

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

JULIO MATHEUS ATTUATI DA SILVA

**A REINCIDÊNCIA COMO CONSEQUÊNCIA DA INEFICIÊNCIA DO ESTADO EM
SOCIALIZAR O APENADO**

Ijuí (RS)
2014

JULIO MATHEUS ATTUATI DA SILVA

**A REINCIDÊNCIA COMO CONSEQUÊNCIA DA INEFICIÊNCIA DO ESTADO EM
SOCIALIZAR O APENADO**

Monografia final do Curso de Graduação em
Direito objetivando a aprovação no
componente curricular Monografia.

UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul.

DECJS- Departamento de Ciência Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: MSc. Patrícia Borges Moura

Ijuí (RS)
2014

Dedico este trabalho à minha família, meus pais, meu irmão e minha namorada, em especial ao meu nono Raimundo Attuati e ao meu avô Arnoldo da Silva que foram exemplo de dedicação, de luta e de moral e hoje não estão mais entre nós, mas deixam um legado, foram e são exemplo pra todos os seus familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e ao meu Anjo da Guarda, pois estão sempre ao meu lado me acompanhando e me protegendo, me concedendo saúde, alegria e força, despertando a vontade de vencer e batalhar pelos meus sonhos, por um futuro e pelas pessoas que amo.

Aos meus pais Arnaldo da Silva e Maria Madalena Attuati da Silva pela educação que me deram, pelos valores do: trabalho, humildade, honestidade, moral, gratidão, sensibilidade, confiança dentre tantos outros. Ainda, pelo apoio incontestado durante toda esta jornada, pela confiança, carinho, amor e dedicação. Ao meu irmão Giovane Henrique Attuati da Silva pelo apoio, carinho e confiança depositados.

À minha namorada Maria Luísa Hickmann pela compreensão nos momentos de tensão, pelo carinho cotidiano, pelo amor, confiança e companheirismo de todas as horas. Por todos os momentos vivenciados, por ter conhecido no longo da graduação, enfim, por todo o bem que me faz.

À minha orientadora Patrícia Borges Moura, pessoa maravilhosa com quem tive o privilégio de conviver durante a graduação e também por contar com sua dedicação e disponibilidade, sabedoria, senso crítico e bom senso durante as elaborações deste trabalho. Ainda, a todo o corpo docente da Unijui, pela dedicação e seriedade que conduzem o curso de Direito.

Aos meus colegas de trabalho da Defensoria Pública de Ijuí, em especial ao Defensor Público Ernani Ribordi Dal Pupo, o qual me concedeu a oportunidade de trabalhar na 1ª DPE Crime de Ijuí e assim colocar em prática os conhecimentos adquiridos na graduação, bem como de conhecer a realidade prática e cotidiana do Direito Penal.

Ao Governo Federal pela bolsa de estudos concedida, Prouni, e mais, pelo investimento e voto de confiança depositados nos jovens deste país maravilhoso, dentre os quais este que subscreve.

A todos os meus amigos pelo carinho, apoio e confiança depositados.

Enfim, a todos aqueles que de uma forma ou de outra incentivaram, acompanharam e apoiaram esta jornada meus sinceros agradecimentos.

“O atestado de que a prisão fracassa em reduzir a criminalidade pode assim ser substituído pela hipótese de que a prisão produziu exitosamente a delinquência e de que seu sucesso constituiu, nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, em especificar uma delinquência, a qual, na condição de “ilegalidade dominada”, é um agente para a ilegalidade dos grupos dominantes.” Michel Foucault

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso propôs-se a fazer uma análise da agravante da reincidência e sua compatibilidade com a Constituição Brasileira de 1988, em especial diante das mazelas do sistema carcerário no país. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida em dois capítulos, elaborados a partir de uma revisão bibliográfica, em que se abordou a origem histórica da pena de prisão, suas funções e a Lei de Execuções Penais, bem como a violação de direitos dos presos, buscando aproximar teoria e realidade. Estudou-se, ainda, o pacto social que legitima o Estado de Direito e o poder de punir, destacando as limitações acordadas. Nesse contexto, destacou-se as ilegalidades cometidas na execução penal, em especial no que tange à violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade, trançando uma ligação entre tais violações e a agravante da reincidência, a qual é vista como consequência de desídia do Estado. A título de considerações finais, verificou-se que o Estado labora em ilegalidade violando a Constituição Federal, ferindo os princípios supracitados, ao executar a pena de prisão, pois que, de tal ilegalidade não podem surtir efeitos jurídicos que sejam negativos sob o ponto de vista da afetação ao sujeito condenado, como é o da caso da agravante da reincidência.

Palavras-Chave: A agravante da reincidência. Pena privativa de liberdade. Prisão e sua realidade. Violação a Constituição Federal.

RESUMEN

Este trabajo de finalización se propuso hacer un análisis de la agravante da reincidencia y su compatibilidad con la Constitución brasileña de 1988, especialmente teniendo en cuenta los males del sistema penitenciario en el país. Con este fin, la investigación se realizó en dos capítulos, elaborado a partir de una revisión de la literatura, en la que se discutió el origen histórico de la prisión, sus funciones y la Ley de Ejecución de Sentencias Penales, así como la violación de los derechos de los presos, en busca de la teoría y la realidad aproximada. Además, se investigó el pacto social que legitima el estado de derecho y el poder de castigar, destacando los límites acordados. En este contexto, lo más destacado fue las ilegalidades cometidas en la ejecución penal, especialmente en relación con la violación de los principios de la individualización de la pena y de la legalidad, tejiendo una conexión entre tales violaciones y el agravamiento de la reincidencia, que es visto como un resultado de la negligencia el Estado. Como consideración final, se encontró que la ilegalidad labora Estado en violación de la Constitución Federal, hiriendo a los principios antes mencionados, para ejecutar la pena privativa de libertad, ya que, en tal ilegalidad no se realiza correctamente, puede ser negativo desde el punto de efectos jurídicos vista de la afectación sujeto condenado, como es el caso de agravación de la recurrencia.

Palabras clave: El agravamiento de la reincidencia. Plazo de prisión. Prisión y su realidad. Violación de la Constitución Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PENA DE PRISÃO: DA ORIGEM E CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO À INDIVIDUALIZAÇÃO.....	13
1.1 Pena de prisão: evolução histórica e teorias justificadoras.....	133
1.2 Constitucionalismo penal brasileiro: princípios aplicáveis à pena Erro! Indicador não definido. 8	
1.3 A individualização da pena: evolução e métodos..... Erro! Indicador não definido. 1	
1.4 A agravante da reincidência	23
2 A (IN) VALIDADE CONSTITUCIONAL DA REINCIDÊNCIA DIANTE DAS MAZELAS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	2828
2.1 O sistema de execução penal e modelo jurídico garantista Erro! Indicador não definido. 28	
2.2 A realidade carcerária brasileira: o Estado criminoso . Erro! Indicador não definido. 35	
2.3 A (in)validade constitucional da reincidência diante das mazelas do sistema carcerário brasileiro Erro! Indicador não definido. 42	
CONCLUSÃO.....	5151
REFERÊNCIAS	5454

INTRODUÇÃO

É comum visualizar, nas mais variadas manifestações da sociedade contemporânea, um intuito de que as penas devem ser mais severas, de que o Estado é omissivo e que não pune como deveria os criminosos e que, em contrapartida, não protege o “cidadão de bem”. Movimentos em prol da redução da maioria penal e da implantação da pena de morte, associados ao pensamento de que programas sociais “só servem para dar sustento a quem não quer trabalhar”, e que o ócio e a vadiagem fomentam a criminalidade, fazem coro às manifestações antes mencionadas, e são cada vez mais comuns nos dias atuais.

Por tais razões se faz pertinente questionar se de fato o recrudescimento penal é a melhor solução. Será que os modelos de sistemas penais mais repressivos, que adotaram políticas criminais mais voltadas para o eficientíssimo e utilitarismo penal, em detrimento de garantias individuais, repercutiram, positivamente, no que tange à redução da violência e da criminalidade? E, nesse sentido, qual é o papel do Direito Penal e da pena privativa de liberdade, no Estado Democrático de Direito? A pena de prisão atinge seu papel de prevenção especial e de (re)socialização ou (re)educação? Quem deve de fato mudar? O indivíduo, a sociedade, ou o Estado e suas formas punitivas e de execução?

A resposta é quase simplória. Basta analisar o atual sistema carcerário brasileiro, em que é facilmente constatável que a pena não atende aos fins a que se destina, quais sejam, de prevenção, retribuição e ressocialização. Até porque, é incontroverso que o cárcere é um “centro de formação de delinquentes”, “depósito político criminal dos excluídos da sociedade”. Todavia, a sociedade até o momento não logrou aferir outra forma de responsabilização criminal que não represente um caráter preponderantemente punitivo e restritivo do direito à liberdade, à exceção das penas pecuniárias e outras medidas de política

criminal alternativas, mas que não superam os índices de condenação à pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, o Estado, no que tange às políticas penitenciárias, de um modo geral, desrespeita os preceitos constitucionais, pois que não consegue cumprir com a sua também responsabilidade de (res)socializar o apenado por meio da pena de prisão, e é nesse sentido que se questiona a constitucionalidade da agravante da reincidência.

O principal desafio, no atual momento, é fomentar na sociedade essa reflexão crítica, de forma a possibilitar-lhe olhar a problemática penal por outra ótica, assim como o indivíduo apenado, a ser reconhecido como um sujeito de direitos que, ao ser condenado à pena de prisão, deve ser despojado tão somente de sua liberdade individual. Sofrer a degradação e a etiquetagem que são próprias de quem passa pelo cárcere, sem buscar atenuar os efeitos negativos da pena, ao contrário, buscando agravá-los, em nada contribui para a redução dos índices de violência e de criminalidade. Daí justifica-se a relevância jurídica e social do tema em estudo.

Feitas essas primeiras colocações, esclarece-se que o presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar a agravante da reincidência e a ineficácia do sistema penal contemporâneo em (res)socializar o indivíduo através da pena, desenvolvendo uma pesquisa interdisciplinar que perpassa o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Penal, a Sociologia Jurídica e a Criminologia, utilizando-se de obras doutrinárias, em contraponto com a realidade social, concluindo pela inconstitucionalidade da reincidência.

Para a realização deste trabalho serão efetuadas pesquisas bibliográficas, inclusive com análise de dados estatísticos e em publicações nos meios eletrônicos, analisando através delas a realidade social e as percepções da sociedade sobre o cárcere, a fim de permitir um aprofundamento no estudo da agravante da reincidência, com enfoque aos princípios da execução penal e na realidade carcerária brasileira.

Inicialmente, no primeiro capítulo, far-se-á uma abordagem histórica das teorias justificadoras da pena de prisão, perpassando uma análise dos princípios aplicáveis à pena no constitucionalismo brasileiro, em especial sobre o princípio da individualização da pena e os

métodos pertinentes, bem como a adequação e evolução da agravante da reincidência diante dos temas anteriormente elencados.

No segundo capítulo, a abordagem recairá sobre o sistema de execução penal brasileiro analisado sob o modelo jurídico garantista, procurando-se demonstrar, através de situações fáticas e de dados estatísticos, a realidade carcerária brasileira, a desvendar a subcultura carcerária, “o Estado criminoso”. Também, serão analisados o papel do Estado Democrático de Direito, a legislação penal e constitucional, com enfoque à função ressocializadora da pena de prisão e à agravante da reincidência.

