



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD  
MESTRADO EM DIREITO**

**ANDRÉ ROCHA SAMPAIO**

**PENAS PRIVATIVAS DE DIGNIDADE?  
A FUNÇÃO DA PENA PELA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS**

Maceió, Alagoas

2009

**ANDRÉ ROCHA SAMPAIO**

**PENAS PRIVATIVAS DE DIGNIDADE?  
A FUNÇÃO DA PENA PELA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Maceió, Alagoas

2009

**Catlogação na fonte  
Universidade Federal de Alagoas  
Biblioteca Central  
Divisão de Tratamento Técnico**

**Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale**

S192p Sampaio, André Rocha.  
Penas privativas de dignidade? : a função da pena pela teoria dos sistemas  
autopoiéticos / André Rocha Sampaio. ó 2009.  
140 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.  
Dissertação (mestrado em Direito) ó Universidade Federal de Alagoas.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2009.

Bibliografia: f. 134-140.

1. Direitos fundamentais. 2. Neoconstitucionalismo. 3. Sistemas autopoiéticos.  
4. Dignidade humana. 4. Execução penal. I. Título.

CDU: 342.7

ANDRE ROCHA SAMPAIO

**PENAS PRIVATIVAS DE DIGNIDADE?  
A FUNÇÃO DA PENA PELA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

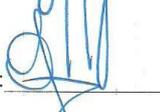
Orientador: Professor Doutor Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior (UFAL)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof.<sup>a</sup> Dr. Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)

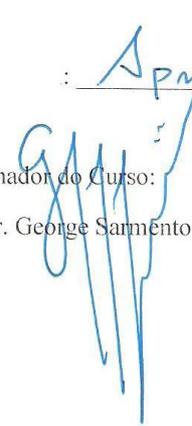
Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (UEB)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

: Aprovado  


Maceió, 21 de setembro de 2009.

## **AGRADECIMENTO**

Aos meus pais, que sempre incentivaram meu crescimento em todos os sentidos.

Ao Professor Alberto Jorge, cujos ensinamentos e orientação em sede de graduação e pós-graduação foram cruciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos e colegas do mestrado, em especial a Basile, Cecília, Manoel Bernardino e Thomé, companheiros de ontem, hoje e amanhã.

A Lílian Sodré, cujo incentivo e auxílio foram de suma importância para meu desenvolvimento acadêmico.

Aos meus amigos, porto seguro nos inevitáveis momentos de desestímulo.

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas alterações no sistema jurídico brasileiro, dentre elas o advento do axioma dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Levando-se em consideração que quase todo regramento jurídico acerca da execução penal data de época anterior à promulgação da nova Carta Constitucional, revelou-se importante uma análise de todo o sistema penitenciário sob a ótica da dignidade humana. Com o propósito de minimizar influências ideológicas e nos utilizar de uma análise diversa da cartesiana, abordamos por meio da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, objetivando demonstrar claramente os aspectos destoantes entre o que o sistema jurídico dispõe e o que se constata empiricamente no sistema prisional brasileiro.

**Palavras-chaves:** Neoconstitucionalismo. Dignidade humana. Execução penal. Teoria dos sistemas autopoieticos. Pena (direito). Direitos fundamentais.

## **ABSTRACT**

The Federal Constitution of 1988 has brought deep changes in the Brazilian juridical system, among them, we can emphasize the appearance of the value dignity of the human person as a fundament of the Democratic State of Law. Taking in account that almost the entire juridical rules of penal execution dates back of a moment before the promulgation of the new Constitution, it became important to analyze all the penitentiary system on the perspective of the human dignity. With the proposal of minimize ideological influences and use an analyses different from the Cartesian analyses, we used the approach of the autopoietic systems theory of Niklas Luhmann, having as a goal to demonstrate clearly the salient aspects that differs what the juridical system disposes from what is empirically noticed in the Brazilian penitentiary system.

**Key-words:** Neoconstitutionalism. Human dignity. Penal execution. Autopoietic systems theory. Penalty (Law). Fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 ANÁLISE PRAGMÁTICA DA APLICAÇÃO DO AXIOMA DIGNIDADE HUMANA NA EXECUÇÃO DAS PENAS</b> .....	15
<b>1.1 Estão as Penas Cruéis Realmente Vedadas? – Uma Análise Estatística da Realidade da Execução Penal</b> .....	16
1.1.1 Análise das Penas Privativas de Liberdade à Luz do Axioma “Dignidade da Pessoa Humana”.....	17
1.1.1 Regime Aberto do Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade.....	17
1.1.2 Regime Semi-Aberto de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade.....	18
1.1.3 Regime Fechado de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade.....	19
A) Cumprimento da Pena em Estabelecimentos Indevidos.....	21
B) Estabelecimentos Insalubres.....	23
C) Alimentação Precária.....	25
D) Endemias.....	25
E) Prisionalização.....	26
F) Insuficiência de Assistência Jurídica.....	28
G) Insuficiência de Atividades Laborativas.....	28
H) Maus-Tratos.....	30
I) Ausência do Direito de Visitas.....	31
J) <i>Mass Media</i> .....	31
K) Aviltamento da Pessoa do Preso.....	33
L) Perturbação Psíquica.....	33
M) Estigma.....	34
N) Comprometimento da Família.....	35
O) Comprometimento com o Emprego.....	36

<b>1.2</b>	<b>Análise de Discurso: Vedação de Penas Cruéis</b> .....	37
1.2.1	Limites e Âmbito de Incidência do Lexema “Cruéis” .....	38
1.2.2	“Cruel, Pero no Mucho”: o Perigo da Relativização do Termo.....	40
1.2.3	A Teoria dos Limites Absolutos da Aplicação do Lexema “Cruel.....	40
1.2.4	Seriam as Penas Privativas de Liberdade Cruéis?.....	41
<b>1.3</b>	<b>Por que o Estado não Cumpre a Lei?</b> .....	43
1.3.1	Reserva do Possível ou Álibi do Impossível?.....	43
1.3.2	Normas Jurídicas Simbólicas e seus Efeitos.....	46
<b>2</b>	<b>CONSTRUÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DA PENA</b> .....	49
<b>2.1</b>	<b>Teorias que Fundamentam/Legitimam a Pena</b> .....	49
<b>2.2</b>	<b>Günther Jakobs</b> .....	57
<b>2.3</b>	<b>Resposta às Críticas Direcionadas à Teoria dos Sistemas no Âmbito Penal</b> .....	58
2.3.1	Qual a Razão da Imposição de um Mal como a Pena, se o que se Pretende é Simplesmente Evitar Possíveis Dúvidas sobre a Vigência da Norma Violada? Por que Através de Castigos e Não Outros Meios Menos Graves?.....	60
2.3.2	A Solução do Conflito Acaba por Ocorrer Onde Ele se Manifesta, Mas Não Onde Ele é Produzido.....	63
2.3.3	A Teoria de Luhmann/Jakobs Conserva Qualquer Modelo Penal Vigente, Dá Margem a um Direito Penal Máximo e Ilimitado e Faz Perder o Conteúdo Humanístico do Direito Penal.....	64
2.3.4	Há uma Ausência de Critérios Materiais para Fundamentar a Escolha da Estabilização de Algumas Expectativas por Meio da Pena, Enquanto Outras Não. O Crime Não é Sempre Uma Disfunção, Visto que as Frustrações Nesse Sentido São Comuns, e a Regra é a Im(P)Unidade. A Pena como Fruto de uma Escolha Política é Relegada a Segundo Plano.....	64
<b>3</b>	<b>UMA VISÃO CRÍTICA DAS TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PENA À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS</b> .....	67
<b>3.1</b>	<b>Origem das Sanções no Sistema Social</b> .....	69
<b>3.2</b>	<b>As Limitações das Sanções no Ambiente</b> .....	70
<b>3.3</b>	<b>A Sanção Penal à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos</b> .....	70

