conterà sanções não designadas como penas, mas como similares que imponham *limitações ou restrições* ao obrar do autor típico, *menos coercitivas e mais pedagógicas*. Registre-se que a pena de prisão impõe uma *aflição física e psicológica (solidão, isolamento, perda de sociabilidade e da afetividade, enfim, da identidade)*, cujos sofrimentos físicos e mentais retiram do seu escopo os requisitos fundamentais de garantia da pessoa humana. Oportuno lembrar Ferrajoli, em seu correto juízo crítico, grifando que a prisão é *“uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial”*

e, sem dúvida, “*lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva*”.

Hassemer salienta que o Direito Penal, em seu formato de um Estado de Direito liberal, é um instrumento impróprio a apoiar objetivos políticos, controlar situações polêmicas ou promover a ampla prevenção de situações de risco, pois é uma ferramenta anacrônica e desigualmente fraturada em suas possibilidades da produção de efetivos efeitos. Lembra que vivemos o fenômeno de *crise da política criminal* orientada para a consequência. Conclui que este Direito Penal ajusta-se às concepções de “*insegurança global*”, numa *sociedade de riscos*; o *Direito Penal simbólico*, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal.<sup>1</sup>

A crítica ao Direito Penal, numa visão *preventiva geral positiva limitadora*, destaca que sobre o *conceito de socialização* gravita a circunstância da relevante impossibilidade da medição de resultados mensuráveis, não olvidando que o *Direito Penal da resposta social* tem necessidade de buscar uma justificativa, o que aumenta a carga sobre os fins da pena imposta para alcançar os objetivos propagados. É necessário reconhecer *a questão social-comunitária e a pluralidade de expectativas, individuais e antagônicas*, diante da pluralidade de protagonistas desse real conflito, com interesses legítimos e expectativas justas, salientando os anseios: **a)** da *vítima* (reparação do dano); **b)** do *delinquente* (liberdade e inserção social); e **c)** da *comunidade* (a tranquilidade e a segurança social), através dos modelos ou paradigmas: **a)** *disuasório* (prevenir a criminalidade); **b)** *ressocializador* (inserção e reabilitação do condenado); e **c)** *integrador* (reparação do dano, conciliação e produção da paz social).

Repita-se, a *execução da pena* tem por finalidade principal a *proteção dos bens jurídicos e o controle social*, procurando, nos *limites do possível*, a integração futura e harmônica do condena-

---

<sup>1</sup> Winfried Hassemer, *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 230.

do. Nesta esfera de âmbito, operamos com o **Direito Penitenciário** (*estudo das normas jurídicas que se referem aos apenados*), proporcionando-lhes condições por meio de **assistências** (*materiais, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa*, na direção de prevenir a realização do injusto penal e orientar o retorno à convivência macrossocial); e com o **Direito Penal Executivo** ou **Direito de Execução Penal** (*conjunto de normas jurídicas que se reportam à execução de todas as penas impostas pela decisão judicial transitada em julgado*).

A nosso sentir, poderíamos resumir em 14 os princípios fundamentais regentes do **Direito Penal executivo**: 1. *princípio da legalidade*; 2. *princípio da isonomia*; 3. *princípio da jurisdicionalidade*; 4. *princípio do duplo grau de jurisdição*; 5. *princípio do contraditório*; 6. *princípio da humanização da execução da pena*; 7. *princípio da individualização da execução*; 8. *princípio da publicidade ou transparência dos atos*; 9. *princípio da participação comunitária*; 10. *princípio da vedação discriminatória*; 11. *princípio da vedação do cumprimento de pena em regime ou de forma infamante ou cruel*; 12. *princípio da cidadania*; 13. *princípio da proporcionalidade*; e o 14. *princípio da assistência, que são abarcados pelos princípios reitores da dignidade e da solidariedade da pessoa humana*.

A pena de prisão, secularmente combatida, possui diminuta força intimidatória (o que é relevante é a *consciência intimidatória do efetivo e real cumprimento*). Vale lembrar sempre que a pena de prisão não exerce qualquer *atividade educadora*, pois sendo a *prisão o seu próprio mal*, jamais poderá educar, antes corrompe, degrada, deprime, forma mentes pervertidas, sepulta esperanças, aniquila famílias, enfim mata.