A partir desse estudo, a proposta será demonstrar que a agravante da reincidência é resultado da ineficiência do Estado em (res)socializar o apenado, diante da inobservância dos princípios da legalidade e da individualização da pena.

1 PENA DE PRISÃO: DA ORIGEM E CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO À INDIVIDUALIZAÇÃO

No presente capítulo será feita uma abordagem histórica das teorias justificadoras da pena de prisão, passando por uma análise dos princípios aplicáveis à pena privativa de liberdade no constitucionalismo brasileiro, destacando, especialmente, o princípio da individualização da pena e os métodos adotados. Por fim, será analisada a agravante da reincidência de forma sistêmica.

1.1 Pena de prisão: evolução histórica e teorias justificadoras

A vida em sociedade, necessidade humana, exige e presume a observância de regras mínimas entre os indivíduos, sendo que a violação de tais ditames pré-estabelecidos, sejam por leis ou costumes, gera a ação estatal como forma de coibir a delinquência, o crime. A problemática do crime e por consequência da punição é fator intrínseco ao ser humano e à própria sociedade, sendo que, desde os primórdios, acompanha a evolução da humanidade.

A fim de possibilitar uma melhor compreensão do instituto da pena de prisão, mostra-se necessária uma rápida análise histórica do tema. José Antônio Paganella Boschi (2002, p. 89) discorre que:

A origem da pena é, portanto, muito antiga e a história de sua evolução no tempo – desde quando tinham feições de meras reações instintivas contra tudo o que pudesse representar ameaça à sobrevivência do individual ou do grupo, passando pelas incipientes modalidades de penas estatais, até chegarmos aos modelos contemporâneos.

A pena de prisão por um longo período, da primitividade até o início da Idade Moderna, basicamente, não era utilizada como penalidade fim e/ou autônoma, sendo utilizada apenas como meio de garantir a execução da pena, a qual recaía principalmente sobre o corpo do condenado. Durante a Idade Média (476-1453) e Idade Moderna (1453-1789), o poder da igreja influenciou sobremaneira à aplicação das penas. Embora marcado pela crueldade das penas e pela tortura, é nesse período que surgem os primeiros formatos da pena privativa de liberdade como pena autônoma (SILVA, 2011, p. 26). Um exemplo claro é a prisão destinada aos sacerdotes da igreja que se rebelavam contra a congregação, denominada de prisão eclesiástica, a qual privava a liberdade dos sacerdotes em mosteiros e os obrigava a rezar e

jejuar visando à reconciliação com Deus. O Direito Canônico apresenta a penitência¹, a qual também influenciou e pode ser vista no sistema atual. Nesse sentido, leciona André Ricardo da Silva (2011, p. 37):

O Direito Canônico que aplicava a pena de penitência pode ser considerado a origem remota do sistema de prisão moderno. O termo “penitência”, que usualmente nomina os estabelecimentos prisionais para condenados com sentença condenatória transitada em julgado, deriva da penitência canônica.

A pena privativa de liberdade, conhecida de maneira autônoma, tem como marco a Revolução Francesa no ano 1789. Após esse marco, paulatinamente tem fim o suplício pelo corpo, ocorrendo a transição para o novo regime de liberdade e de garantias. Segundo Boschi (2002, p. 93):

As penas privativas de liberdade e, recentemente, as penas restritivas de direito integram, portanto, a última fase da cadeia evolutiva das penas, deixando para trás a fase das penas cruéis que vigeram na Idade Média e no Brasil, das penas cruéis previstas nas Ordenações Portuguesas.

Na época do descobrimento do Brasil, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas (1446-1514), porém tais normas e principalmente as penais foram pouco utilizadas na Colônia diante da rudimentariedade do país em formação, vez que o descobrimento do Brasil data 1500. As Ordenações Filipinas (1603) substituíram as Manuelinas e foram aplicadas no Brasil até a promulgação do Código Penal do Império (1830). As penas aplicadas sob a vigência das Ordenações Filipinas eram cruéis e distanciadas das ideias humanistas, tendo como foco o suplício ao corpo. Como marco histórico da crueldade, pode-se mencionar a execução de Joaquim José Joaquim da Silva Xavier, o Tiradentes, o qual foi condenado à morte na forca e após a morte, ainda, o esquartejamento com a exposição dos membros em local público. Com a Constituição de 1824 vieram algumas inovações, mas foi com a promulgação do Código Criminal do império em 1830 que ocorreu uma evolução e a exclusão de algumas das penas mais cruéis, porém fora mantida a pena de morte (SILVA, 2011, 38-39).

Em 1889 foi proclamada a República, sendo que um ano depois surge o Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. Monteiro (2006, p. 48), citado por Silva (2011, p.

¹ Penitência: Religião Arrependimento, remorso de haver ofendido a Deus. / Um dos sete sacramentos da Igreja católica. / Pena que o confessor impõe ao confessado (penitente). / Jejuns, macerações que alguém impõe a si mesmo. / Punição, castigo infligido por alguma falta.

42), considera que "o grande mérito do primeiro Código Penal da República foi a abolição da pena de morte e o limite de trinta anos para aplicação da pena privativa de liberdade, e a preocupação com a individualização da pena." No art. 43², do mencionado Código, aparecem as penas de prisão e reclusão. Em 1891, com proclamação da Constituição Federal da República foi abolida a pena de morte, salvo em tempo de guerra, consolidando assim como a principal pena do sistema penal Brasileiro a pena privativa de liberdade.

O Estado foi legitimado com o poder de punir, tomando para si o dever de manter a ordem, para isso, apoia-se no Direito Penal, o qual, por sua vez se utiliza de mecanismos coercitivos em face do indivíduo violador das regras predefinidas, ou seja, aplica-se a ele uma pena. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2004, p. 11) aderindo à teoria contratualista, refere que:

O pacto se constitui, pois, em instrumento de deveres e direitos recíprocos entre Estado e indivíduo. O soberano recebe poder de regulamentar a sociedade com leis, adquirindo, em contra partida, o dever de garantir a "segurança" dos bens. Ao cidadão é imposto o dever de obediência às leis, correspondendo o direito de exigir as garantias pactuadas.

Tendo em vista que a pena é uma privação e uma violação à ordem natural do homem, surgem inúmeras teorias que tentam justificá-la, a demonstrar sua finalidade, bem como suas funções frente à sociedade, ou seja, as razões do "por que punir?". Conforme preceitua Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 65) "é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade." Muñoz Conde (1975, p. 33), acredita que "sem a pena não seria possível a convivência na sociedade nos dias atuais." A pena, atualmente, pode ser vista como um mecanismo indispensável, mesmo que odioso, à manutenção da ordem social vigente, principalmente econômica.

A pena, para as teorias retributivistas ou absolutas, passa a ser concebida como "a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida" (BITENCOURT, 2003, p. 68). Os maiores expoentes da teoria absoluta/retributiva da pena foram Immanuel Kante e Georg Friedrich Hegel. Kant embasou sua teoria na ética, violação e/ou quebra do dever

² Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro; h) multa.

moral do indivíduo perante a sociedade (o indivíduo que causou o mal deve em retribuição receber o mal), enquanto Hagel, diferentemente, sustentou sua teoria em base jurídicas, o indivíduo que viola o direito posto deve sofrer uma imposição do estado para a restauração da ordem/lei violada.

A teoria absoluta, muito utilizada nos Estados autoritários, de forma isolada, não foi capaz de justificar o fim a que a pena se destina, pois ele é muito mais amplo e munido de outras funções além da retribuição. Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 206):

A ideia de pena como restauração ou reafirmação de ordem violada demonstra um equívoco derivado da confusão entre direito e natureza. Tanto a purificação do delito através do castigo como a negação do direito por parte do ilícito e sua simétrica reparação seriam insustentáveis, dado ao fato de crerem erroneamente haver relação de causalidade necessária entre culpa e castigo.

Em contrapartida às teorias absolutistas, surgem as teorias prevencionistas da pena, para as quais a pena serve para prevenir, intimidar e/ou inibir a prática de delitos. Defende-se uma finalidade preventiva “a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática. Se o castigo se impõem, segundo a lógica das teorias absolutistas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõem para que não volte a delinquir” (SILVA, 2011, p. 60). As teorias prevencionistas concedem à pena a função de prevenção, a qual é dividida em prevenção geral e prevenção especial.

Na visão da prevenção geral, a pena é vista como ameaça e/ou coação psicológica para que o cidadão ciente da represália, não cometa determinada conduta. A prevenção geral tem por base a ideia de intimidação (medo) e acredita na capacidade de raciocínio do homem, tendo como principais defensores desta corrente Jeremias Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Já a prevenção especial atribuía à pena não apenas a função de intimidação, mas principalmente a função de corrigir e reeducar o indivíduo para que não volte a cometer delitos. Um dos principais defensores desta teoria é o filósofo Von Liszt. Segundo este pensador (apud BITENCOURT, 2011, p. 270), a prevenção especial atribui à pena a função de corrigir o delinquente, além de servir como meio de intimidação para os delinquentes não passíveis de ressocialização.

As teoria Ecléticas ou Mistas são a fusão das ideias suscitadas pelos pensadores das teorias absolutistas e preventistas. A teoria mista atribuiu à pena as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção específica, sendo adotada pelo sistema constitucional brasileiro.

Luiz Regis do Prado sintetiza a corrente (2008, p. 436-437):

[...] a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração. A pena – espécie do gênero sanção penal – encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social. Não se pode admitir a imposição de um único paradigma para a matéria; muito ao contrário, exige-se uma espécie de solução de compromisso teórico.

Na esteira da teoria mista, a Lei de Execução Penal n.º 7.210/1984 prescreve no art. 1º que: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” Assim, o sistema de Execução Penal Brasileiro define como finalidades precípua da execução a efetivação da sentença penal condenatória e a integração/ressocialização social do condenado. Nesse sentido, lecionada Norberto Avena (2014, p. 8):

Pelo primeiro, busca-se concretizar o jus puniendi do Estado, realizando-se o título executivo constituído pela sentença. Já o segundo traduz a ideia de ofertar, durante a execução, os meios necessários a que os apenados e os sujeitos a medida de segurança possam alcançar a reintegração social.

A reintegração social na execução penal transpassa a esfera jurídica penal do Estado, a Constituição Federal de 1988, como carta positiva de direitos e garantias, em que pese a busca pela efetividade estar distanciada da realidade fática, administrativa, e por si só não tem o condão de garantir ao condenado a ressocialização. A necessidade de programas de execução e gestão que observem os direitos positivados é de suma importância para a mudança do atual cenário carcerário. O Estado não possui (e imagina-se que jamais possuirá) mecanismos coercitivos de ordem moral e ética que tenham o condão de mudar a conduta do apenado, mas

cabe a ele propiciar as condições adequadas para que, querendo, o condenado possa se reinserir na sociedade.

Na esteira deste pensamento, discorre Mirabeti (2004, p. 28):

O sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na Lei de Execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundido com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.

Portanto, ao Estado Democrático, hodiernamente, foi atribuída, paralelamente à função de punir, a função de propiciar ao condenado condições de inserção social.