<b>3.4</b>	<b>Fundamentos da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann – o “Primeiro” Luhmann.....</b>	<b>72</b>
<b>3.5</b>	<b>Fundamentos da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Luhmann – o “Segundo” Luhmann.....</b>	<b>74</b>
3.5.1	Por que o Homem (Não) Delinqüe?.....	75
3.5.2	Fundamentos da Punição Estatal.....	79
3.5.3	A Mecânica Autopoiética do Binômio Crime/Punição.....	82
<b>4</b>	<b>A IMPRECISÃO SEMÂNTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....</b>	<b>87</b>
<b>4.1</b>	<b>Seriam os Direitos Humanos Universais?.....</b>	<b>88</b>
<b>4.2</b>	<b>Os Direitos Humanos no Panorama Internacional.....</b>	<b>92</b>
<b>4.3</b>	<b>A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>94</b>
<b>4.4</b>	<b>Dignidade da Pessoa Humana e sua Imprecisão Conceptual.....</b>	<b>95</b>
<b>4.5</b>	<b>O Tratamento Jurídico dos Tratados e Convenções Internacionais no Direito Brasileiro.....</b>	<b>96</b>
<b>4.6</b>	<b>Dignidade Humana e sua Aplicação na Execução da Pena Privativa de Liberdade.....</b>	<b>98</b>
4.6.1	Efeitos da Restrição à Liberdade na Dignidade dos Reclusos.....	99
4.6.2	As Dimensões de Atuação da Dignidade da Pessoa Humana no Tratamento dos Reclusos.....	100
<b>4.7</b>	<b>Efeitos Jurídicos Limitadores da Norma Protetora da Dignidade Humana na Aplicação das Penas Privativas de Liberdade.....</b>	<b>102</b>
<b>5</b>	<b>EFEITOS DO AXIOMA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO (SUB)SISTEMA PENITENCIÁRIO.....</b>	<b>108</b>
<b>5.1</b>	<b>Os Axiomas no Pensamento Luhmanniano.....</b>	<b>108</b>
<b>5.2</b>	<b>A Atual Configuração Sistêmica do Ordenamento Jurídico Brasileiro.....</b>	<b>111</b>
<b>5.3</b>	<b>Direito Penal e Interdisciplinaridade.....</b>	<b>112</b>
<b>5.4</b>	<b>Limites Pragmáticos do Lexema “Dignidade da Pessoa Humana”.....</b>	<b>113</b>

<b>5.5</b>	<b>A Ilusão do Romantismo: a Inadequação das Demais Teorias Fundamentadoras da Pena À Luz da Dignidade da Pessoa Humana.....</b>	<b>115</b>
<b>5.6</b>	<b>Pragmática da Função da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos.....</b>	<b>116</b>
5.6.1	Propostas para Adequação do Sistema Jurídico com o Axioma “Dignidade da Pessoa Humana”.....	117
	Proposta n. 1: a Extinção do Regime Fechado de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade como Possibilidade Inicial para a Maioria dos Delitos.....	117
	Proposta n. 2: a Utilização de Penas Restritivas de Direitos para Todos os Crimes Cometidos sem Violência à Pessoa ou Grave Ameaça.....	121
	Proposta n. 3: a Fixação de um Período Máximo de 10 (Dez) Anos de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade.....	122
	Proposta n. 4: o Fim da Progressão de Regimes.....	124
	Proposta n. 5: a Regularização do Uso de Novas Tecnologias pelo Sistema Penal.....	124
	Proposta n. 6: Proteção Maior à Imagem do Acusado/Condenado.....	125
	Proposta n. 7: Novo Regramento do Trabalho Carcerário.....	126
<b>5.7</b>	<b>Fundamento, Legitimação, Objetivos e Finalidade da Pena.....</b>	<b>127</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>129</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>133</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

As relações humanas sempre ocorrem à base de expectativas recíprocas e contingenciais. Expliquemos: sempre que duas pessoas interagem, *Ego* pode esperar de *Alter* uma série de ações (ou até mesmo uma inação) que são contingenciais, ou seja, nem obrigatórias, nem condicionadas, apenas possíveis. Ocorre que dentro do leque de possibilidades existentes a expectativa de *Ego* acaba por ser extremamente improvável de se realizar. Daí, com o escopo de assegurar expectativas comportamentais desejáveis, produz-se a sanção.

O trecho acima descreve de forma extremamente sumária o pensamento da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann acerca do mecanismo social sancionador. Luhmann é um dos autores mais polêmicos da atualidade. Seu pensamento (ou o mau entendimento deste) tem provocado uma série de críticas e tentativas de adaptação de sua teoria. O presente trabalho tem como fundamento seus estudos, sobretudo no campo da teoria dos sistemas autopoieticos.

Luhmann nunca teve a pretensão de afirmar que sua teoria estava perfeita e acabada, muito pelo contrário, Luhmann sempre admitiu que seus estudos estavam em constante evolução e que seriam aprofundados, inclusive após sua morte, por quem compartilhasse de sua visão sociológica do mundo.

A sociedade não é algo que existe ontologicamente e é simplesmente observada pela sociologia e demais ciências afins; paradoxalmente, a descrição social implica sua própria construção. Destarte, a descrição social que Niklas Luhmann faz serve de horizonte para a própria construção social, descrevendo para nós o funcionamento deste processo construtivista.

Assim sendo, utilizamos a teoria dos sistemas autopoieticos para tentar descrever (e, por consequência, construir) os fundamentos da pena na atualidade, com o escopo de adaptar a realidade com o que é preconizado pelo sistema jurídico.

Uma das principais críticas à teoria jurídica luhmanniana deve-se ao fato de o direito não possuir carga axiológica, o que não é de toda verdade. Luhmann simplesmente expõe que as normas jurídicas axiológica, ou seja, os princípios, não se situam em uma hierarquia superior em relação às demais normas.<sup>1</sup> Esse é um aspecto com o qual concordamos em

---

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dédalo, 2002, p. 312 *Apud* TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 116.

partes. Apesar de não haver (nem poder haver) hierarquia em razão da carga axiológica da norma, estas são de suma importância para a diferenciação do sistema jurídico, visto que propiciam uma abertura cognitiva mais acentuada, permitindo o acúmulo de complexidade interna no sistema, o que induz sua diferenciação funcional.

Um segundo aspecto do presente trabalho é o fenômeno chamado de “neoconstitucionalismo”, que se traduz em um destaque maior à situação de axiomas na própria Constituição do Estado. Esse fenômeno pode ser explicado historicamente pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial. O positivismo seco que serviu de base jurídica para a ocorrência do holocausto precisou ser evitado a todo custo, daí surgiu o pós-positivismo, visando inserir normas consideradas por alguns de direito natural no sistema jurídico.

Existe uma problemática interessante sobre esse ponto: teriam as normas jurídicas de maior carga axiológica (princípios) função diferente das normas de menor carga axiológica (regras), ou seriam elas simplesmente a utilização diferenciada da linguagem com o intuito de aumentar o poder de decisão dos juízes?

Analisando o neoconstitucionalismo sob uma perspectiva luhmanniana, podemos afirmar que a normativização dos valores proporciona um aumento de complexidade no interior do sistema jurídico, o que, em tese, proporciona uma redução de complexidade em seu entorno. Mas isso é o que se constata empiricamente?

O objetivo central do presente trabalho é a análise da correspondência entre a teoria e a prática da aplicação da pena privativa de liberdade, utilizando para isso da teoria dos sistemas autorreferenciais como marco teórico. Para alcançar nosso objetivo, enfrentaremos questões outras como a tentativa de legitimação da pena por parte da doutrina, uma análise dos efeitos pragmáticos da aplicação das normas de execução penal, a adaptação que Jakobs faz da teoria dos sistemas para o direito penal e a verificação dos efeitos jurídicos que a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito impõe à interpretação das normas preconstituição de 1988.

Em suma, é ao que pretendemos responder. Para tal, dividiremos o trabalho em cinco capítulos. No primeiro capítulo abordaremos os principais problemas do sistema penitenciário brasileiro, sobretudo no regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade. Uma série de problemas podem ser elencados, a maioria facilmente constatável empiricamente, todavia utilizaremos alguns dados estatísticos para fundamentar nossa exposição.