*Ninguém quer ver a prisão*. A vida na prisão se caracteriza pela *subcultura carcerária*, e a *ressocialização* só seria *imaginável* se o candidato à ela e o agente ressocializador, como diz Muñoz Conde, tivessem “*o mesmo fundamento moral que a norma social de referência*”, caso contrário é *pura submissão, dominação* e uma *grave lesão aos direitos individuais*. Sabemos que os programas de intervenção suscitam problemas desde o mecanismo do *contracon-*



*trol (subculturas carcerárias)* até o *déficit* de generalização dos programas carcerários. Diante da nossa *Carta de Princípios* (LEP), o *patronato público* ou *particular* destina-se à assistência aos *albergados* e aos *egressos*, orientando e fiscalizando em relação ao cumprimento das penas restritivas de direitos e colaborando na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional. Estamos perante mais uma velha ficção, um *desafio* para a futura e harmônica integração social. Vivemos mero processo de *encarceramento*, isto é, de *enjaulamento*.

O trabalho prisional, como *dever social e condição de dignidade humana*, tem fim *educativo e produtivo*. O condenado à pena de prisão em regime fechado está obrigado ao trabalho na medida de sua aptidão e capacidade, desde que compatível com a execução, devendo-se levar em conta as necessidades e as oportunidades futuras do condenado no mercado formal e informal do trabalho. O grande *desafio* é a *inexistência de trabalho* nas unidades prisionais brasileiras para a grande massa de encarcerados, constituindo-se em óbice para a formação de *pecúlio* e para a *remição da pena*. Aliás, o Dec. 6.049, de 27 de janeiro de 2007, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, quando trata de suas *características*, ressalta “*existência de locais de trabalho, de atividades socioeducativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas*”, mas dita “*dentro das possibilidades do estabelecimento penal*”, o que é a chave para o descumprimento.

A *prisionalização* é um processo de assimilação que sofre o apenado, dos valores da *subcultura carcerária*, pois adota novos hábitos de vida, ditados por ela, que modelam a sua personalidade, constituindo-se em fator adverso à sua integração futura e harmônica na macrossociedade.

No que concerne ao *endereço descarcerizatório*, dentro do espectro da discussão temática da pena de prisão, poder-se-ia afirmar que, nos tempos atuais, repita-se, o *principal desafio é aperfeiçoá-la, perante o sistema de assistências, quando imprescindível, e substituí-la, quando oportuna e possível, por medidas alternativas*. Esta só se justifica sob o viés da *excepcionalidade*, quando *necessária, oportuna e proporcional*, tornando-a como *execução*,

no caminhar da *desprisonalização* pela adoção dos substitutivos penais, e quando impossível, humanizar as prisões, dando o mínimo de dignidade à pessoa humana encarcerada. A competição entre desiguais tem sempre efeitos conflitantes e desmoralizantes, continuando a população carcerária, jamais inserida socialmente, massacrada pela miséria e pela opressão. É o constante *desafio*.

Cabe ao Estado a manutenção da *ordem social* para garantir, diante do conflito, o *equilíbrio dos valores sociais* em jogo. Repita-se, na esfera de âmbito microsocial, em que a prisão *per se* é deletéria, não educa, não socializa e se constitui em *fator de estigmatização*, *desafio* que deve ser enfrentado pela implementação de efetivas políticas públicas, desde a mudança da arquitetura prisional para possibilitar o trabalho prisional real e efetivo em todo o coletivo carcerário, proporcionando a qualificação e a profissionalização dentro de um contexto factível, até o incentivo obrigatório à alfabetização e o ensino técnico profissional como metas prioritárias e, por consequência, pelo mérito, possibilitar ao apenado conquistar a *progressão de regime*, as *saídas temporárias*, a *remição de pena*, a *comutação* e o *livramento condicional*, com controlado risco social de reincidir. É o modelo mais simples no *desafio* para se restringir o *inferno do cárcere*, abarcando todos os encarcerados, não excluindo da relação os portadores que tiveram seu ingresso pela prática de comportamentos desviantes de especial gravidade e intolerados pela macrossociedade. Não se pode em momento algum esquecer que a forma de controle indireto da segurança pública e da paz social passa sempre por uma *intervenção estatal garantista*, assegurados os *direitos fundamentais* e as *assistências* diante de um Estado Social Democrático e de Direito. Daí, o relevante papel funcional e psicológico da presença do *juiz da execução* ou da *custódia provisória*, que são verdadeiros juízes das garantias fundamentais, em inspeções nas unidades prisionais. Só a ciência da presença da autoridade judiciária mantém em alerta sobre os cuidados com as *assistências* dos encarcerados pela administração penitenciária no continente brasileiro.