Assim, não cabe ao Estado impor uma conduta diversa, moralizar o indivíduo, mas sim, através de políticas carcerárias, propiciar ao condenado meios e opções diversas ao crime. Tais meios nada mais são que a efetivação dos direito positivados na Constituição Federal e a observância aos princípios relacionados à pena de prisão.

1.2 Constitucionalismo penal brasileiro: princípios aplicáveis à pena

Princípios são vetores interpretativos norteadores da aplicação das normas jurídicas, bem como orientam o legislador e o administrador no momento da elaboração da lei e do ato normativo. A inobservância das diretrizes estabelecidas pelos princípios importará na invalidade da lei e da nulidade e/ou anulabilidade do ato normativo. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2009, p.151-153) traz a seguinte lição:

Toda norma destina-se à produção de alguns efeitos jurídicos. Como consequência, a eficácia – isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade – é atributo das normas de Direito. A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever-ser normativo e a realidade e o ser da realidade, é identificada como efetividade da norma. O descumprimento de uma norma jurídica, que equivale à não produção dos efeitos jurídicos a que se destina é passível de sanção judicial. O Poder Público, de uma maneira geral, e o particular, quando afetado em algum direito seu, pode exigir, judicialmente quando seja o caso, a observância das normas que tutelam seus interesses. Modernamente, já não é controvertida a tese de que não apenas as regras,

mas também os princípios são dotados de eficácia jurídica. Eficácia direta³. Eficácia interpretativa⁴. Eficácia negativa⁵.

A República Federativa do Brasil possui como fundamento, positivado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual, atribui à condição humana um valor maior e anterior ao próprio Estado, resume-se em vida digna, sendo que dele descendem os demais princípios constitucionais.

Diante do Estado Democrático de Direito, sob uma visão constitucional, surgem inúmeros princípios inerentes à pena, quais sejam, os princípios da igualdade, da humanidade, da legalidade, da personalidade, da intervenção mínima, da culpabilidade, da individualização e da proporcionalidade. Quanto a tais princípios, sintetiza Fernando Capez (2013, p. 135):

Legalidade: a pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX).

b) Anterioridade: a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX).

c) Personalidade: a pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV). Assim, a pena de multa, ainda que considerada dívida de valor para fins de cobrança, não pode ser exigida dos herdeiros do falecido.

d) Individualidade: a sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (CF, art. 5º, XLVI).

e) Inderrogabilidade: salvo as exceções legais, a pena não pode deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento. Assim, por exemplo, o juiz não pode extinguir a pena de multa levando em conta seu valor irrisório.

f) Proporcionalidade: a pena deve ser proporcional ao crime praticado (CF, art. 5º, XLVI e XLVII).

g) Humanidade: não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, perpétuas (CP, art. 75), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII).

Alguns autores referem um único princípio, o da Secularização, que seria uma visão evolutiva do Direito Penal sob um enfoque humanista, adequado à forma de Estado, no qual pode-se encontrar todos os princípios compatíveis ao estado democrático. Nesse sentido, Eugênio Luiz Zaffaroni (2006, p. 27) entende que “a secularização é princípio metajurídico,

³ Pela eficácia direta, positiva ou simétrica, o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida.

⁴ A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo como valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobre tudo na aplicação das normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa.

⁵ A eficácia negativa implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com os princípios constitucionais.

isto é, um referencial de legitimidade externa do direito penal cuja caracterização é dada fundamentalmente pela adoção do modelo de governo”, seria um “princípio dedutível da junção de princípios constitucionais.”

Salo de Carvalho (2008, p. 14), por sua vez, entende que é um princípio que, embora não esteja explícito na Constituição, é dele que irradiam os demais princípios constitucionais penais:

Advogamos que o princípio está incorporado em nossa realidade constitucional, não sendo dedutível dos demais valores e princípios, mas sendo 'o' princípio do qual aqueles são dedutíveis. Nesse sentido, a categoria corresponde a um dos núcleos substanciais do ordenamento jurídico, juntamente com os preceitos preambulares da Constituição (o pluralismo, a fraternidade, o pacifismo e a igualdade) e os 'fundamentos' estabelecidos no art. 1º (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político). Tais princípios, ou valores quais está fundada a República, conformando a estrutura jurídica basilar do Estado, diluindo e contaminando sua carga valorativa às demais esferas normativas.

Assim, os princípios constitucionais voltados à pena, devem ser efetivados como garantias inerentes a pessoa, ao ser humano. Acrescenta Salo de Carvalho (2008, p. 15) que:

A secularização, ainda, de acordo com cadeia principiológica estabelecida pela Constituição, deduz inúmeros (sub)princípios, como o da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X); do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX). Note-se que, em realidade, a amplitude e o alcance do princípio é superior ao da sua gênese histórica iluminista, representando atualmente verdadeira pedra angular da democracia e ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação de toda atividade do poder estatal, seja legiferante, administrativa e/ou judicial. Possibilita, inclusive, a averiguação dos níveis de legitimidade e dos graus de justiça e validade de todo sistema jurídico, principalmente das legislações penais ordinárias - inclusive pré-constitucionais.

Nesta senda, mostra-se obrigatória a observação das garantias democráticas aos condenados, sob pena de invalidade do poder punitivo, da própria lei, em que pese haver um abismo entre o país legalmente constituído e o país real. Nesse contexto, as garantias penais são o limite a serem observado pelo Estado no momento de aplicar e executar o poder punitivo.

1.3 A individualização das penas: evolução e métodos

Dentre os princípios elencados no tópico anterior, passa-se à análise, em especial, do princípio da individualização da pena, o qual possui enfoque prático, e é sobre ele que se justifica, em parte, o objeto da presente pesquisa, qual seja, a agravante da reincidência e sua (in)validade constitucional.

O art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Brasileira de 1988, prescreve que a lei regulará a individualização da pena, adotando penas privativas ou restritivas da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. A individualização pretende que a pena amolde-se ao indivíduo e ao fato cometido, considerando as diferenças existentes entre os indivíduos que recebem a punição estatal. Nesse sentido, Luiz Regis do Prado (2008, p. 139) entende que: “Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.”

No sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, pode-se dividir a individualização da pena em três momentos distintos, quais sejam, o da cominação em abstrato, o do plano imediato/ aplicação judicial e o da execução. A cominação em abstrato é tarefa incumbida ao legislador, o qual, deve, tendo em mente os preceitos constitucionais, tipificar condutas e cominar penas em abstrato de acordo com o bem jurídico que se pretende proteger (BOSCHI, 2012).

A aplicação judicial é em síntese o juízo de valor feito pelo magistrado ao fixar a sentença penal, ocasião em que ele apreciando o caso em concreto e sopesando a culpabilidade do agente, determinará a quantidade necessária e suficiente de pena a possibilitar à prevenção e à repressão, tudo, dentro dos limites legais elencados pelo legislador. Na sequência, tem-se a fase de execução, o verdadeiro conflito entre Estado e condenado, é aqui o memento de verificar a utilidade prática da pena e de aplicar todos os princípios e direitos inerente ao Estado Democrático. Bitencourt (2003, p. 89) sintetiza esses três momentos:

Individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e

critérios de fixação de pena; *Individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, a *Individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção crimina, que é o seu cumprimento.

Avena (2014, p. 12), no mesmo sentido, preceitua que a fase de execução destina-se à ressocialização na medida em que o juízo da execução concede ao condenado um tratamento individualizado, proporcional ao delito cometido, obedecendo aos ditames legais.

[...] no âmbito executório (individualização executória), quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição etc.

Relativamente ao enfoque executório, o princípio impõe que o juiz estabeleça para cada autor de crime a pena exata e merecida. Em outras palavras, a pena deve ser imposta e executada em relação ao condenado de acordo com o grau de sua culpabilidade e em obediência aos critérios legais.

Sobre a fase de execução, manifesta-se Boschi (2002, p.70), ao preceituar que a individualização da pena na fase de execução é, no Brasil, ainda uma garantia vaga, indefinida, etérea, que permite afirmar que a reclusão e a detenção não ressocializam, porque não há ressocialização sem tratamento e sem que o condenado esteja determinado a se ressocializar.

Cabe ao Estado dar o tratamento adequado ao condenado, proporcionando não só a observância das normas de execução penal, mas também condições dignas para ressocialização. “Portanto, individualizar a pena é dar a cada condenado as oportunidades e meios necessários para que venha a ser reintegrar à sociedade” (SILVA, 2011, p. 65).

Reprimir o indivíduo com a pena de prisão, nas atuais condições do sistema penitenciário, é inseri-lo em um Estado de criminalidade, colocá-lo entre os condenados, que na grande maioria, não mais acreditam no Estado de Direito, pois a realidade vivida no interior das penitenciária é incompatível com a vida digna.

1.4 A agravante da reincidência

Tendo em vista toda exposição até aqui feita, passa-se agora para uma análise do instituto da reincidência, sob uma visão sistêmica, interligando as finalidades da pena, o sistema de garantias constitucionais do condenado, o Estado Democrático de Direito, tendo por base o atual sistema carcerário brasileiro.

Destarte, por oportuno, alguns dados estatísticos levantados pela pesquisadora Débora de Souza de Almeida que correspondem ao ano de 2012 (2012, p. 121, grifo nosso):

De acordo com dados oficiais do Ministério da Justiça, noticiados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 80% dos egressos do sistema carcerário são reincidentes. Embora as planilhas oficiais do Departamento Penitenciário Oficial (Depen) não apresentem indicadores sobre o número atual de reincidentes em âmbito nacional, se verifica, por exemplo que **no Rio Grande do Sul, 65% da população carcerária gaúcha possui mais de uma entrada**, conforme atesta quadro estatístico veiculado pela Susepe.

Em 2014 o número de reincidentes é ainda maior, corresponde a 68,04% da população carcerária do Rio Grande do Sul, que atualmente possui 29.121 detentos consoante dados da Superintendência dos Serviços Penitenciários.

Ferajolli sintetiza uma visão social e histórica pontual sobre a reincidência de forma eficiente (2002, p. 405):

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antiguidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”. Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes. Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito. Foi, assim, segundo veremos na quarta parte, que surgiu no código vigente uma articulada tipologia de delinquentes reincidentes - simples, reincidentes habituais, profissionais e por tendência-, tratados com penas progressivamente severas, submetidos a medidas de segurança, excluídos dos benefícios previstos para

outros condenados, impelidos, de fato, à carreira criminal como incorrigíveis ou irrecuperáveis.

Defende o autor acima referido que a agravante da reincidência é uma nova punição sobre um fato já penalizado, ou seja, *bis in idem*. Embora o presente trabalho não busque discutir tal questão é oportuna a citação que contextualiza o histórico combate a agravante da reincidência, que sob um viés garantista funda-se exclusivamente no direito penal do autor.

O Direito Penal é instrumento estatal composto por normas jurídicas que tem por finalidade coibir práticas contrárias ao interesse social, que atentem contra bens juridicamente relevantes à ordem social. Aquele que infringe qualquer dessas normas é repreendido pelo Estado através da pena. É através deste mecanismo retributivo de controle que o Estado visa regular a defesa social, mas não é só, acredita-se ainda que a pena (cominação em abstrato) possui um caráter preventivo (intimidação) e ressocializador. Tendo por base essa visão utópica da função e resultados da pena, optou-se por um tratamento mais severo àquele que mesmo tendo passado pela punição voltou a ofender novamente bem jurídico tutelado pelo Estado, surgindo assim o reincidente.