Ainda no primeiro capítulo analisaremos a compatibilidade do que se observa no funcionamento pragmático do sistema penitenciário com o sistema jurídico, máxime com as normas constitucionais.

No segundo capítulo passaremos a analisar sumariamente as principais teorias fundamentadoras da pena, partindo dos clássicos, como Kant e Hegel, até os atuais, como Zaffaroni e Ferrajoli. O pensamento de tais autores jamais poderia ser condensado em algumas páginas, de modo que traremos tão somente os aspectos mais relevantes para que possamos confrontá-los com a teoria norteadora que adotamos.

O terceiro capítulo trará uma análise da função da pena à luz da teoria dos sistemas autopoieticos. Apesar dos inúmeros trabalhos publicados por Niklas Luhmann, ele nunca tratou especificamente sobre o subsistema (ou sistema secundário) penal. Seus escritos são, na maioria das vezes, juridicamente genéricos, o que demanda um maior esforço acadêmico para adaptá-los ao tema proposto. Esta adaptação tentou ser realizada pela produção de Günther Jakobs, que se utilizou da primeira fase do pensamento luhmanniano para fundamentar suas teorias na seara penal, todavia sofrendo severas críticas por parte da doutrina.

Os trabalhos de Jakobs acabaram colecionando críticas de dois diferentes flancos, tanto dos que já criticavam o pensamento sistêmico de Luhmann, quanto dos que não concordaram com a adaptação feita para descrever situações de caráter penal. Entendemos que muitas das críticas feitas surgem por um entendimento superficial (por parte dos críticos) do pensamento exposto por Luhmann. Podemos atribuir outra grande parcela à utilização, por Jakobs, apenas da primeira fase da teoria dos sistemas para fundamentar sua teoria; a segunda fase – da teoria dos sistemas autopoieticos – quase não é utilizada por Jakobs, que acaba desenvolvendo seus estudos em um campo mais diferenciado, qual seja em sua teoria do direito penal do inimigo.<sup>2</sup>

A complementação dos estudos de Luhmann em sua segunda fase proporciona respostas a muitas das questões que restaram em aberto em sua primeira fase, o que certamente fulmina muitas críticas infundadas.

Um dos propósitos do presente trabalho é poder responder às críticas ao funcionalismo-sistêmico adotado na esfera penal, seja com o próprio pensamento de Luhmann, seja com nossa construção teórica. Evidentemente não há teoria blindada de críticas, e esse não é nosso propósito; buscamos apenas apresentar uma melhor explicação da mecânica das penas, de modo a facilitar o surgimento de respostas práticas para os problemas já aludidos.

---

<sup>2</sup> Para mais informações, ver JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

No quarto capítulo faremos uma dissecação dos aspectos normativos do axioma dignidade da pessoa humana. Em virtude de seu sentido abstrato, analisaremos-lo mais pormenorizadamente, observando os limites semânticos que, pela sua posição hierárquica privilegiada – em sede constitucional –, balizam todo o sistema jurídico pátrio.

Como o sistema jurídico só se manifesta na realidade por meio da linguagem, é o estudo desta que possibilita a constatação acerca da adequação do prático com o teórico. Para a análise referida, utilizaremos-nos da teoria da lingüística de Umberto Eco. É nesse capítulo que nos aprofundaremos sobre a questão das normas dotadas com maior carga axiológica e sua real natureza, bem como acerca de sua utilidade prática.

No último capítulo apresentaremos algumas sugestões práticas para compatibilizar o real com o ideal, ou seja, para que o que ocorra pragmaticamente seja compatível com o que preconiza o sistema jurídico brasileiro.

Uma sociedade não pode ser delimitada de acordo com os limites do território onde ela se encontra; os limites sociais se dão pelo alcance da comunicação, o que nem sempre coincide com os limites geográficos, aliás, quase nunca. Na chamada pós-modernidade, ou no fim da modernidade, como entende Luhmann, a proliferação dos meios de comunicação tem proporcionado um maior estreitamento dos laços sociais, todavia com problemas estruturais particulares.

Com efeito, certamente Niklas Luhmann não desenvolveu seus estudos tendo como base de análise uma sociedade “periférica”, como é alcunhada, dentre outras, a sociedade brasileira. É mister afirmar, outrossim, que não se trata de “níveis de evolução”, ou seja, que a sociedade brasileira, que ainda possui fortes raízes de uma sociedade estratificada, caminha para uma sociedade diferenciada funcionalmente, no estilo das sociedades europeias. Talvez jamais haja essa transição, talvez a transição seja para algo diferente de tudo que exista atualmente, porém adotamos o modelo das sociedades diferenciadas funcionalmente como horizonte, com as devidas adaptações à realidade brasileira.<sup>3</sup>

Assim sendo, buscamos, ao fim do trabalho, ter contribuído com uma exposição científica da fundamentação da pena que possa fornecer respostas úteis à chamada deslegitimação (ou falência, como preferem alguns) da pena na modernidade.

---

<sup>3</sup> Para mais detalhes acerca da aplicação da teoria de Luhmann às sociedades periféricas ver ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007 e NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

## 1 ANÁLISE PRAGMÁTICA DA APLICAÇÃO DO AXIOMA DIGNIDADE HUMANA NA EXECUÇÃO DAS PENAS

No presente capítulo abordaremos a dimensão pragmática dos efeitos jurídicos do axioma “dignidade humana” na execução penal. Buscamos com isso analisar os fundamentos da pena a partir de sua manifestação no ambiente, com o intuito de verificar se sua aplicação prática se coaduna com o que dispõe a Carta Constitucional. Passemos à análise.

Nossa Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVI, que:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;<sup>4</sup>

Uma análise sumária do aludido artigo demonstra que o rol de penalizações<sup>5</sup> trazido não é exaustivo. Ele simplesmente traz em seu bojo algumas possibilidades de forma de execução de seu poder sancionatório. Porém, apesar de não limitar os modelos de penalizações possíveis, fá-lo de forma negativa, ao dispor que:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;<sup>6</sup>

Dessa forma, foram criados limites expressos para o legislador infra-constitucional. Convém então verificar o que este dispôs como sendo penalizações possivelmente aplicáveis. A esse respeito, o Código Penal brasileiro prevê que:

Art. 32 - As penas são:

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, XLVI.

<sup>5</sup> Usaremos o termo “penalizações” e “penas” distintamente, estas indicando uma dimensão mais abstrata, como meio comunicativo simbolicamente generalizado pelo qual o Estado manifesta seu poder com o intuito de manter a vigência das expectativas normativas institucionais, e aquelas sendo a manifestação concreta das penas.

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, XLVII. O artigo 5º, 2, da Convenção americana sobre direitos humanos de 1969 – conhecida como Pacto de San José da Costa Rica –, da qual o Brasil é signatário, também traz dispositivo análogo, proibindo a submissão a penas cruéis: “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

- I - privativas de liberdade;
- II - restritivas de direitos;
- III - de multa.<sup>7</sup>

Quanto às penas restritivas de direitos, o Código Penal dispõe que consistirão em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.<sup>8</sup> A chamada legislação penal extravagante – leis que dispõem sobre o tema, porém situadas fora do Código Penal – traz outros modelos de penalizações possíveis, porém serão de menor importância para a análise que aqui nos propomos a fazer.

Com efeito, percebemos que o legislador infraconstitucional regulamentou todas as penalizações trazidas a título exemplificativo pela Carta Magna. Da mesma forma, furtou-se de aplicar, aparentemente, as penas constitucionalmente vedadas. Porém, faz-se necessária uma análise do conteúdo da norma jurídica constitucional que dispõe que “não haverá penas cruéis”.<sup>9</sup>

A vagueza semântica do termo “cruéis” contribui para uma eventual carência de efetividade da norma que o utiliza. Passemos à análise de dados estatísticos para, posteriormente, concluirmos a respeito.