O Estado não cumpre as exigências do art. 88 da Lei de Execução Penal, diante da *superpopulação carcerária*, pois não

é crível ao espírito humanista manter uma pessoa presa em celas minúsculas, sem iluminação, úmidas, de pouca ventilação, nas quais enquanto uma terça parte dorme o restante terá que ficar em pé, alvo da violência sexual e da infecção pela tuberculose e pela AIDS. Nem na época nazi-fascista tivemos tanto sadismo e omissão na cultura prisional. Os governos dos Estados-membros da Federação estão obrigados ao disposto nos itens 9 a 14 das Regras Mínimas das Organizações das Nações Unidas.

*A pessoa humana pode perder tudo na vida, só não pode perder a esperança na vida e na liberdade.* No terceiro milênio, o *desafio* a ser percorrido, como já afirmamos, será no sentido de *umentar o espectro das penas e medidas formais alternativas* à pena de prisão, ao lado de uma *política social realista e eficiente de inclusão social*.

Enquanto não encontramos a saída *abolicionista realística* da extinção da prisão, a historiografia temática aponta pela criação de instrumentos legais que evitem a *contaminação carcerária* ou que proporcionem o retorno mais rápido à macrossociedade. Velho e constante *desafio*.

Não podemos esquecer, ao analisar as características do sistema contemporâneo, a presença dos efeitos de um duplo contraditório de *criminalização* e *descriminalização*, que teve início já no século XIX, anotando-se como principais fatores explicativos: a) a necessidade sociopolítica de satisfazer, através de novos meios de repressão, os conflitos nascidos do desenvolvimento tecnológico, econômico e social; b) a aparição de novos valores coletivos a proteger; c) o desenvolvimento do Estado técnico-burocrático e a entrada de plúrimas regulamentações. Daí, o *desafio* em relação à tendência de criação de novos injustos penais.

É o momento de concebermos no Brasil a configuração de um Direito Penal *racional e humano*, orientado ao bem comum, priorizando estratégias político-criminais a serem perseguidas pelo legislador como a limitação do Direito Penal aos casos *absolutamente intoleráveis* para a convivência e defesa social, sempre priorizando novas soluções desafiantes que evitem a *etiquetagem do condenado* e a conseqüente *inviabilidade de integração social*.

Já advertia Marc Ancel que “*o delinquente não poderá mais ser submetido à justiça penal unicamente para fins expiatórios, de vingança ou de retribuição na luta contra o delito*”. O desafio da execução penal mais relevante é o de *criar* possibilidades reais e efetivas de futura inserção social através de estratégias democráticas de forma participativa para capacitar o encarcerado, estimulando-o a vencer a sensação de exclusão por meio de opções, respeitado o direito de ser diferente. A questão carcerária não pode ser resolvida no interior da microssociedade fechada, como instituição total, pois *o problema deve e tem que ser compartilhado por toda a macrossociedade*.

A meu sentir, é o *desafio básico conscientizar a macrossociedade* através de efetivo mecanismo do Conselho da Comunidade a *participar do processo de integração futura*, visitar mensalmente os estabelecimentos penais existentes, apresentar relatórios ao juiz da execução, diligenciar a obtenção de recursos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção dos estabelecimentos prisionais.

Não podemos olvidar que as empresas que estão envolvidas nos projetos do trabalho prisional devem ter a *conscientização da reconstrução social*, cujo *desafio* é inserir uma cota mínima de egressos dando efetiva continuidade à qualificação e profissionalização da prestação de mão de obra do obreiro ao ser colocado em liberdade. No Estado do Rio de Janeiro, a Fundação Santa Cabrini mantém equipes de professores e técnicos no Centro de Produção e Qualificação Profissional, no Rio Comprido, ofertando cursos intensivos de iniciação à informática e ao design gráfico, além de cursos dos idiomas inglês e espanhol aos apenados em regime aberto e semiaberto, com a previsão de capacitação de 600 alunos neste ano. É sempre lembrada a frase de Victor Hugo: “Quem abre uma escola fecha uma prisão”.