A agravante da reincidência encontra-se positivada no art. 63 do Código Penal, o qual dispõe que: ocorre a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Assim, para que ocorra a reincidência, com a consequente agravação da pena a ser imposta ao autor de determinado crime, é necessário que já tenha transitado em julgado sentença penal condenatória (MIRABETE, 2002, p. 301).

O Brasil, conforme se verifica no supracitado artigo, adotou o sistema da reincidência ficta, ou seja, não aguarda o cumprimento integral ou parcial da pena anteriormente imposta, sendo considerado reincidente aquele que praticar novo delito após sentença penal condenatória transitada em julgado por crime anteriormente praticado, afastando a reincidência real, na qual só seria reincidente o indivíduo que voltasse a delinquir após o parcial ou integral cumprimento da pena aplicada (CHIQUEZI, 2009, p. 23).

A duração dos efeitos da reincidência, “o indivíduo reincidente”, no sistema penal brasileiro, é marcada por um lapso temporal de cinco anos contados da data do cumprimento

ou extinção da pena. Há delitos que não geram reincidência, tal situação ocorre quando a sentença condenatória tratar de crimes militares próprios e de crimes políticos, estes tipos penais não podem ser considerados para efeito de reincidência, conforme preceitua o art. 64 do Código Penal:

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Portanto, aqui podemos destacar uma incongruência sistêmica, qual seja, no que tange ao reconhecimento da reincidência, o legislador adotou a reincidência ficta, tendo por critério a sentença penal transitada em julgado, porém, no que concerne à exclusão dos efeitos, adotou por data base o cumprimento ou exclusão da pena.

A natureza jurídica da reincidência, de acordo com a legislação pátria, é de circunstância agravante, estando expressa no art. 61, inciso I, do Código Penal, o qual dispõe que: são circunstância que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime; a reincidência.

Ainda, vale destacar que, de acordo com o artigo acima mencionado, a aplicação da agravante da reincidência é obrigatória, e incidirá na segunda fase do cálculo da pena, não havendo discricionariedade em sua aplicação, tão pouco depende de análise fática, o que prejudica e relativiza a individualização da pena.

Assim entendeu o legislador ao positivar a agravante da reincidência, apontando na lei também as consequências do reconhecimento da agravante, que partem desde a exasperação da pena até vedações de direitos na fase de execução penal. Sua constitucionalidade já foi questionada, todavia, a Corte Suprema entendeu ser ela compatível com o texto constitucional brasileiro, conforme julgamento abaixo citado.

Partindo da premissa de que a agravante da reincidência tem validade constitucional, primeiramente, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, RE 453000/RS⁶, deixando de levar em consideração que ela se baseia no Direito Penal do Inimigo e no Direito Penal do Autor, e, por fim, desconsiderando o princípio do *bis in idem*, ainda assim se pode questionar sua constitucionalidade, uma vez que o Estado não observa as normas instituídas pelo próprio poder constituinte, laborando em flagrante ilegalidade.

O Estado é o responsável pela execução da pena, portanto o responsável pela reinserção do condenado na sociedade. O Estado não possui legitimidade e mecanismos para reeducar (de forma coercitiva) o condenado, pois agindo assim violaria direito inerente à personalidade. Cabe ao Estado propiciar os meios, oferecer condições e opções ao condenado para a ressocialização. O sistema vigente possui na Constituição Federal e na Lei de Execuções Penais mecanismos e direitos positivados que possibilitam a reinserção, abrindo caminhos diversos ao crime, todavia o Estado em desídia não observa tais preceitos legais que ele próprio elencou (BOSCHI, 2002, p. 125-127).

Afora a desídia estatal com o apenado dentro do sistema carcerário, devem-se levar em consideração os paradigmas sociais enfrentados pelos “condenados” após o cumprimento da pena, pois é inegável que a “marca” carcerária os segue e contribui, inevitavelmente ao retorno ao crime. A falta de aparato e programas de reinserção ao meio social é visível, o Estado não investe e desacredita no potencial do ser humano que passou pelo cárcere, quiçá as entidades privadas acreditarão, o que é pouco provável diante do atual cenário capitalista arrebatador. Assim, o Estado “maquia” um sistema ineficaz e continua punindo mais severamente aquele que passou pelo cárcere e não se (res)socializou.

Destarte, novamente, é preciso referir que o art. 5º, inciso XVI, do atual texto constitucional elenca o princípio da individualização da pena o qual, como referido, é dividido três fases, sendo que, para a presente pesquisa, interessa sua aplicabilidade nas fases de fixação da pena judicial e execução. O Estado não está possibilitando a individualização da pena, a ressocialização para aqueles que possuem interesse. Assim, como legitimar a

⁶ AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).

agravante da reincidência, penalizar o indivíduo que voltou a delinquir. A ilegalidade da agravante é flagrante e decorrente da quebra do pacto social.

2 A (IN) VALIDADE CONSTITUCIONAL DA REINCIDÊNCIA DIANTE DAS MAZELAS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O presente capítulo busca contrapor as teorias, o ordenamento jurídico positivado e adotado pelo Estado, os princípios basilares em face da realidade carcerária brasileira e suas mazelas. Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma abordagem do sistema de execução penal brasileiro, após uma breve digressão histórica sobre os sistemas de execução penal da modernidade até a contemporaneidade. Ao final, será dado um enfoque à realidade do sistema carcerário no país, em análise ao papel do Estado no que tange à administração da justiça penal, em especial voltada para sua última fase, qual seja, a execução criminal.

2.1 O sistema de execução penal e modelo jurídico garantista

O sistema de execução penal no Brasil é atividade complexa incumbida ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, sob a fiscalização do Ministério Público, e com atuação da advocacia, seja pública, seja privada, cuja função é igualmente essencial à administração da justiça. No que concerne à natureza jurídica da execução penal, doutrina e jurisprudência são divergentes, contudo, hodiernamente tendem a defender a natureza jurídica jurisdicional, vez que é o juízo da execução quem decide os incidentes ocorridos no decorrer da execução.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 941), defende que a natureza jurídica da execução penal “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”. Renato Marcão (2009, p. 02), por sua vez, defende que “a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que envolve”.

Portanto, defende-se a natureza jurisdicional da execução penal, porém é inconteste a intensa vinculação com a atividade administrativa. O Estado, por meio do Poder Executivo, através de seus órgãos, é incumbido de manter e gerenciar o sistema penitenciário, fornecendo estrutura física e humana para execução da pena fixada pelo Judiciário nos processos de conhecimento. Oportuna é sintetização feita por Nucci (2007, p. 942):

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à

execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

A própria carta constitucional vincula Judiciário e Executivo ao estabelecer que a competência legislativa em matéria penal e processual penal é privativa da união (art. 22, I, da Constituição Federal), enquanto a matéria de direito penitenciário, organização e administração, execução penal é da União, mas de forma concorrente com os Estados e com o Distrito Federal (art. 24, I, da Constituição Federal), impondo aos Estados a regulamentação do seu sistema penitenciário (NUCCI, 2007).

Toda a discussão sobre pena e a execução penal, em que pese a vinculação ao direito penal, processual penal e administrativo, deve obediência ao sistema constitucional, o qual é o norte de toda legislação. Mesmo com a supressão da liberdade, o bem jurídico a ser protegido é o homem e sua dignidade, sendo essa a missão preterida e positivada na Lei n.º 7.210, de julho de 1984 e na Constituição Federal.

O sistema de execução penal adotado pelo Brasil é o Progressivo, conquanto, para melhor compreender as finalidades e os meios de execução é oportuna uma abordagem sobre os principais sistemas conhecidos, quais sejam: o Pensilvânico ou Celular e Auburniano. O sistema Celular inicialmente idealizado por Guilherme Penn, em 1681, como forma a atenuar as penas capitais e corporais na Colônia da Pensilvânia, tinha como base o isolamento, o silêncio, a meditação e a oração, tendo forte conotação religiosa. Sobre o modelo discorrem D. Melossi e M. Pivarini (apud BITENCOURT, 1993, p. 63):

As características essenciais desta forma de purgar a pena, fundamentam-se no isolamento celular dos internados, a obrigação estrita ao silêncio, a meditação e a oração. Este sistema de vigilância reduzia drasticamente os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões. A organização de uma instituição na qual o isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar meios para salvar tantas criaturas infelizes.

O sistema Celular foi duramente criticado, vez que a tortura do silêncio e do isolamento impossibilitavam a reabilitação, bem como violava claramente a dignidade e a

natureza social do ser humano, concebendo à pena apenas um fim punitivo, ceifando, conseqüentemente, a possibilidade de reinserção social.

O sistema Auburniano surgiu como forma de superação e aperfeiçoamento do sistema Celular. O sistema Auburniano dividiu os detentos em classes, sendo o isolamento vinculado e relativizado de acordo com a classificação dada ao detento, preconizando o trabalho, porém mantendo a regra do silêncio absoluto. O sistema Auburniano teve como principal defensor Elan Lynds, militar que dirigiu a prisão de Auburn a partir de 1821. O sistema não tinha uma orientação definida para a reforma do delinquente, predominando a preocupação de conseguir a obediência do recluso, a manutenção da segurança interna e a finalidade utilitária consistente na exploração da mão-de-obra carcerária (BITENCOURT, 1993, p.71-73).

Bitencourt (1993, p. 78), ao fazer um comparativo entre os dois sistemas acima mencionados, os resume de forma coerente.

Não há radicais diferenças entre o sistema auburniano e o filadélfico apesar de que a polêmica que existiu entre as vantagens e inconveniente de ambos pudesse levar a outra conclusão. Os sistemas impediam que os reclusos pudessem comunicar-se entre si e os separavam em celas individuais durante a noite. A diferença principal reduz-se ao fato de que no regime celular a separação dos reclusos ocorria durante todo o dia: no auburniano, por sua vez, eram reunidos durante algumas horas, para poderem dedicar-se a um trabalho produtivo.

O sistema celular fundou-se basicamente em inspiração mística e religiosa. O sistema auburniano, por sua vez, inspirou-se claramente em motivações econômicas. Os dois sistemas adotaram um conceito predominantemente punitivo e retributivo para a pena.

Ambos os sistemas não expressavam e não tinham por escopo a ressocialização do apenado, contudo, diante da eleição do isolamento para a meditação e o trabalho como meios de execução, pode-se identificar uma tendência, mesmo que subjetiva, de reintegrar e corrigir o recluso. Com efeito, afora o rigor disciplinar e a regra do silêncio absoluto, o sistema Auburniano constitui-se em uma das bases ideológicas do sistema Progressivo adotado pelo ordenamento Brasileiro, qual seja o trabalho.

Tendo em vista a adoção da pena privativa de liberdade como principal resposta estatal ao delito e, no decurso dos séculos, a evolução dos direitos humanos com a conseqüente

humanização das penas, adotou-se um sistema Progressivo visando à recuperação e reintegração do condenado à sociedade.

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com a sua conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e adesão do recluso ao regime aplicado e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. O regime progressivo significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimes Auburniano e Filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 1993, p. 81).

O Código Penal, ao tratar da pena privativa de liberdade (art. 33), disciplina quatro regimes de execução, fechado, semiaberto, aberto e especial, os quais são fixados conforme a quantidade de pena cominada e os limites e disposições legais de forma proporcional a prevenção e repressão do delito⁷. A chamada individualização da pena.