### **1.1 Estão as Penas Cruéis Realmente Vedadas? – Uma Análise Estatística da Realidade da Execução Penal**

Dentre as penas elencadas pelo Código Penal pátrio, quais sejam: privativa de liberdade, restritivas de direito e multa, concentraremos nosso estudo basicamente nas primeiras. Em que pesem os embates doutrinários que permeiam as outras espécies, como a baixa efetividade da pena de multa e eventual locupletamento estatal<sup>10</sup>, dificuldade de fiscalização de algumas penas restritivas de direito e suposta ilegalidade da pena de prestação

<sup>7</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 32.

<sup>8</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 43.

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, XLVII, alínea “e”.

<sup>10</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1982. V. 1. p. 506.

de “outra” natureza<sup>11</sup>, *e.g.*, acreditamos que estão todas em consonância com o axioma dignidade da pessoa humana e a vedação de penas cruéis.<sup>12</sup>

Assim sendo, nosso estudo será concentrado na espécie de penalização chamada de “privativa de liberdade”, com ênfase nos seus regimes de cumprimento – fechado, semiaberto e aberto.

### 1.1.1 Análise das Penas Privativas de Liberdade à Luz do Axioma “Dignidade da Pessoa Humana”

Apesar da classificação das penas privativas de liberdade em reclusão, detenção e prisão simples, acreditamos que os aspectos pragmáticos principais se situam na divisão dos regimes de cumprimento em fechado, semiaberto e aberto. Destarte, iniciaremos este tópico com um estudo teórico e estatístico dos regimes, de acordo com o alcance semântica do axioma “dignidade humana”.

### 1.1.2 Regime Aberto do Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

O regime aberto se caracteriza pelo cumprimento da pena privativa de liberdade nas chamadas “casas do albergado”, estabelecimentos situados em zonas urbanas e livres de obstáculos contra eventuais fugas dos apenados. Para cumprir pena nessa espécie de regime o apenado precisa aceitar as condições prefixadas no artigo 114 da Lei de Execução Penal, bem como outras fixadas judicialmente.

De acordo com informações fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), são ao todo 46 casas do albergado no Brasil, sendo trinta e nove para homens e sete para mulheres. Em relação aos condenados nesse regime, são 21.526, sendo 19.779 homens e 1.747 mulheres. Uma média aproximada de 507 apenados por estabelecimento e 250

---

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, v. 1: parte geral**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 493.

<sup>12</sup> Em que pesem alguns debates acerca da possibilidade de conversão de penas restritivas de direito em prisão, no caso de penas de natureza pecuniária, o que tangenciaria o debate aqui travado, mas que, por questões de objetividade, deixaremos de lado. Mais detalhes em BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, v. 1: parte geral**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 511.

apenadas. No total, o regime comporta 3.108 apenados, sendo 2.972 homens e 136 mulheres. Déficit de 18.418 vagas.<sup>13</sup>

Foram 101 fugas no ano de 2007, 1.253 abandonos e 2 motins ou rebeliões.<sup>14</sup>

Segundo a Secretaria de Justiça, Alagoas tem 1.039 apenados no regime aberto, 968 homens e 71 mulheres. Entretanto, não possui nenhuma casa do albergado. Os dados fornecidos pelos estabelecimentos penais curiosamente mostram a quantidade de 1 (um) apenado cumprindo esse regime<sup>15</sup>, o que se explica em razão da total inexistência de estabelecimentos próprios para seu cumprimento.

Apesar da manifesta incapacidade das penitenciárias, enquanto organizações, de cumprir com sua função de reduzir a complexidade social na parcela que lhe incumbe, não se vislumbra violação à dignidade humana quando, ante a ausência de estabelecimentos próprios, o apenado é autorizado a cumprir o chamado “recolhimento domiciliar”. Porém esse não tem sido o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, o qual majoritariamente defende a impossibilidade da conversão da pena cumprida em regime aberto para a modalidade prisão domiciliar fora, dos casos dispostos na LEP.<sup>16</sup>

### 1.1.3 Regime Semiaberto de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

O regime semiaberto se caracteriza pelo cumprimento da pena privativa de liberdade nas chamadas “colônias agrícolas, industriais ou similares”. A Lei de Execução Penal (LEP) dispõe que os apenados nesse regime podem ser recolhidos em compartimento coletivo, contanto que se observe a “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana”.

Nesse regime o apenado possui mais liberdade e outros direitos do que os apenados no regime fechado, como, por exemplo, autorização para saída sem vigilância, nos termos da lei.<sup>17</sup>

No Brasil são 60.295 apenados no regime semiaberto, 57.012 homens e 3.283 mulheres. Em relação aos estabelecimentos para o cumprimento deste regime, são em número

<sup>13</sup> [WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br) (acessado em 28 de março de 2009).

<sup>14</sup> [WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br) (acessado em 28 de março de 2009).

<sup>15</sup> [WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br) (acessado em 28 de março de 2009).

<sup>16</sup> Ver HC 68123 / DF - DISTRITO FEDERAL, DJ 22-03-1991, HC 73207, ANO-1996, UF-RS, TURMA-01, N.PP-006, Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 08-03-1996, HC 68012 / SP - SÃO PAULO, DJ 02-10-1992.

<sup>17</sup> BRASIL, Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, art.122.

de 46, 44 masculinos e 2 femininos. O número de vagas é de 37.547, sendo 35.377 para homens e 2.170 para mulheres. Déficit de 22.748 vagas.<sup>18</sup>

Em 2008 houve 612 fugas, 1.528 abandonos e apenas 1 preso envolvido em motim ou rebelião.<sup>19</sup>

Em Alagoas os dados são divergentes. Os fornecidos pela Secretaria da Justiça apontam um único preso cumprindo este regime, enquanto que os fornecidos pelos estabelecimentos prisionais indicam que existem 241, todos homens. Os dados também mostram que existe no Estado um estabelecimento próprio para o cumprimento deste regime, quando na verdade não há nenhum.<sup>20</sup>

Houve em 2008 um número de 16 fugas, nenhum abandono, nem rebelião ou motim. O Estado informa possuir 140 vagas para esse regime<sup>21</sup>, e a grande indagação que se faz é, onde, se não há sequer uma colônia agrícola ou industrial em Alagoas?

Em 24 de setembro de 2008, o então juiz titular da 16ª Vara criminal, Dr. Marcelo Tadeu, emitiu decisão polêmica, ao conceder o pedido elaborado pelo Ministério Público Estadual, lastreado na inspeção instaurada pela Portaria n. 2/2006 pelo Juízo da Execução Penal.

Nessa decisão, o referido juiz, reconhecendo taxativamente inúmeras deficiências do sistema prisional, decide

pela procedência do pedido de interdição total da Unidade Prisional Colônia Agro-Industrial São Leonardo inclusive com seus efeitos imediatos, porquanto presentes os pressupostos da concessão de uma tutela de urgência, vistos pelas flagrantes irregularidades com afetação direta da esfera individual de cada detento bem como da própria sociedade.<sup>22</sup>

Com efeito, fora fechado o único estabelecimento destinado ao cumprimento do regime semiaberto em Alagoas e sobrestados todos os processos relativos à execução nesse regime.

#### 1.1.4 Regime Fechado de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

Caracteriza-se pelo cumprimento da pena privativa de liberdade nas chamadas “penitenciárias”. A lei dispõe também que:

<sup>18</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>19</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>20</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>21</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>22</sup> Cópia da decisão judicial anexa.

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).<sup>23</sup>

Verificar-se-á a seguir que “salubridade” e “área mínima” são expressões sem qualquer correspondência prática.