O quadro apontado pela última CPI do Sistema Carcerário é o retrato da postura do poder político em relação ao *thema*. É o *desafio do desafio*.

No *desafio* aos juízes como *juízes das garantias individuais*, firmou o Supremo Tribunal Federal que a *opinião do julgador*

sobre a gravidade em abstrato do crime *não* constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Já as *súmulas vinculantes* estabelecem que o dispositivo do art. 127 da Lei nº 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58 (a questão do princípio da proporcionalidade), o que consagra grave injustiça ao obreiro preso, diante dos dias trabalhados e homologados, causando a *perda de estímulo* ao trabalho prisional. E, por último, para combater o processo de *etiquetagem* já no ingresso ao cárcere, só é lícito o *uso das algemas* em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo a integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de *responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade*, e nulidade da prisão a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.

Hoje, pelos dados do CNJ, a população carcerária brasileira é de 462.803 presos, sendo que 212.436 são *presos provisórios*, o que significa que 46% da coletividade encarcerada não está ao abrigo da execução penal. No Estado do Rio de Janeiro (2008), o coletivo carcerário era composto de 22.606 (provisórios e definitivos), sendo o indicador maior de jovens entre 18 a 24 anos, primários com uma condenação, sem qualificação profissional, pardos e brancos, cuja pena não ultrapassava a 4 anos de reclusão, em regime fechado, na maioria por prática dos injustos dos tipos de tráfico de entorpecentes e homicídio. Tal contingente alimenta o tripé secular das vulnerabilidades básicas do sistema penitenciário: *superlotação - promiscuidade - ociosidade*. Segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (2008), o Estado do Rio de Janeiro, com uma população de 14.523.304 de habitantes, possuía, à época, 22.606 presos ou internados no sistema penitenciário, sendo 16.507 condenados e 7.259 cautelares, cuja terça parte, em xadrezes policiais, possuindo, atualmente, 45 estabelecimentos penais. Entre analfabetos e com o ensino fundamental incompleto, havia uma população de 8.538 encarcerados. À época (4/5/2009 a 4/6/2009), tínhamos 335 livramentos condicionais deferidos e 52 alvarás de penas cumpridos.

**Qual a solução?** *Prender por prender não resolve a questão e alimenta o feedback do conflito. Vejo no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (2009), elaborado por uma Comissão de Juristas sob a coordenação do Ministro Hamilton Carvalhido, uma feliz tentativa “na diminuição ou contenção responsável da pena privativa de liberdade, como razão dos malefícios de sua aplicação e execução, sobretudo em sistemas penitenciários incapazes de respeitar condições mínimas de existência humanamente digna”. O anteprojeto, relatado pelo Dr. Eugênio Paccelli de Oliveira, corretamente enfoca em sua Exposição de Motivos que “não só a pena ou a sanção pública se apresenta como alternativa. A recomposição dos danos e a conciliação dos envolvidos ainda mais proveitosa e eficiente, ao menos da perspectiva da pacificação dos espíritos e da consciência coletiva da eficácia normativa”. Destaco que o anteprojeto “busca cumprir essa missão, instituindo a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, em relação aos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça e àqueles de mera repercussão social, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo”.*

Assim, o anteprojeto é um instrumento moderno político-criminal que inova no *thema* das medidas acautelatórias, buscando a efetividade do processo penal e do tangenciamento das liberdades públicas, pontuando o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Neste ponto, que é o que nos interessa, é o *acautelamento* no sentido de que a prisão da pessoa só se justifica em caso de *concreta necessidade*, reafirmando a *natureza excepcional da prisão*, declarando a *ilegitimidade do uso da prisão provisória* como forma de *antecipação da pena*, e com isso abrindo um *leque de alternativas* ao juiz para a evitação do recolhimento carcerário desnecessário dos presos provisórios.