⁷ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. § 4º - O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. Regras do regime fechado. Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. Regras do regime semi-aberto. Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Regras do regime aberto. Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. Regime especial - Art. 37 - As mulheres cumprem pena em

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução para a “forma progressiva”, estabelece o art. 112 da Lei de Execuções Penais a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstrada condições de aptidão ao mais suave. De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, pela regressão, que ocorre nas hipóteses do art. 118 da Lei de Execução Penal. Formando, assim, um sistema de prêmios pelo bom comportamento, passando paulatinamente a ter um maior convívio social, o que na teoria, desaguaria na ressocialização do condenado (MIRABETE, 2002).

A repressão ao delito na sociedade moderna, através das penas privativas de liberdade, tornou-se um meio de controle da violência e da criminalidade. O modelo jurídico penal é autorizado, apenas, a cumprir e executar as disposições legalmente previstas, exteriorizando assim o poder de coerção conferido ao Estado. Com efeito, a atuação estatal está vinculada e é autorizada quando, o Estado, observa e segue estritamente a lei, caso contrário age de forma ilegal. As leis, o ordenamento em si, têm por objetivo garantir aos indivíduos os direitos individuais positivados na Constituição Federal, conferindo ao Direito Penal um viés garantista e humanitário, o qual deve ser respeitado e priorizado pelo próprio Estado.

O garantismo penal tem por escopo a máxima proteção dos direitos individuais e sociais em fase do Estado, em especial a proteção à liberdade, através da observância às normas legais. Ao tecer algumas considerações sobre a temática, merece destaque uma expressão utilizada por Ferrajoli, qual seja, **Estado de Direito**, sobre a qual se organiza e se perfectibiliza a teoria garantista.

Nas palavras de Ferrajoli (2006, p. 790):

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo,

judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

O garantismo vincula a atuação do Estado a lei, sendo o Estado legitimado a agir apenas quando autorizado e de acordo com as normas. O Estado deve intervir minimamente na esfera de liberdade do cidadão, priorizando apenas os casos de violação a bem jurídico relevante. Com efeito, deve o Estado ser garantidor dos direitos sociais, individuais e humanos, tendo por princípio norteador o da legalidade.

A carta política brasileira consagra inúmeros princípios, os quais condizem com a visão garantista do Direito Penal. E mais, ultrapassa o Estado de Direito, passando a um Estado Democrático de Direito, o qual tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e por objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (art. 1º e art. 3º da Constituição Federal)⁸.

O garantismo, portanto, não é apenas uma construção teórica, em que pese a resistência em sua aceitação pelos teóricos e pelo ordenamento pátrio. A Constituição Feral determina, inegavelmente, a observância aos ditames garantistas quando se trata de Direito Penal. Os princípios sobre os quais se funda o modelo garantista: a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência (FERRAJOLI, 2006, p. 29) são os mesmos elencados pelo sistema jurídico brasileiro.

Sobre o garantismo, leciona, ainda, Ferrajoli (2006, p. 785-787):

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...]

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e não invalidez) das segundas.

[...]

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Portanto, o sistema brasileiro é um modelo garantista. Sendo assim, o Estado está vinculado aos princípios democráticos, humanitários e à lei, ou seja, já na criação da norma deve o legislador respeitar os princípios fundadores do Estado (o pacto entre indivíduos e Estado), existindo assim uma limitação ou autolimitação do poder, bem como na atuação e aplicação do direito de punir deve estrita obediência ao princípio da legalidade. O princípio da legalidade ou reserva legal e suas várias facetas, por assim dizer, está baseado e legitimado pela teoria do contrato social, criada e defendida principalmente por Rousseau, e após, na esfera penal, por John Locke e Beccaria. Com a teoria do contrato social nasce o Estado garantido dos direitos do homem, vinculando-se sua atuação à proteção destes.

Tendo em vista as atrocidades cometidas pelo Estado Autoritário, surgiu a necessidade de limitação do poder estatal, surgindo e se aperfeiçoando o contrato social, no qual o Estado

recebeu o poder de punir, bem como o de proteger o cidadão até mesmo do seu poder, vinculando sua atuação à lei e aos princípios basilares.

Prega a teoria que a construção do Estado se deu através de um contrato social, contrato este que fez do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. O contrato preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de liberdade e proteção contra o próprio ente Estatal (LUISI, 1991, p. 14).

Portanto, todo poder do Estado de valer-se do Direito Penal corresponde uma garantia do indivíduo de proteger-se contra ele, o Direito Penal mesmo sendo punitivo garante, através do procedimento penal e dos tipos penais os direitos individuais, e, conjugando-se a fórmula Direito Penal/controlar social, teremos que todo Estado de Direito, nas palavras de Roxim, deve proteger o indivíduo não só mediante o Direito Penal, senão também do Direito Penal (apud SCHIMIDT, 2002. p. 48).

Assim, verifica-se uma incoerência fática e jurídica em nosso ordenamento pátrio, pois mesmo vivendo em um Estado Democrático de Direito tido como protetor dos direitos do homem, continua-se punindo mais severamente aqueles que perpassam pelas masmorras do sistema carcerário brasileiro e voltam a delinquir. Sistemas este que, ironicamente, conforme as teorias da pena adotadas, teria a função de (re)socializar o condenado.

2.2 A realidade carcerária brasileira: o Estado criminoso

O sistema carcerário e a própria pena de prisão são conceitos falidos no atual momento histórico e, nesse aspecto, não há razão para entendimento diverso frente à situação fática carcerária brasileira. Partindo dos pressupostos a seguir elencados, não há como negar esta realidade, sob pena de hipocrisia teórica e acadêmica, quais sejam: que a pena é um mal necessário no modelo social vigente, que o sistema punitivo não ressocializa, que a sociedade é conivente com um sistema desumano e que os direitos constitucionais dos presos estão sendo claramente violados pelo Estado, o qual labora em flagrante ilegalidade.

O crime acompanha a evolução da sociedade, da mesma forma que a retribuição pelo mal cometido. O que se verifica é um aumento frenético da criminalidade e uma desídia

histórica com o sistema prisional, um sistema natimorto e excludente que se arrastou pelos séculos e se espalhou pelo mundo sem ter resultados positivos, apenas sendo uma necessidade, um mal sem alternativas compatíveis com o modelo econômico. Embora tenha o homem, com os pensamentos iluministas, se tornado o centro do universo e, com os ideais da Revolução Francesa, o indivíduo tenha sido considerado e respeitado em sua individualidade, frente ao Estado e à sociedade, tais ideias já consolidadas não servem para o indivíduo encarcerado, o qual é tratado como um ser apartado do convívio social, em supressão a sua própria condição de ser humano.

Alguns dados estatísticos e notícias são de extrema relevância para o presente trabalho, refletindo a realidade carcerária brasileira. Serão apresentados dados gerais do universo carcerário brasileiro, bem como dados específicos do Estado Rio Grande do Sul, além de algumas informações veiculadas nos meios de comunicação.

Segundo dados disponibilizados pelo Infopen Estatísticas⁹, em dezembro de 2012 o Brasil possuía 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) detentos no sistema prisional, sendo que o total de vagas existentes era de 310.687. Portanto, a superlotação alcançou o percentual de 76,38%. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014)

A precariedade e as mazelas do sistema estão presentes em todos os entes da federação. Para um fim exemplificativo da diversidade da questão penitenciária no Brasil propõe-se, a seguir, um detalhamento da realidade prisional do Estado do Rio Grande do Sul.

No Estado do Rio Grande do Sul, conforme dados disponibilizados pela SUSEPE¹⁰, atualmente há 28.947 (vinte e oito mil novecentos e quarenta e sete) detentos, sendo 27.796 (vinte e sete mil setecentos e noventa e seis) homens e 1.697 (um mil seiscentos e noventa e sete) mulheres, distribuídos em 98 (noventa e oito) estabelecimentos prisionais, sendo que o número de vagas é de 21.447 (vinte e um mil quatrocentos e quarenta e sete) (SUSEPE, 2014).

⁹ É uma subdivisão do Departamento Penitenciário Nacional vinculado ao Ministério da Justiça, sendo o responsável pelos registros de indicadores gerais e preliminares sobre a população carcerária do país.

¹⁰ Superintendência dos Serviços Penitenciários, órgão vinculado ao Estado do Rio Grande do Sul, o qual administra o sistema penitenciário estadual.

Pode-se, ainda, construir um perfil dos indivíduos que frequentam o sistema carcerário Brasileiro, sendo que a grande maioria é composta de jovens com idade entre 18 e 34 anos e providos de pouca escolaridade.

Em relação ao grau de instrução, 8,15% dos presos são analfabetos, 14,35% são alfabetizados, 44,76% possuem o ensino fundamental incompleto, 12,02% possuem o ensino fundamental completo, 9,36% o ensino médio incompleto, 6,81% o ensino médio completo, 0,9% o ensino superior incompleto, 0,43% o ensino superior completo, menos de 0,1% nível acima do superior completo. Não foi informada a escolaridade de 3,14% (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 72).

Tendo em vista os dados acima apontados verifica-se que o sistema carcerário é formado por pessoas com pouca escolaridade, sendo que somados os analfabetos, os apenas alfabetizados e os que possuem ensino fundamental incompleto, chegamos ao percentual de 67,26% dos detentos do Brasil. Ao revés, apenas 0,43% possuem ensino superior completo, demonstrando que a escolaridade é fator relevante no que tange ao combate à criminalidade.

Em relação à faixa etária, 31,87% dos presos têm entre 18 e 24 anos, 26,10% entre 25 e 29 anos, 17,50% entre 30 e 34 anos, 15,45% entre 35 e 45 anos, 6,16% entre 46 e 60 anos, 0,96% mais de 60 anos e 1,95% não tiveram a idade informada. Quanto aos presos por cor de pele/etnia, assim se encontram distribuídos: 39,94% têm pele branca, 17,22% pele negra, 40,85% pele parda, 0,65% pele amarela, 0,16% são indígenas e a 1,18% dos presos foram atribuídas outras cores/etnias (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p.73).

Constata-se que o maior número de detentos possui idade entre 18 e 34 anos, chegando ao percentual de 75,47%. Quanto à cor da pele há uma paridade, sendo predominantes as pessoas de pele parda, com um percentual de 40,85%.

No Rio Grande do Sul, de acordo com a SUSEPE, no que concerne ao grau de escolaridade, 62,72% dos detentos possui ensino fundamental incompleto, 11,75% ensino fundamental, 9,36% ensino médio incompleto, 5,89% ensino médio, 5,79% são apenas alfabetizados, 3,24% são analfabetos, 0,35% possuem ensino superior incompleto e apenas 0,13% ensino superior.

No que tange à faixa etária dos detentos Gaúchos, de acordo com a SUSEPE, 21% possuem idade entre 18 e 24 anos, 24% possuem entre 25 a 29 anos, 22% possuem entre 30 e

34 anos, 23% possuem entre 35 e 45 anos, 9% possuem entre 46 e 60 anos e 1% acima de 60 anos.

No que concerne aos índices de reincidência, os dados são assustadores, pois demonstram que apenas 31% dos indivíduos que passam pela prisão não voltam a delinquir. O restante, ou seja, 69% (tendo em vista a realidade carcerária, a realidade social, a ausência de perspectivas e a falta de programas voltados à reabilitação), voltam a cometer crimes e passam a fazer parte de um Estado “criminoso”, uma subcultura carcerária que se alastra para fora das prisões, que forma facções e incentiva a dedicação dos indivíduos ao crime organizado.