De acordo com os dados fornecidos pelas Secretarias de Justiça dos Estados, existem 164.594 apenados neste regime, 155.742 homens e 8.852 mulheres. Conforme os dados fornecidos pelos próprios estabelecimentos prisionais, a quantidade é quase a mesma, 164.578, sendo 156.608 homens e 7.970 mulheres.<sup>24</sup>

O Brasil possui 443 penitenciárias, 400 masculinas e 43 femininas. São 147.960 vagas, 138.697 masculinas e 9.263 femininas. Déficit de 17.911 vagas masculinas e sobra de 1.293 vagas femininas.<sup>25</sup>

Até junho de 2008 foram registradas no ano 197 fugas e 132 presos envolvidos em motins ou rebeliões.<sup>26</sup>

Os dados em Alagoas, tanto os fornecidos pela Secretaria da Justiça quanto pelos estabelecimentos prisionais, relatam 384 presos no regime fechado, 375 homens e 9 mulheres. São no total 6 penitenciárias, sendo uma delas feminina. Existem 522 vagas no sistema prisional, 448 para homens e 74 para mulheres. Nesse cenário não há déficit, pelo contrário, há sobra de vagas.<sup>27</sup>

Curiosamente foi informado o número de nenhuma ocorrência de fugas e apenas 25 apenados envolvidos em rebeliões ou motins até junho de 2008.<sup>28</sup>

A pena privativa de liberdade é certamente a penalização que mais ameaça a dignidade de quem a cumpre, e o regime fechado é o grande responsável por isso. Com efeito, podemos afirmar que praticamente todos os fatores elencados no capítulo anterior como responsáveis pela inobservância da dignidade do apenado estão vinculados a esse regime.

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 88.

<sup>24</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>25</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>26</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>27</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

<sup>28</sup> <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

Em virtude disso, passaremos a interpretar, a partir dos dados oficiais e de outros fatores aduzidos pela ciência, as mazelas do regime fechado e suas consequências em face do axioma dignidade da pessoa humana.

#### A) Cumprimento da Pena em Estabelecimentos Indevidos

O sistema jurídico determina locais específicos para determinadas pessoas cumprirem sua pena em regime fechado. Assim sendo, a própria Constituição Federal determina<sup>29</sup> que os presos deverão ser separados por idade, sexo e tipo de delito que estiverem cumprindo; ressalte-se também que os presos provisórios não devem ser colocados juntamente com os presos condenados, nem os primários com os reincidentes.<sup>30</sup>

Todavia, em que pese os cuidados da lei, não é o que se constata na prática.

No Brasil, a única separação que se encontra é aquela em função do sexo do preso. Os presos de 18 anos e os mais idosos; os que praticaram crimes sem violência e os que cometeram crimes com alto grau de violência; os que ingressam no complexo prisional pela primeira vez e os que já têm várias passagens – todos compartilham o mesmo espaço e, muitas vezes, a mesma cela.

A única divisão possível é aquela em função da possibilidade de convivência pacífica entre presos, ou seja, são separados em função dos grupos criminosos que pertencem, de rixas passadas ou adquiridas no convívio prisional.

Outro grande problema relativo ao tema abordado é o da (im)possibilidade de progressão de regime. A Lei de Execução Penal dispõe em seu artigo 112 que:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, XLVIII.

<sup>30</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 84. O Pacto de San José da Costa Rica também dispõe em seu artigo 5º, 4 que “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias **excepcionais**, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas” (grifo nosso).

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 112.

Ou seja, ao cumprir um sexto da pena e ostentar um bom comportamento, o condenado tem o direito subjetivo de progredir para regime menos rigoroso.<sup>32</sup> Todavia, a inexistência de estabelecimentos adequados ao cumprimento dos regimes menos rigorosos inviabiliza o exercício desse direito.

O Supremo Tribunal Federal já chegou a decidir, de forma infeliz, que a norma que define a progressão de regimes é de natureza meramente programática. Vejamos:

"HABEAS CORPUS" - REGIME PENAL ABERTO - PROGRESSÃO - INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO - PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE FORA DAS HIPÓTESES ESTRITAS DO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. - NADA JUSTIFICA, FORA DAS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (ART. 117), A CONCESSÃO DE PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR, SOB O FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE EXECUÇÃO DA PENA, DE CASA DO ALBERGADO OU DE ESTABELECIMENTO SIMILAR. - A NORMA LEGAL CONSUBSTANCIADA NO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL INSTITUI SITUAÇÕES SUBJETIVAS DE VANTAGEM, QUE APENAS BENEFICIAM AQUELES SENTENCIADOS CUJAS CONDIÇÕES PESSOAIS ESTEJAM NELA PREVISTAS. CONSTITUINDO REGRA DE DIREITO SINGULAR, TORNA-SE ELA INEXTENSÍVEL E INAMPLIÁVEL À SITUAÇÕES OUTRAS QUE LHE SEJAM ESTRANHAS. - **AS NORMAS LEGAIS POSITIVADORAS DO REGIME PENAL ABERTO REVESTEM-SE DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO E SÓ INCIDIRÃO PLENAMENTE, INCLUSIVE PARA EFEITO DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO-ALBERGUE, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE SE TORNE MATERIALMENTE POSSÍVEL, COM A EXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU DE ESTABELECIMENTO SIMILAR, A EXECUÇÃO DA PENA NESSE REGIME.**<sup>33</sup>

(grifo nosso)

Mais uma vez o Judiciário se vale da teoria da “reserva do possível” para poder se furtar a cumprir a lei.

Afirmar que a norma jurídica que dispõe acerca do direito do condenado à progressão de regime é norma condicionada a uma “possibilidade material” é mais uma vez afirmar a natureza meramente simbólica de grande parte da Lei 7.210/84.

Ademais, passado um quarto de século da entrada em vigor da LEP e ainda não havendo “possibilidade material” para a efetivação do direito à progressão de regime, resta-

<sup>32</sup> Faz-se mister frisar a existência de exceções, como a progressão nos crimes hediondos, que ocorre ao se cumprir dois quintos da pena, três quintos caso seja reincidente, e os crimes contra a administração pública, que têm a progressão de regime condicionada à reparação do dano causado.

<sup>33</sup> HC68012 / SP - SÃO PAULO, relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 19/12/1990.

nos indagar o que caracterizaria a viabilização de tal possibilidade, visto que nem sequer há políticas públicas prevendo construções de Casas do Albergado e Colônias Agrícolas ou Industriais em grande parte do país, inclusive em Alagoas.

## B) Estabelecimentos Insalubres

Em que pese a LEP dispor que, entre as condições mínimas para habitação de uma cela, estaria a salubridade, tal fato não condiz com a realidade. O que se percebe na prática são celas completamente insalubres, sem as condições mínimas para ser habitadas por seres humanos.

Paulo Lúcio Nogueira, em seus comentários à Lei de Execução Penal, afirma que:

Ao ser recolhido à penitenciária, a lei prevê que o condenado deve ser alojado em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados, dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Entretanto sabe-se que na maioria dos presídios acumulam-se vários presos numa única cela, vivendo em promiscuidade e total falta de higiene, pois existe um só banheiro, assim mesmo aberto, para todos fazerem suas necessidades (...)<sup>34</sup>

O legislador buscou equivalência legislativa com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, que dispõem que

10. As acomodações destinadas aos reclusos, especialmente dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

11. Em todos os locais destinados aos reclusos, para viverem ou trabalharem:

a) As janelas devem ser suficientemente amplas de modo a que os reclusos possam ler ou trabalhar com luz natural, e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial;

b) A luz artificial deve ser suficiente para permitir aos reclusos ler ou trabalhar sem prejudicar a vista.

---

<sup>34</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11.7.1984**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 135. Para mais detalhes sobre a salubridade das prisões, inclusive com estudo de casos concretos, ver MATTOS, Renata Soares Bonavides de. **Direitos do Presidiário e suas violações**. São Paulo: Método Editora, 2001, p. 136 – 166.

12. As instalações sanitárias devem ser adequadas, de modo a que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente.

13. As instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou ducha a uma temperatura adequada ao clima, tão freqüentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado.

14. Todas as zonas de um estabelecimento penitenciário usadas regularmente pelos reclusos devem ser mantidas e conservadas sempre escrupulosamente limpas.

Os termos “todas as exigências de higiene e saúde” (regra 10), janelas “suficientemente amplas” (regra 11), instalações sanitárias “adequadas” (regra 12) e, principalmente, estabelecimento penitenciário com todas as zonas “sempre escrupulosamente limpas” não refletem minimamente a realidade de nossas prisões.