A Exposição dos Motivos, consciente do *grande desafio*, alerta que “*O absurdo crescimento de presos provisórios surge como consequência de um desmedido apelo à prisão provisória nos últimos quinze anos. Não se tem notícia ou comprovação de eventuais benefícios que o excessivo apego ao cárcere tenha trazido à socie-*

*dade brasileira*". E, conclui, fixando a proposta: "O anteprojeto, visando ao fim do monopólio da prisão, diversifica em muito o rol de medidas cautelares, voltando-se, novamente, para as legítimas aspirações de efetividade do processo penal". O ponto fulcral é sublinhado ao afirmar que "a expectativa é que, entre o prender e o soltar, o juiz possa ter soluções intermediárias".

É oportuna a proposta de criação da figura específica do juiz das garantias, que será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, destacando-se a competência para decidir sobre o pedido de prisão provisória, prorrogá-lo ou decidir sobre outra medida cautelar, bem como substituí-los ou revogá-la.

É conclusivo o elenco de velhos e novos desafios à proposta de um novo elenco de medidas cautelares pessoais, evitando o encarceramento dos presos provisórios, só em condições extremas, através, repita-se, de velhos e novos mecanismos que fornecem ao juiz as medidas de contenção relativa contra a antecipada contaminação carcerária: a) fiança; b) recolhimento domiciliar; c) monitoramento eletrônico; d) suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; e) suspensão das atividades da pessoa jurídica; f) proibição de frequentar determinados lugares; g) suspensão de habilitação para dirigir veículos automotores, embarcação ou aeronave; h) afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; i) proibição de ausentar-se da comarca ou do País; j) comparecimento periódico em juízo; k) proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; l) suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para o porte de arma; m) suspensão do poder familiar; e n) liberdade provisória.

No campo das medidas de segurança: "A internação ou tratamento ambulatorial perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a recuperação do inimputável, não podendo, entretanto, superar o tempo previsto para a pena máxima cominada".

Somos cientes das controvérsias que geram o quantum máximo da fiança; o recolhimento domiciliar como medida cautelar

ou pena autônoma substituindo o sistema prisional aberto, na proposta do juiz Carlos Augusto Borges, titular da Vara de Execução Penal do Rio de Janeiro; o *monitoramento eletrônico* por mais contestado; a duração da medida de segurança, ao tempo da pena do injusto no marco máximo cominado.

No que tange as súmulas do Superior Tribunal de Justiça é de se destacar avanços, desde que para a obtenção dos benefícios de *saída temporária e trabalho externo*. Nestes casos, considerar-se-á o tempo da pena do regime fechado. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é *defeso a substituição da prisão por multa*. A *frequência no curso de ensino* formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

Registre-se o esforço dos Tribunais Superiores, em termos de um país continental, em unificar decisões sobre questões polêmicas, midiáticas e emocionais.

Na questão dos *desafios* na execução, defendo que o *livramento condicional* deixe de ser uma medida penal de natureza complexa restritiva de liberdade *sui generis* e se constitua na *última fase do cumprimento da pena privativa de liberdade, último estágio do progresso da individualização da execução*.

Portanto, o *anteprojeto do Código de Processo Penal* contribui para a tentativa de reconstrução de ações político-criminais de *evitação de ingresso e permanência prematura* no cárcere, hoje metade do coletivo carcerário, objetivando não alimentar a vulnerabilidade secular da superlotação, promiscuidade e ociosidade carcerária.

O mal da prisão é a própria prisão. Daí o compromisso de só reservá-la em casos de *extrema gravidade* diante do princípio da intolerabilidade social limitada. Para tanto, exige-se a conscientização da sociedade para a questão básica pertinente aos males e às injustiças do *encarceramento precipitado e simbólico*.

O juiz criminal é o símbolo da justiça humanística. Sublinho que, ao abrir este Curso sobre a Execução Penal, sob o *thema* “*Os desafios da Pena de Prisão e do Encarceramento Cautelar*”, buscamos colocar um questionamento crítico na procura de *novas*



*alternativas* à pena de prisão e, principalmente, à custódia cautelar, diante do princípio da não culpabilidade, como uma janela de possibilidades para diminuirmos os seculares males do encarceramento.

Ao finalizar, reporto-me ao professor José de Faria Costa ao dizer, que “*o penalista deve ter a humildade, a humildade racionalmente ancorada, de saber que o seu papel social não é o de querer transformar o mundo, mas, antes, o de querer tornar humanamente visível*”.