O uso generalizado da privação da liberdade humana como forma precípua de sanção criminal deu lugar ao estabelecimento de grande número de comunidades, nas quais convivem dezenas a milhares de pessoas. Essa coexistência grupal, como é óbvio, teria de dar origem a um sistema social. Não se subordina este, porém, à ordem social decretada pelas autoridades criadoras, mas, como é comum, desenvolveria um regimento interno próprio, informal, resultante da interação concreta dos homens, diante dos problemas postos pelo ambiente particular em que se encontram envolvidos. [...] o significado da vida carcerária não se resume a mera questão de muros e grades, de celas e trancas: ele deve ser buscado através da consideração de que a penitenciária é uma sociedade dentro da sociedade. (THOMPSON, 1988, p. 21-22).

No Rio Grande do Sul, consoante informações obtidas junto ao site da SUSEPE, 69% dos homens presos são reincidentes, já entre as mulheres o percentual de reincidência é mais baixo, 49%.

No âmbito nacional, é oportuno destacar a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário concluída no ano de 2009, realizada pelos Deputados Federais.

A Comissão Parlamentar de Inquérito teve como finalidade investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP. (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009).

Tais investigações e estudos foram publicados e estão concentrados e disponíveis na obra “CPI Sistema Carcerário.”

Primeiramente, cabe enfatizar a conclusão dos deputados sobre Presídio Central de Porto Alegre: “pior presídio visitado pela CPI”. O descaso com o local chamou a atenção dos representantes do povo, a falta de condições o consagrou como uma “masmorra do século 21”, dominado pela criminalidade e sem perspectivas de ressocialização, um lugar insalubre, onde todos os detentos são misturados e reduzidos a condição desumanas¹¹.

¹¹ A diligência foi inicialmente ao Presídio Central de Porto Alegre, dirigido pelo Coronel EDEN MORAIS, da Força Tarefa do Batalhão da PM, denominada “Brigada”. Esse presídio, de regime fechado, abriga 4.235 detentos, para uma capacidade de apenas 1.565 vagas. A superlotação é de cerca de 200%. Dos presos existentes, somente 1.700 estão condenados, os demais são provisórios.

Em 2007, foram apreendidas drogas, 2 revólveres calibre 38 e cerca de 200 (duzentos) celulares. Nos três meses de 2008, foram apreendidos, nas celas, 32 celulares. Apesar dessas irregularidades, não há informações sobre punições a funcionários. Há 263 policiais militares (presumidamente com desvio de função) realizando tarefas dos agentes penitenciários, militarizando o estabelecimento. Os Agentes Penitenciários ganham R\$ 1.100,00 por mês, quantia que, depois dos descontos, chega a R\$ 900,00. Para auxiliar na vigilância há 90 cães de raças diversas.

A ociosidade e a falta de perspectiva no estabelecimento são generalizadas, uma vez que apenas 100 presos estudam e 400 trabalham em atividades sem qualquer expressão econômica, as quais não oferecem qualquer oportunidade num mercado cada vez mais exigente.

O custo de cada preso, para o contribuinte gaúcho, é de aproximadamente R\$ 900,00. A alimentação é preparada pelos próprios presos. Os presos têm direito a visitas íntimas e de familiares. A assistência à saúde não é prioridade da Unidade. Apenas um médico cuida dos internos, dos quais 123 estão infetados pela Aids e 56 pela tuberculose.

“Qual a capacidade das celas?”, pergunta o Relator da CPI ao Coronel Édén Moares, Diretor do presídio. “Temos celas para 4, 6 e 8 presos”, responde. “E quantos ficam realmente em cada uma?”, insiste o Relator da CPI. “20, 25 e 30 presos”, conclui o coronel. A conversa deu-se na porta do presídio e era a senha para o que os Deputados iriam encontrar naquele estabelecimento.

Apelidada de “masmorra”, a parte superior do presídio é o pior lugar visto pela CPI. Em buracos de 1 metro por 1,5 metro, dormindo em camas de cimento, os presos convivem em sujeira, mofo e mal cheiro insuportável. Paredes quebradas e celas sem portas, privadas imundas (a água só é liberada uma vez por dia), sacos e roupas pendurados por todo lado... uma visão dantesca, grotesca, surreal, absurda e desumana. Um descaso!

Fios expostos em todas as paredes, grades enferrujadas, esgoto escorrendo pelas paredes, despejado no pátio. Sujeira e podridão fazem parte do cenário. A visão é tenebrosa. Nessa “masmorra do século 21” habitam 300 presos, mas nem um deles estava lá na hora: foram retirados e levados para o pátio antes da entrada dos membros da CPI do Sistema Carcerário. Deputados não puderam falar com os “moradores” de um dos piores e mais insalubres presídios diligenciados pela CPI.

Há uma mercearia no interior do estabelecimento, arrendada mediante licitação, com vendas de produtos acima dos preços de mercado, cujos proprietários faturam cerca de R\$ 30.000,00 por mês. Lá, vende-se de tudo: cigarro, café, açúcar, óleo, arroz, feijão, sucos, sabão, detergente, bolacha, pastel para fritar. Produtos similares aos comercializados na “vendinga” não podem ser trazidos pelos familiares aos presos, para obrigá-los, assim, a comprar os da mercearia.

O presídio é administrado pela “Brigada Militar”, que não deu folga nem aos presos, nem aos Deputados, acompanhando toda a visita, sempre “grudados” na Comissão. Com medo e claramente acuados, poucos presos tiveram coragem de falar com a CPI. Os que falaram denunciaram a falta de trabalho e de médicos, a ausência de Juízes, Defensores e Promotores e ainda a truculência da “Brigada Militar” que, segundo eles, maltrata os presos rotineiramente com cassetetes de madeira e tiros de balas de borracha.

Em uma parede do presídio, a CPI encontrou, escrita à mão, a sigla PCC. Questionados, o diretor do presídio e o chefe de segurança confirmaram que existem facções na cadeia: “Os manos”, “Abertos”, “Unidos pela Paz” e “Os sem facção” são as organizações criminosas que dominam o presídio, além do Primeiro Comando da Capital. Uma vez por semana há uma reunião entre o PM, chefe de segurança da cadeia, e os líderes e representantes da facção. Segundo os policiais, essas reuniões com as lideranças das organizações são uma forma de manter a paz no presídio. Há concessões em troca da suspensão de rebeliões.

O aumento crescente da criminalidade e a falta de alternativas para o combate da criminalidade fez com que o Estado utilizasse, ainda mais, a pena de prisão como medida de repressão ao crime, criando um sistema superlotado, cuja logística e a capacidade física criam um ambiente desumano.

A superlotação, nem de longe, é o único problema do sistema carcerário brasileiro. O Estado não faz uma radiografia mais precisa e detalhada, evitando produzir dados sistematizados daquilo que pode demonstrar a falência do sistema como estratégia de controle social, o que não se propõem racional, principalmente na ordem internacional.

O atual sistema apenas pode ser concebido como mecanismos de política criminal, ou melhor dizendo, de “limpeza social”, pois há muitos anos as penitenciárias tornaram-se “depósitos humanos” e “escolas do crime”, que retiram a dignidade e a própria condição de ser humano. Mesmo assim, o indivíduo continua sendo reprimido mais severamente no caso de, após ter passado pelo sistema, voltar a delinquir.

A realidade social brasileira é dura, em que pese os avanços sociais, as camadas menos favorecidas de um modo geral continuam não integradas à sociedade capitalista, pois a integração é determinada pelo poder aquisitivo. O Estado sequer garante às pessoas que não delinquiram, e que se comportam de acordo com a lei e a ordem vigente, saúde, educação, moradia, lazer e alimentação (vida digna), violando assim os direitos consagrados na Constituição Federal, quiçá garantirá os direitos dos indivíduos que violam o sistema penal e o modelo econômico adotado.

[...] não obstante há justiça criminal se reorganiza a nova configuração do capital: a ressocialização é substituída pela incapacitação seletiva da época da globalização, porque os que não foram socializados não podem ser ressocializados mas devem ser vigiados, segregados e incapacitados (DIETER, 2013, p.272-273).

Assim, as teorias da pena até aqui criadas não mais justificam de forma racional e humanitária a reprimenda penal, quiçá um dia terem justificado. Verifica-se que foram atribuídas à pena, nas condições do sistema carcerário, duas finalidades, quais sejam: punição e exclusão. Punição por violar uma norma legal posta, criada e aceita por uma sociedade da qual o indivíduo infrator não participa. Exclusão do excluído, com o perdão da redundância, pois que se retira a liberdade daqueles que não se adequaram à sociedade e aos valores do

capital. Não se quer justificar aqui a prática de crimes, mas tal constatação demonstra que o sistema penal é seletivo e incapaz de (res)socializar as pessoas que não são socializadas.

Quanto à seletividade do sistema, ensina Zaffaroni (1989, p. 15):

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá se adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais e comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

E segue o autor (1989, p. 25), dispondo que o Poder Legislativo, já na elaboração da lei, seleciona de maneira vertical as condutas a serem criminalizadas, selecionando o público alvo:

Em síntese, e levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurado ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrária e seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplísimos âmbitos de controle social punitivo.

A violação de direitos constitucionais já não é mais a problemática enfrentada nas penitenciárias brasileiras, e sim a violação de direitos universais relativos ao ser humano. A realidade é conhecida pela sociedade, pelos governantes e até pelos órgãos internacionais, porém, mesmo nestas condições o Direito Penal é eleito para continuar combatendo o crime.

O sistema carcerário tornou-se uma “sociedade à parte” com leis, cultura, líderes e valores próprios, sendo suprimida a possibilidade de reintegração social. Ao contrário, os indivíduos que entram no sistema são, na grande maioria, incorporados por esse Estado “criminoso”, o qual, muitas vezes, lhe propõem mais benefícios e condições que o próprio Estado constituído.

A expressão o “Estado criminoso”, utilizada no presente estudo, refere-se à realidade carcerária brasileira, a qual deságua no fortalecimento do crime, criando instituições organizadas, com dogmas e princípios próprios e contrários ao Estado instituído. A realidade desumana, violenta e cruel criada na maioria das penitenciárias do país faz com que os indivíduos que ali perpassam desacreditem no Estado de Direito, e muitas vezes mesmo sem opções, aderem à criminalidade como forma de proteção e por afinidade com a realidade em que foram implantados.

Diante de tantas ilegalidades, como pode o Estado continuar punindo nestas condições? E mais, agravando a pena das pessoas que estão integradas ao Estado “criminoso”, o qual é uma criação legislativa, positivada e aceita pela sociedade?

2.3 A (in)validade constitucional da reincidência diante das mazelas do sistema carcerário brasileiro

A invalidade constitucional da reincidência funda-se na inobservância das normas por parte do Estado. O Estado Democrático de Direito é constituído com a finalidade de proteger e garantir os direitos do povo que, por sua vez, o constituiu e que o legitimou. Com efeito, essa legitimação concedida é vinculada à estrita observância das normas postas, estando o poder estatal limitado e autorizado pela Constituição Federal e pelas leis. Portanto, a atividade de execução penal, como um conjunto de medidas judiciais e administrativas, deve estrita observância à Lei de Execuções Penais, à Constituição e aos princípios gerais do Direito.