Convém mencionar um posicionamento importante do Supremo Tribunal Federal, traduzido no informativo jurisprudencial de n.º 537. Nele, fica deferida a prisão domiciliar para preso que cumpria sua pena privativa de liberdade no regime aberto em estabelecimento em condições precárias. Vejamos:

Ante o empate na votação, a Turma deferiu habeas corpus para conceder ao paciente prisão domiciliar. Na espécie, a impetração insurgia-se contra as precárias condições de higiene, bem como a superlotação na casa de albergado em que o paciente — condenado a cumprimento de pena em regime aberto — se encontrava, aduzindo que, no ponto, inexistiria separação entre condenados que cumprem pena em regime semi-aberto e aberto. (...) Enfatizou-se o fato de o paciente estar em estabelecimento cuja população superaria o viável, além de haver a junção de presos que cumprem a pena em regime aberto e aqueles que a cumprem no semi-aberto. Ademais, asseverou-se que o STF tem afastado o caráter taxativo da LEP relativamente ao direito, em si, da custódia domiciliar e que o faz quando não se tem casa do albergado. Nesse sentido, afirmou-se que a situação concreta seria em tudo semelhante à inexistência da casa do albergado. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, relator, e Menezes Direito que, assentando que o writ não se presta a revolver matéria fático-probatória, denegavam a ordem ao fundamento de que o paciente não se enquadraria em nenhuma das taxativas hipóteses de prisão domiciliar previstas pelo art. 117 da LEP. HC 95334/RS, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 3.3.2009. (HC-95334)

### C) Alimentação Precária

No que tange ao fornecimento de alimentos, a Lei de Execução Penal se ateve a garantir ao preso o direito à “alimentação suficiente (...)”<sup>35</sup>, ou seja, uma interpretação literal poderia conduzir à conclusão de que basta ela ser suficiente para os padrões humanos que a lei estaria sendo cumprida, independentemente de sua qualidade.

Entretanto, quando analisamos a extensão semântica do termo “suficiente” e empregamos uma interpretação à luz dos princípios constitucionais, concluimos que por “suficiente” a lei tenciona dizer “em quantidade e qualidade razoáveis para seres humanos poderem se manter vivos”.

Sendo assim, dois fatores devem ser levados em consideração, a quantidade e a qualidade da comida servida. Entendimento este que se coaduna com as Regras Mínimas da ONU:

- 1) A administração deve fornecer a cada recluso, há horas determinadas, alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida.
- 2) Todos os reclusos devem ter a possibilidade de se prover com água potável sempre que necessário.<sup>36</sup>

Em pesquisa realizada por Rosânea Elizabeth Ferreira acerca dos estabelecimentos prisionais brasileiros, “verificou-se faltar até mesmo água, e, na maioria deles, os presos fazem somente uma refeição por dia”.<sup>37</sup>

Nesse aspecto, o maior problema é a alimentação dos presos em delegacias, visto que sua comida é preparada no complexo penitenciário, de onde sai em “quentinhas”, para serem distribuídas por todos os distritos da Capital.

As delegacias dos últimos distritos muitas vezes recebem alimentos frios e já deteriorados, prejudicando a saúde dos que dela se servem.

### D) Endemias

As penitenciárias e presídios são zonas de alto risco para a contaminação de endemias. Nesses estabelecimentos, seus habitantes convivem juntos 24 horas por dia, em

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 41, I.

<sup>36</sup> Regra N.º 20.

<sup>37</sup> FERREIRA, R. E. Participação da comunidade na execução penal: realidade e perspectivas. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, v. 1, n. 17, jul./04-dez/04, p. 154-169.

espaços pequenos, em condições insalubres e com assistência médica precária. Destarte, a proliferação de doenças se intensifica em proporções gigantescas.

Dentre as endemias mais comuns a se proliferar, uma das mais graves é a AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida). Estudos realizados em São Paulo e Rio de Janeiro indicam que 80% das mortes no sistema prisional são causadas pela AIDS. São 10 mil homens contaminados e 2.700 mulheres. “São três novos casos por dia e uma média de 1,5 morte ao dia”.<sup>38</sup>

De cada 5 homens que são presos, um chega contaminado, e esse índice é maior na mulher, de cada três, uma está contaminada. A disseminação fica por conta da promiscuidade. "O sexo é uma forma de manter poder de ascensão sobre os companheiros dentro do presídio", analisa o diretor do departamento de saúde do sistema penitenciário de São Paulo, Manoel Schechtmann. Para ele, a AIDS no presídio "tem uma dimensão especial e assustadora". Acompanhando a curva de crescimento que a epidemia provoca, em cinco anos, teremos cerca de 8 mil doentes dentro das prisões, instituições que não estão preparadas para um atendimento médico desse porte, ainda mais se tratando das necessidades de um paciente com AIDS. Manoel Schechtmann afirma que a dificuldade está na falta de recursos para um programa permanente de prevenção e controle da doença.<sup>39</sup>

## E) Prisionalização

O regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade é um contrassenso; ao passo que coloca como finalidade a integração harmônica do condenado em sociedade, o exclui o máximo possível do contato social. É a lógica perversa do “excluir para incluir”, como se esse paradoxo se resolvesse num passe de mágica, através da conscientização do erro por parte do condenado e de seu empenho em corrigir aspectos socialmente indesejados em sua personalidade.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> AIDS no Presídio: Uma bomba epidêmica sob as grades. Disponível em <<http://www.arcadenoe.org.br/aids/presidios.htm>>. Acesso em 28 de março de 2009.

<sup>39</sup> AIDS no Presídio: Uma bomba epidêmica sob as grades. Disponível em <<http://www.arcadenoe.org.br/aids/presidios.htm>>. Acesso em 28 de março de 2009.

<sup>40</sup> Nesse sentido, ver RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 46. “(...) por um lado, a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade; por outro lado, segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos ‘oficiais’”.

Fato é que, quão mais excluído e quanto mais tempo passar nessa exclusão, mais difícil será sua reintegração social. Máxime quando ele é posto em um subsistema social com regras e valores próprios, muitas vezes opostos aos da ressocialização.<sup>41</sup>

A prisionalização pode ser conceituada como o fenômeno de modificação da personalidade provocada pelo confinamento prolongado e inevitável submissão às regras e valores sustentados pelo subsistema carcerário. Bitencourt afirma ser “a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos”.<sup>42</sup>

A sociedade carcerária demonstra que a prisão – vista em sua organização social real – não contribui para a ressocialização do recluso. Antes de fazê-lo admitir a necessidade de levar uma vida sem delitos e a aceitar os valores fundamentais da sociedade oficial, fortalece as ‘pautas’ que caracterizam a conduta criminosa. Mesmo admitindo-se que os efeitos negativos que a experiência prisional produz não sejam determinantes na manutenção dos padrões de conduta desviada, é evidente que o tempo permanecido na prisão não produzirá nenhum efeito ressocializador.<sup>43</sup>

O efeito negativo advindo da prisionalização acaba alimentando um círculo vicioso: ao se infringir as normas que visam coibir (ou minimizar) os efeitos da prisionalização, o sistema penitenciário provoca um aumento de complexidade no ambiente que ele busca descomplexizar; da mesma forma, esse aumento de complexidade propicia mais infrações às normas mencionadas, em um verdadeiro círculo vicioso.

O interno adapta-se às formas de vida, usos e costumes que os próprios internos impõem no estabelecimento penitenciário porque não tem outra alternativa. Assim, por exemplo, adota uma nova linguagem, desenvolve novos hábitos de comer, vestir e dormir, aceita um papel de líder ou de segundo nos grupos internos, estabelece novas amizades, etc.<sup>44</sup>

Ao se submeter ao corpo normativo emanado do subsistema carcerário, o indivíduo tem seu comportamento criminoso reforçado, aumentando seu repúdio às expectativas normativas oficiais.<sup>45</sup>

Por outro lado, longe de coibir, o sistema penitenciário tolera e, muitas vezes, fomenta a cultura desse subsistema, aproveitando-se de suas próprias regras como meio de manutenção da ordem interna. Ao manifestar tal tolerância, muitas vezes com o fornecimento

<sup>41</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171.

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185.

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178.

