

OS DESAFIOS DA PENA DE PRISÃO E DO ENCARCERAMENTO CAUTELAR*

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA **

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 vagabundos e eram obrigados a trabalhar e, somente em 1840, na Ilha de Nolkfold, situada na Austrália, surge o modelo prisional progressivo tendo como pilares o direito de execução penal, coadjuvado pelo princípio da proporcionalidade, visando 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 leave*, retratam os avanços e graves retrocessos do século XVI até o presente século XXI.

* Palestra inaugural do Curso de Execução Penal para juízes proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 8.5.2009.

** Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Doutorado pela Universidade do Estado da Guanabara. Professor, na graduação e no mestrado, das Universidades Cândido Mendes e Gama Filho e nos Cursos de pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (2002/2003).

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, objetivando a proteção de bens e interesses de real valor jurídico e social.

A pena de prisão é uma exigência traumática, contudo *ainda* imprescindível, objetivando 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 seguimentos 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 *desprisonalização* 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 penitenciaristas: *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 macrossocial, 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 condicionamento 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 que "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 agen-

tes 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 macrosociedade com suas particularidades caracteriza-se pela *disputa de poder*, estabelecido um verdadeiro *contrato social de sobrevivência* em que os presos que vivem nas prisões *enjaulados e esquecidos*, somente acordando a macrosociedade diante das rebeliões, instrumentos negativos reivindicatórios num jogo paradoxológico de efeitos.

Nos tempos contemporâneos, os penalistas se dedicam a procurar 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 correição 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, *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 macrosociedade 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 penal¹.

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

1. Winfried Hassemer, *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 230.

e inserção social); e *c*) da *comunidade* (a tranquilidade e a segurança social), através dos modelos ou paradigmas: *a*) *dissuasório* (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 condenado. 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* (*material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa*, na direção de prevenir a realização do injusto penal e orientar o retorno à convivência macrosocial); e com o *Direito Penal executivo* ou *Direito de Execução Penal* (*conjunto de normas jurídicas que se reportam a 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 a 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 *contracontrol* (*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, diante do 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 sócio-educativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas*", mas dita "*dentro das possibilidades do estabelecimento penal*", que é a chave para o descumprimento.

A *prisonalização* 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 a 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 através de 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 *aumentar 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 proporcionam 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 sócio-política 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 consequente *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 do direito de ser diferente. A questão carcerária não pode ser resolvida no interior da microsociedade fechada, como instituição total, pois o problema deve e tem que ser compartilhado por toda a macrosociedade.

A meu sentir, é o desafio básico conscientizar a macrosociedade através de efetivo mecanismo do Conselho da Comunidade a participar do processo de integração futura, visitando 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 designer gráfico, além dos idiomas inglês e espanhol aos apenados em regime aberto e semi-aberto, 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, bem como exige motivação idônea. 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 à 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 CARVALHO, 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 e, 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 sobre “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 sociedade brasileira”. E, conclui, fixando a proposta: “O anteprojeto, visando o 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 funcral 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 a salvaguarda dos direitos individuais, destacando-se a competência para decidir sobre o pedido de prisão provisória, prorrogá-lo ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las.

É conclusivo o elenco de velhos e novos desafios a 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 os avanços desde que para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, 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 semi-aberto.

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 processo 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, a custódia cautelar, diante do princípio da não-culpabilidade, como uma janela de possibilidades de 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"*.