O Estado, formado por sua antiga e conhecida fórmula, território, povo e governo, positivado e legitimado pelo poder constituinte originário na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através do Poder Legislativo, integrado por representantes do povo, tem o poder-dever de optar por políticas compatíveis com o sistema constitucional adotado e, ao mesmo tempo, eficientes contra a criminalidade. A tarefa é árdua, porém, não se pode admitir, diante do modelo jurídico garantista adotado, a manutenção de um sistema carcerário que viole direitos individuais e ainda seja ineficiente no combate à criminalidade.

O Código Penal Brasileiro entrou em vigor em 1941, sendo a parte geral modificada em 1984, portanto pré-Constituição de 1988. Assim, manteve-se uma política criminal repressora e seletiva, deixando o Direito Penal de evoluir com a nova sociedade democrática.

Em que pese a gama de direitos individuais garantidos pela carta constitucional, reafirmou-se um sistema penal ineficiente, em especial no que tange ao discurso difundido, em que o Direito Penal é instrumento de controle social e, nesse sentido, a pena tem uma função social e também de prevenção da criminalidade.

Conforme os dados já apresentados, no Estado do Rio Grande do Sul, cerca de 69% dos detentos são reincidentes. A prisão, que primordialmente foi pensada com otimismo, hoje é vista como fator criminógeno, que estimula a delinquência.

Bitencourt (1993, p. 144-145) apresenta características e deficiências na execução da pena que são corriqueiras e comuns a grande maioria de estabelecimentos penais Brasileiros e estrangeiros:

As mazelas da prisão não são privilégios apenas de países de terceiro mundo. De um modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: mau trato verbal ou de fato, [...]; superlotação carcerária [...]; falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeira e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc); condições deficientes de trabalho [...]; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta existência [...]; assistência psíquica; regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas; reiterados abusos sexuais; ambiente propício à violência, onde sempre se impõem a lei do mais forte.

Apesar de Bitencourt referir-se à realidade vivenciada em 1993, a qual já era precária e desumana, tal realidade mantém-se atual, pois hoje, vinte e um anos depois, a situação só se agravou, vez que a massa carcerária mais que dobrou. No ano de 2000 eram 232.755 (duzentos e trinta e dois mil setecentos e cinquenta e cinco) detentos, não foram encontrados dados relativos ao ano de 1993, passando, em dezembro de 2012, para 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) detentos no sistema prisional conforme dados do Infopen Estatística.

Do ponto de vista sociológico, é inegável a existência de uma micro sociedade “criminosa” no ambiente penitenciário, pois vislumbram-se, em muitos estabelecimentos prisionais, a existência de um poder paralelo ao do Estado, uma subcultura, administrada por facções, constituída de regras e costumes próprios e até assistencialista, como referido no item anterior. Criou-se a “guerra contra o crime”, sendo abandonada as “finalidades da pena”, finalidades que nunca passaram de uma ilusão, as quais trabalham em função da dominação e

da seleção. O Poder Judiciário aplica a lei, condena, porém o Estado-Administração nem sempre observa a lei na execução da pena. Afirmar que a legislação, em tese, é igual para todos, é uma falácia, pois o Direito Penal adotado é seletivo por opção de política criminal e social.

Podemos afirmar que há duas faces do Direito Penal, do direito de punir, questionando a sua real função, humanização ou controle penal-econômico. A humanização, e aqui pode ser vista como ressocialização, defendida e difundida, o direito penal de garantias, em tese adotado pelo Estado, mascara uma realidade seletiva, sendo uma política penal compatível com sistema econômico adotado. Diante do atual cenário carcerário e frente a política penal adotada o sistema penal deve ser visto “como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas.” (ANDRADE, 2003, p. 254).

Na sociedade capitalista, dá-se, assim, uma reestruturação da “economia da ilegalidades”: a “ilegalidade dos direitos” que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados e separada da “ilegalidade dos bens”. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois enquanto a ilegalidade mais acessível às classes baixas será a dos bens (transferência violenta das propriedades), a burguesia proprietária se reservará a “ilegalidade dos direitos.” (ANDRADE, 2003, p. 248).

As mazelas do sistema carcerário, as condições físicas e humanas, torna inalcançável o objetivo reabilitador positivado no art. 1º da Lei de Execução Penal. Aqui não se quer questionar a essência da pena de prisão e sua possibilidade de ressocialização, apenas as condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade e as opções de política criminal (BITENCOURT, 1993).

Como abordado no primeiro capítulo, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o instituto da reincidência a declarou constitucional, fundando a decisão no princípio da individualização da pena. Teoricamente, tal argumento até poderia ser aceitável. Contudo, o Estado não observa a individualização da pena durante a execução, colocando na mesma cela indivíduos primários e “reincidentes”. Nesse aspecto há, no mínimo, uma incongruência, pois se legitima a punição, porém se fecha os olhos para as ilegalidades sob o mesmo princípio.

Apesar disso, Bitencourt (1993) entende que o sistema carcerário, por si só, não pode ser considerado como fato gerador exclusivo da reincidência, sendo a reincidência um

conjunto de fatores pessoais e sociais. Afirma o autor que os altos índices de reincidência não seriam suficientes para determinar o fracasso do sistema penal. Contudo, descarta, conforme anteriormente exposto, qualquer possibilidade de reabilitação nas condições fáticas do sistema carcerário.

Discute-se a legalidade da exasperação da pena, pois não concede ao indivíduo a possibilidade de se reabilitar, ao contrário, o condenado que cumpre pena privativa de liberdade é exposto a um ambiente desumano, sendo “coisificado” e integrado a uma subcultura repelida pela sociedade de consumo.

A prisão é um sistema relativamente fechado, ou seja, priva-se o condenado da liberdade em vários aspectos, da individualidade, da família, de informações e de possibilidades, limitando a vida dos indivíduos às concessões feitas pelo Estado Administração. A inconstitucionalidade da agravante deve ser vista de uma forma sistêmica envolvendo matéria constitucional, penal, criminológica, política e humanitária, levando em consideração primordialmente a realidade do sistema carcerário Brasileiro e a inobservâncias as normas de execução penal.

O Direito Penal é dotado de caráter subsidiário, devendo ser aplicado em casos de violação relevante a bem jurídico. Portanto, o sistema em voga no Brasil recomenda e impõem, desde a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, que a pena privativa de liberdade seja a *ultima ratio*, devendo ser utilizada como último recurso, apenas para delinquentes perigosos, quando não houver outra solução, o que na prática não se vislumbra.

Heleno Cláudio Fragoso, em 1984, já expressara o pensamento dominante na área jurídica-penal sobre a realidade violenta da prisão, resultante de um sistema de justiça desigual e opressivo, o qual funciona como realimentador, proporcionando aos cidadãos uma proteção apenas ilusória, que serve somente para reforçar os valores negativos e não evita de forma alguma a reincidência. A constatação se mantém, e ganhou força atualmente, a exemplo, as políticas de repressão ao crime, inclusive por meio da militarização e os movimentos para a diminuição da maioria penal.

Algumas leis repressoras criadas no Brasil aproximam-se do Direito Penal do Inimigo, tal como a lei dos crimes hediondos. Trata-se de uma política criminal que fomenta e embasa

o instituto da reincidência, vez que a exasperação da agravante não leva em consideração apenas o princípio da individualização da pena, mas sim considera o indivíduo como um inimigo da sociedade, perigoso e que deve ser interceptado e retirado do convívio social pelo tempo necessário.

Como referido, adotou-se, modernamente, um estigma veiculado pela imprensa, qual seja, “guerra contra a criminalidade”. E o que mais assusta é que a massa populacional e os governantes aderiram à repressão como mecanismo de combate, mesmo sabendo a realidade vivenciada pelos frequentadores do sistema.

A construção do perfil delinquente pela mídia e pela sociedade, a conseqüente tipificação de delitos, a maior repressão pelo Estado, a inclinação política à vingança consciente ou inconscientemente estão contribuindo para incutir na população a falsa noção de que a “cadeia” quanto mais tenebrosa, mais eficiente para o combate à criminalidade (ROLIM, 2002).

Débora de Sousa Almeida (2012, p. 157) leciona nesse sentido:

Numa realidade marcada pela exclusão social, o antagonismo do discurso em prol da defesa social é manifesto. O Estado, ao revés de adotar uma postura preventiva à criminalidade, mediante a promoção de políticas públicas que atendam aos direitos sociais e minimizem a marginalização, recorre a uma desenfreada produção normativo-penal no afã de conferir uma suposta sensação de segurança, cuja repressão não recai sobre os criminosos de colarinho branco, mas sobre aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, haja vista o retrato da massa carcerária brasileira.

A punição mais severa, da mesma forma que a própria punição nas reais condições, mostra-se incoerente e ineficaz e até ilegítima, já que as mazelas do sistema carcerário são administradas pelo Estado. A repressão ao reincidente toma proporções imensuráveis, alimentando e formando um Estado criminoso, sólido e consistente.

Continua Almeida (2012, p. 157), destacando o estigma do delinquente face à passagem pela prisão:

Não bastasse a incidência desigual do controle social formal, a sociedade, bombardeada diuturnamente pela propaganda do medo que veicula a figura do ladrão de pouca monta ao estereótipo de delinquente perigoso, aclama e

se satisfaz com a punição deste, inclusive rejeitando-o quando liberto, ante a expectativa de que continue exercendo o rótulo de criminoso. Desprezado, restará ao egresso estigmatizado e fragilizado pelo processo de degradação da prisão, introjetar a etiqueta a ele atribuída e retornar ao submundo do crime.

O reincidente se forma no sistema penitenciário, tendo em vista que sua personalidade é desconstituída e degradada no cárcere. A supressão dos direitos do preso, afora a falta de programas sociais voltados as classes hipossuficientes, é fator determinante para a delinquência reiterada. Por outro lado, não quer dizer que seja o único fator, ao contrário, a ilegalidade é sistêmica, ou seja, social e criminal.

A prisão realça certos atos ilegais, põe em relevo determinados comportamentos para que a comunidade os tenha como os mais perniciosos. Cria um estereótipo do criminoso e deixa coberto de punição inúmeros atos antissociais, incomparavelmente mais graves e lesivos à coletividade. O problema da prisão não é, pois, só jurídico ou predominantemente jurídico. A prisão sustenta o sistema econômico, enfatiza os crimes que o ameaçam ou que abalam seus valores e seus dogma, ao mesmo tempo em que chancela condutas altamente atentatórias aos interesses do povo. Afinal, se a grande população das cadeias é constituída de batedores de carteiras, vadios, prostitutas, são esses os grandes inimigos sociais: não são, por exemplo, os açambarcadores de gêneros alimentícios, classe de pessoas que frequenta as prisões. (HERKENHOFF, 1998, p. 125).

Nesse contexto, vislumbra-se que o sistema penal brasileiro não garante aos apenados condições de ressocialização. Aliás, nesse aspecto é preciso que se diga que o próprio conceito de ressocialização é debatido pela Criminologia crítica atualmente. Vincula-se a ressocialização à integração do indivíduo ao sistema de consumo e não ao bem-estar social, à comunidade, à educação, à cultura, ao respeito, aos princípios do trabalho e vida digna. Sendo assim, diante do perfil carcerário brasileiro, o condenado vê a subcultura carcerária como realidade próxima e até semelhante à vivenciada em liberdade. Em síntese, retira-se do convívio social aqueles que dela já não participavam.