<sup>44</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183.

de regalias àqueles que gozam de certo *status* dentro dos presídios, o sistema penitenciário dá respaldo e legitimidade a valores antitéticos aos apregoados pelos teóricos da ressocialização.<sup>46</sup>

Quando uma pessoa ingressa em um grupo, ou quando dois grupos se fundem, produz-se uma assimilação. A assimilação implica um processo de aculturação da parte dos incorporados. As pessoas que são assimiladas vêm a compartilhar sentimentos, recordações e tradições do grupo estabelecido, também chamado de estático. (...) O processo de assimilação e de “socialização” que implica a prisionalização faz com que o recluso aprofunde sua identificação com os valores criminais (ideologia criminal).<sup>47</sup>

Sob uma perspectiva social, a prisionalização produz um processo de exclusão pela via da inclusão; ao criar uma cultura própria, o subsistema social que se forma, incluindo todos os apenados que adiram a ele, acaba por excluir seus membros da sociedade, contribuindo para as dificuldades no processo de reintegração social do egresso.

#### F) Insuficiência de Assistência Jurídica.

A imensa maioria da população carcerária do país é considerada pobre nos termos da lei. Logo, faz-se necessária a utilização da justiça gratuita, por meio da Defensoria Pública.<sup>48</sup> Entretanto, em razão do crescente número de processos nas varas criminais, não acompanhado pelo crescimento do número de defensores públicos, o resultado do cálculo é muito simples: falta de assistência jurídica devida ao recluso.

Frise-se que até recentemente Alagoas possuía apenas uma Vara de Execuções Penais. O número subiu recentemente para duas, sendo apenas uma delas referente àqueles que cumprem pena em regime fechado.

#### G) Insuficiência de Atividades Laborativas.

A LEP assegura em seu artigo 41:

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 186/7.

<sup>48</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Ed. da UFSC/Assembleia Legislativa de Santa Catarina, 1984, p. 137.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - (...)

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;<sup>49</sup>

Assegura também, em seu artigo 29, que sua remuneração jamais será inferior a  $\frac{3}{4}$  do salário mínimo.<sup>50</sup> Mais uma vez somos obrigados a afirmar que a teoria não se coaduna com a prática. Os dados informados pelo DEPEN afirmam que são 381.112 internos nos complexos prisionais brasileiros, porém apenas 93.047 trabalham, ou seja, aproximadamente 75% dos presos **não** possuem trabalho.

Ademais, mesmo os apenados que trabalham não percebem a remuneração **mínima** prevista na LEP, sendo remunerados com valores em torno de apenas R\$ 100,00 (cem reais).<sup>51</sup>

Em Alagoas são 1.706 presos, porém apenas 641 postos de trabalho interno. Ademais, os poucos que conseguem trabalho recebem entre oitenta e cem reais, em total descompasso com o que dispõe o artigo 29 da LEP.

Ainda que a LEP fosse rigidamente cumprida, no que tange ao labor um ponto importante precisa ser trazido ao debate:

(...) qualquer que seja o incentivo dado ao trabalho, esse incentivo não terá a significação estrutural que tem no mundo externo. Haverá diferentes motivos para o trabalho e diferentes atitudes em relação a ele. Este é um ajustamento básico exigido dos internados e dos que precisam levá-los a trabalhar.<sup>52</sup>

Ou seja, ao invés de favorecer a busca de aptidões laborais pessoais, o sistema prisional forja uma massificação de trabalhadores, muitas vezes sendo obrigados a cumprir uma tarefa completamente diferente da que exerciam antes de ingressar na prisão.

Ao passo que a modernidade produz um processo de diferenciação funcional, demandando atividades laborativas mais e mais diversificadas, o sistema prisional percorre a via inversa, uniformizando profissionalmente os apenados. Tal processo pode provocar efeitos

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.

<sup>50</sup> Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

<sup>51</sup> Informação obtida por meio da decisão judicial emanada pela 16ª Vara criminal no dia 24 de setembro de 2008, pelo Juiz Marcelo Tadeu (decisão anexa).

<sup>52</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 21.

extremamente danosos, pois deixa o egresso preparado para lidar com uma complexidade muito menor do que a que ele vai encontrar no “mundo real”.

Ademais, para os fins propostos pela própria LEP, qual seja a reintegração social harmônica, o trabalho é parte fundamental do “tratamento”, pois, primeiramente, reconhece-se a utilidade do preso como ator laboral, evita rebeliões e propicia os fins destinados à remuneração a que faz jus, sobretudo a assistência à família, ressarcimento do dano provocado pelo crime e a constituição do pecúlio – instituto de importância ímpar para o egresso.<sup>53</sup>

#### H) Maus-Tratos.

Como é de se imaginar, os dados referentes aos maus-tratos a que os presos são submetidos são inacessíveis, em razão de que quem os pratica tenta manter o fato oculto.

Ressalte-se que os maus-tratos presentes no regime fechado são de origem física e/ou psicológica. Esta se dá através do que Goffman chama de “circuito”, ou seja, “uma agência que cria uma resposta defensiva do internado e que, depois, aceita essa resposta do internado como alvo para seu ataque seguinte.”<sup>54</sup>

(...) uma das formas mais eficientes para perturbar a “economia” de ação de uma pessoa é a obrigação de pedir permissão ou instrumentos para atividades secundárias que a pessoa pode executar sozinha no mundo externo (...). Essa obrigação não somente coloca o indivíduo no papel submisso, “não-natural” para um adulto, mas também permite que suas ações sofram interferências da equipe diretora. Em vez de ser atendido imediata e automaticamente, o internado pode sofrer caçadas, receber uma negativa, ser longamente interrogado, ser ignorado, ou, (...), esquecido.”<sup>55</sup>

Os maus-tratos ora referidos são oriundos tanto do tratamento dispensado por alguns agentes penitenciários, quanto pelo próprio relacionamento interpessoal dos reclusos, ensejando uma situação de exposição perene ao perigo, para o apenado.

A ênfase na segurança, no prevenir a fuga e no controle regular e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma dessocializadora como <<instituição total>>, num *habitat* que expõe o recluso a uma *grande violência*, factor a considerar na dessocialização progressiva do seu

<sup>53</sup> Nesse sentido, ver NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11.7.1984**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 64.

<sup>54</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 40.

<sup>55</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 44.

comportamento e, portanto, na reconfiguração das atitudes com que procura lidar com a situação.<sup>56</sup>

#### D) Ausência do Direito de Visitas

Não são poucas as vezes que o direito de visitas, assegurado pela LEP,<sup>57</sup> é suspenso como forma de sanção para o mau comportamento dos presos, ainda que o parágrafo terceiro do artigo 45 da LEP vede sanções de caráter coletivo.

Saliente-se que a lei dispõe que:

- Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
- I - advertência verbal;
  - II - repreensão;
  - III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);
  - IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.
  - V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Com efeito, quaisquer outras espécies de sanções aplicadas pelos diretores dos estabelecimentos prisionais ferem de morte o princípio da reserva legal.

#### J) *Mass Media.*

Ainda dentre os direitos do preso está a “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”<sup>58</sup> – mais um dos direitos “simbólicos” do preso.

Por ter como objetivo o fomento de comunicações sociais, facilmente se constata a atuação da mídia tentando transformar o crime em um espetáculo, objetivando uma maior vendagem de seu produto (informação).

Para Zaffaroni, são as próprias agências não judiciais que lucram com os atos ilícitos que fomentam esse processo cíclico de “espetaculização” como forma de manter o poder. Em sua explicação, o autor argentino aduz que:

---

<sup>56</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 41, X.

<sup>58</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 41, VIII.