Destacou-se, no presente estudo, a responsabilidade do Estado na efetivação do poder punitivo, bem como a divisão de tarefas e responsabilidades entre o Poder Judiciário e o Executivo. Aqui, enfatiza-se a fase da fixação de pena e da execução penal, presumindo que todos os princípios penais seriam ou deveriam ser plena e exaustivamente observados.

Sob o enfoque da legalidade administrativa, princípio que está previsto no art. 37 da Constituição Federal, a Administração Pública só pode fazer o que lei determina ou permite. Sendo os atos da administração vinculados à lei, sua inobservância é passível de ser declarada ilegal. Da mesma forma, no âmbito do Judiciário, a não observância a lei é causa geradora de nulidade e invalidade.

O princípio da legalidade é o postulado basilar de todos os Estados de Direito, consistindo, a rigor, no cerne da própria qualificação deste (o Estado é dito “de Direito” porque sua atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, vigora o “império da lei”). [...] Em suma, a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado (autotutela administrativa) ou pelo Poder Judiciário). (ALEXANDRINO, 2009, p. 195).

Marcos Rolim (2002, p. 323-324) relata, a sua maneira, que o Estado deixou de observar a legislação para eleger a repressão e os estigmas midiáticos como políticas de execução penal:

Na administração das prisões, o Estado incorpora a demanda punitiva produzida socialmente voltando-se, concretamente, para os internos e condenados com uma estrutura alicerçada pelo medo e reprodutora de desconfiança. Os casos de espancamentos e tortura – alguns dos quais tornados públicos pelo trabalho de pessoas ou entidades comprometidas com os Direitos Humanos – são, apenas, a face mais eloquente de um massacre cotidiano aceito e legitimado, via de regra, pelas próprias autoridades públicas.

Continuando, o autor vê no Estado o grande mantenedor da atual situação, pois alimenta o Estado criminoso, optando por políticas de repressão, deixando de investir na prevenção do crime e na reestruturação social. E sob o enfoque da legalidade e da individualização da pena conclui que o regime prisional efetivo no Brasil é absolutamente ilegal.

Entenda-se: o regime prisional efetivo do Brasil – absolutamente ilegal – é o da “prisão coletiva”, onde estão todos os tipos de delinquentes separados não pela gravidade dos crimes pelos quais foram condenados, mas, normalmente, pelos laços de pertencimento, fidelidade ou submissão a grupos organizados no mundo do crime, na medida da rivalidade existente entre eles. (ROLIM, 2002, p. 326).

A individualização da pena na fase de execução é vinculada à atividade administrativa, sendo gerida através de atos administrativos, tanto na parte física estrutural quanto nos procedimentos administrativos disciplinares, este último depende da revisão e da homologação judicial para ter validade. Os atos administrativos que não observam a lei, não podem ser considerados válidos, não podem produzir efeitos jurídicos, tão pouco agravar (punir) a situação futura, já que deles não decorrem efeitos.

O Poder Executivo, na maior parte dos estabelecimentos penais brasileiros, não cumpre com as determinações da Lei de Execução Penal, tão pouco trata os detentos conforme os preceitos constitucionais que expressam os valores dessa sociedade que se afirma como democrática. Assim, o Estado frequente e ininterruptamente, conforme exposto no decorrer do trabalho, viola os arts. 1º, incisos II e III, 5º, incisos III XLVI, XLVIII e XLIX e 37, da Constituição Federal laborando em flagrante ilegalidade. O Poder Judiciário, por sua vez, consente com a ilegalidade apontada e continua punindo os indivíduos que reincidem no crime de maneira mais severa.

O ato administrativo, por sua vez, pode ser conceituado como “a declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, destinadas a cumprir direta e concretamente a lei” (GARCIA, 2014, p. 623). É sabido que o Poder Público tem o dever de observar a lei, podendo fazer apenas o que lhe for autorizado e determinado, sob pena de incorrer em ilegalidade. Os atos do Poder Executivo podem ser anulados pelo Poder Judiciário, no caso da execução penal devem, vez que o processo de execução é conduzido pelo Judiciário, fato decorrente e autorizado pelo próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal), o fundamento da anulação é a violação ao princípio da legalidade, nulo é o ato e dele não decorrem efeitos jurídicos.

As violações aos direitos constitucionais existem inegavelmente, o Estado não cumpre a lei e não garante os direitos dos presos, na maior parte dos presídios brasileiros, tão pouco individualiza a pena. Tais violações justificam-se apenas pela necessidade e não juridicamente, pois vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que o indivíduo se sobrepõem ao Estado, sendo o Estado mero concretizador dos direitos consagrados.

O fato de a ilegalidade apontada se encontrar na execução da pena, não lhe retira o nexo de causalidade, vez que se reflete inegavelmente nos níveis de criminalidade e diretamente na agravante da reincidência, já que o sistema carcerário não possibilita ao detento a oportunidade de ressocialização, ao contrário, afeta sobremaneira sua dignidade e o aproxima da subcultura do crime. Sendo assim, o juiz, ao fixar a pena, deve levar em consideração a realidade carcerária, sob pena de violar o princípio da individualização.

Nestes termos, a agravante da reincidência viola a Constituição Federal ao punir mais severamente o indivíduo que foi coisificado e desumanizado no cárcere. O Estado rompe o “pacto social” e viola o princípio da legalidade, sendo que desta relação jurídica não podem decorrer efeitos jurídicos, em especial negativos ao indivíduo apenado, como é o caso da agravante da reincidência.

CONCLUSÃO

O ser humano é um ser sociável, sendo que a história evidencia a natureza do homem de viver em grupo. Diante da formação da sociedade, surgiu a necessidade de regras mínimas de comportamento e conduta, sendo que tais regras são elencadas, pactuadas e respeitadas pela coletividade. A violação ao pacto, primeiramente na esfera individual, gerava o direito da autotutela, com a evolução da sociedade tal direito/poder foi transferido para o Estado, vez que a individualidade não tinha meios de gerir e controlar uma sociedade cada vez mais abrangente e volátil.

De acordo com o estudo realizado, o “pacto social” firmado conferiu ao Estado o poder de punir, ou seja, de retribuir a violação as regras acordadas, surgindo assim a pena. Mas não só, com o pacto o Estado assumiu o dever de proteger o indivíduo e buscar o bem comum. Frente às várias formas de Estado, a pesquisa realizada teve por base o Estado Democrático de Direito, o qual é vinculado e limitado pela lei.

O atual cenário mostra uma evolução crescente da humanidade em várias áreas, social, internacional, econômica, tecnológica enfim em todas as relações humanas. Sendo o Estado de Direito o responsável por gerir a ordem e dirimir os conflitos surgidos na sociedade. A problemática do crime acompanha essa evolução anteriormente referida, tendo o Estado criado, como mecanismo de controle social e combate à criminalidade, primordialmente, o Direito Penal.

O Estado Brasileiro, especificamente estudado, adotou, em regra, um Direito Penal humanitário, garantista, o qual pode ser visto como limitador do poder de punir conferido ao Estado, vez que só estará autorizado a aplicar a pena quando respeitadas todas as exigências legais.

A pena de prisão, modernamente conhecida, foi o mecanismo de coerção encontrado para efetivar o Direito Penal. As teorias justificadoras da pena, em que pese ser a pena uma privação e uma violação à ordem natural do homem, atribuem à pena as funções de prevenção geral, prevenção específica e de (re)socialização.

Conclui-se que a realidade social vivenciada não possibilita a reintegração do indivíduo que passou pelo cárcere. O Estado, além de lhe retirar a liberdade, aniquila sua dignidade, ao colocá-lo em cadeias superlotadas, sem alimentação adequada, luz solar, saúde, enfim em condições desumanas e degradantes. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou, igualmente, que o Direito Penal é seletivo e direcionado às pessoas que não participam da sociedade de consumo.

Neste compasso criminológico, foi constatado que incide a política criminal adotada pelo Estado e aqui, surge a agravante da reincidência, como forma de punir mais severamente aquele que já delinuiu anteriormente.

A execução penal tem por finalidade cumprir os mandamentos da sentença e proporcionar condições para a integração social do condenado. Ocorre que, tal finalidade, em parte, não está sendo cumprida, ou seja, não há condições mínimas de ressocialização. Além do mais, a execução da pena deve observar os princípios constitucionais elencados, dentre os quais destacou-se o da individualização da pena e o da legalidade.

Ao questionar a validade da agravante da reincidência sob o enfoque constitucional, o Estudo demonstrou uma enorme fenda entre o Estado Legal (a legislação) e o Estado de Fato (realidade penitenciária), ou seja, em que pese os direitos conferidos pela carta constitucional, a realidade é avessa, é de violação aos direitos.

A individualização da pena, ante ao estudo, não é possível diante das mazelas do sistema carcerário, violando assim a lei de execução penal e a Constituição Federal. Outrossim, constatou-se que a execução penal possui natureza jurídica predominantemente jurisdicional, porém estando a efetivação da pena conferida à administração pública, ou seja, regida pelo Direito Administrativo.

Assim, conclui-se que a execução da pena deve estrita observância ao princípio da legalidade, ou seja, o Estado só pode fazer o que a lei lhe autoriza, caso contrário, labora em flagrante ilegalidade.

Nestas condições, conclui-se que a agravante da reincidência é inconstitucional, pois o Estado viola as garantias individuais do preso, não observa a individualização da pena e viola o princípio da legalidade. Portanto, sendo a execução penal ilegal, dela não podem decorrer efeitos jurídicos que sejam ainda mais nefastos ao apenado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de, **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

ANDRADE, Vera Regina de, **A ilusão de segurança jurídica**: Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALEXANDRINO, Marcelo, **Direito administrativo descomplicado**. Rio de Janeiro: Método, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, **Falência da pena de prisão**: causa e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella, **Das penas e seus critério de aplicação**. Porto Alegre: Ed. do Advogado, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **CPI do sistema carcerário**. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 10 de out. 2014.

BRASIL, **Infopem Estatísticas**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 12 de out. 2014.

_____, **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984: Lei de execução penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, **Decreto-lei**, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de, **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____, **Crítica à execução penal**: Doutrina, jurisprudência e projetos legislativo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. CERVINI, Raúl, **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHIQUEZI, Adler, **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099252.pdf>>. Acesso em: 10 de out. 2014.

CONDE, Muñoz, **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paulo Zommer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

GARCIA, Wander, **Super-Revisão OAB**: Direito administrativo. 3ª ed. São Paulo: Foco, 2014.

HERKENHOFF, João Batista, **Crime tratamento sem prisão**: Relato da experiência de uma justiça criminal alternativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LUIZI, Luiz, **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, **Execução penal**: Comentários à lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCÃO, Renato, **Curso de execução penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis do, **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, André Ricardo da, **A privação da liberdade em reflexão garantista**: reforma ou substituição do atual paradigma. São Paulo: Ed. Baraúna, 2011.

THOMPSON, Augusto, **A questão penitenciária**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. SUSEPE (Superintendência de Serviços Penitenciários): estatísticas. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=39>. Acesso em: 10 de out. 2014.

ROLIM, Marcos, **Crítica à execução penal**: O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne: Os encarcerados e a cidadania além do mito

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.