Quando as agências não judiciais notam que seu poder vai minguando ou percebem esta ameaça, por causa de alguma reforma legal ou jurisprudencial, imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação em massa – lançam uma campanha de “lei e ordem”, cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder (entendendo-se sempre por tal a capacidade para obter rendimentos ilícitos).<sup>59</sup>

Os efeitos são sentidos inclusive no sistema jurídico, ao passo que os tribunais impõem penas mais severas, utilizam-se de expressões moralizadoras em suas decisões e buscam notoriedade pública com declarações ideologicamente incompatíveis com os próprios elementos do sistema.<sup>60</sup>

Trata-se de processo de pura ‘invenção da realidade’, por meio de “profecias que se autorrealizam”, ou seja, utilização de uma metalinguagem com o intuito de instigar a coletividade, resultando, destarte, numa indignação moral generalizada, o que corrobora processos de violência secundária, aparecimento de “justiceiros” etc.<sup>61</sup>

Ademais, os veículos de mídia em massa de maior difusão social raramente são assistidos por especialistas da área criminal, mas são a primeira fonte de informação utilizada pelo Estado para legitimar seu funcionamento.<sup>62</sup> Isso acaba por resultar em uma visão linear, de causa e efeito, bastante superficial, do problema criminal, longe de analisá-lo sob uma ótica sociológica.<sup>63</sup>

Do ponto de vista individual, o resultado é o processo de “estereotipação” do criminoso, provocando sua estigmatização,<sup>64</sup> a ser tratada mais adiante.

---

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 126. “Este conjunto contribui para conservar um sistema simbólico ‘fechado’, cujas consequências mais notórias são a reprodução e o fortalecimento da verticalização corporativa da sociedade. Em nossa região marginal, este processo gera o fortalecimento dos vínculos neocolonialistas na versão ainda mais genocida com que nos ameaça hoje o tecnocolonialismo” (p. 132).

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 127.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 129.

<sup>62</sup> VELOSO, Joe Tennyson. Política criminal e complexidade. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, v. 1, n. 19, jul./06-dez./06, p. 102-132.

<sup>63</sup> VELOSO, Joe Tennyson. Política criminal e complexidade. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, v. 1, n. 19, jul./06-dez./06, p. 102-132.

<sup>64</sup> Nesse mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 130.

#### K) Aviltamento da Pessoa do Preso

O preso começa a ser aviltado a partir do momento em que é divulgada seu eventual envolvimento na prática de um crime, ainda antes de verificar os requisitos para ser denunciado por um processo-crime, ou até antes de ser indiciado em um inquérito policial. Porém as humilhações não cessam por aí. Com a condenação do réu, e a suposta certeza de sua participação em um crime, ele perde, para alguns, o *status* de pessoa, e os aviltamentos assumem proporções bem maiores.

A própria Constituição Federal protege a honra no inciso X do artigo 5º - capítulo destinado a direitos e garantias individuais – , mas em sua aplicação parece haver uma limitação pragmática quanto a seus destinatários, excluindo, assim, arbitrariamente, aqueles envolvidos em procedimentos penais ou policiais de sua proteção jurídica.

#### L) Perturbação Psíquica

Goffman, tratando das chamadas “instituições totais”<sup>65</sup>, entre as quais inclui as prisões, aponta fatores que visam a destruição do *Ego*.

O longo período de confinamento do condenado à prisão pode provocar seu “descultramento”, ou seja, uma espécie de “destreinamento” para as atividades sociais rotineiras.<sup>66</sup>

O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radicais em sua *carreira moral*, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Por instituição total o autor entende “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 15.

<sup>66</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 23. Ver também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135.

<sup>67</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 24.

Apesar de nem sempre esse processo ser intencional, isso não retira a responsabilidade pelo fenômeno em comento.

Na nossa vida social, todos assumimos papéis (*roles*) mais ou menos delineados, que buscamos seguir como forma de estruturação comportamental. Quando obrigado a participar de atividades rotineiras incompatíveis com a própria concepção do seu eu, ao indivíduo é imposto um papel com o qual ele não se identifica, iniciando, assim, o processo de mortificação do eu.<sup>68</sup>

Porém, ainda que não aceite o papel (*role*) a ele imposto, o apenado tende a ter sua personalidade modificada pelo aprisionamento, modificações estas que podem ser tão profundas a ponto de deixar sequelas psíquicas irreversíveis.<sup>69</sup> “Contemplando a policização, a burocratização e a criminalização, o sistema penal é um complexo aparelho de deterioração regressiva humana que condiciona falsas identidades e papéis negativos”.<sup>70</sup>

Outro aspecto contribuinte é o fato de o preso não estar nunca sozinho. Ele se encontra sempre passível de ser visto e/ou ouvido por alguém, ainda que pelos próprios colegas. A própria estrutura da cela, com barras de ferro que permitam sua visão interna, fundamenta essa afirmação.<sup>71</sup>

Fora da prisão todos temos a liberdade de escolher com quem podemos nos relacionar. Os presos são obrigados a estabelecer relações sociais muitas vezes indesejáveis (além de perder o controle que possibilita selecionar quem pode contemplar a desgraça por que passam)<sup>72</sup>; e, em relação aos contatos sociais desejáveis, o preso pode passar por um processo de mortificação do eu ao ver aquele com quem estabeleceu laços de amizade ser maltratado, nada podendo fazer para ajudá-lo, e os demais presentes conhecerem a situação.<sup>73</sup>

Muitos outros aspectos podem ser abordados acerca dos efeitos danosos da prisionalização, mas por ora é o suficiente como análise formal de tais institutos.

<sup>68</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 31.

<sup>69</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49.

<sup>70</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 143.

<sup>71</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135.

<sup>72</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 34/5.

<sup>73</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 38.

## M) Estigma

Apesar da enorme lista de mazelas advindas do sistema prisional, seus efeitos nocivos não cessam com o fim do cumprimento da pena pelo apenado; a passagem pela prisão tem o condão de macular a honra objetiva do egresso de forma perpétua.<sup>74</sup>

Quando chega, enfim, o momento mais esperado pelo condenado que é a liberdade, deixa ele para trás os portões fechados das masmorras nas quais se transformou a prisão, esperando encontrar abertos os portões da sociedade, para onde está retornando. Porém, o que encontra pela frente é um outro portão fechado, muito maior do que aqueles que deixou para trás, que é a estigmatização da sociedade.<sup>75</sup>

O estigma é a máxima confirmação do descrédito social na funcionalidade da pena privativa de liberdade. A sociedade, ao constatar que determinado indivíduo é um egresso do sistema prisional, interpreta essa informação não como alguém que foi “socialmente curado”, mas como um membro de uma subcultura rejeitada por ela.

Em outro ângulo, o estigma é resultado final do processo que se inicia com a seletividade dos órgãos do sistema penal, que, pautando-se por estereótipos produzidos por eles próprios, atribui aos selecionados pelo sistema e deles exige que atuem de acordo com o papel (*role*) imposto.<sup>76</sup>

A *carga estigmática* produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais se proíbe a coalizão com estigmatizados, sob pena de considerá-los *contaminados*, comportem-se como continuação do sistema penal.<sup>77</sup>

Em outras palavras, o egresso se torna “tabu”.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> No mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

<sup>75</sup> FERREIRA, R.E. **Análise crítica do sistema carcerário brasileiro: um enfoque sobre a realidade prisional**. Curitiba, 2002 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 61 *Apud* FERREIRA, R. E. Participação da comunidade na execução penal: realidade e perspectivas. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, v. 1, n. 17, jul./04-dez/04. p. 154-169.

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 133.

<sup>77</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 134.

<sup>78</sup> Mais detalhes sobre o tabu e seus efeitos psico-sociais em FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

## N) Comprometimento da Família

Apesar de a Constituição Federal dispor que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”<sup>79</sup>, é impossível não haver efeitos oriundos da aplicação da pena que não atinjam os familiares do preso.

Quando se interna uma pessoa com o objetivo teórico de ressocializá-la, o que seguramente se consegue é castigar sua família, econômica e espiritualmente, pois a mulher e os filhos ficam sem sustento durante o período de reclusão; é o fenômeno conhecido como “Transferência da Pena”.<sup>80</sup>

Pode-se ainda somar a isso o abandono na criação dos filhos, em virtude de mãe ter de sair para manter o lar, e o próprio estigma, que transpassa a pessoa do apenado e afeta toda a sua família.<sup>81</sup>

Usar a afetação da família como parâmetro de busca para uma pena ideal faria com que chegássemos à conclusão de não existir pena ideal. Destarte, busca-se não uma blindagem da família para os efeitos que atingem o familiar preso, mas sim minimizar suas consequências.<sup>82</sup>

Entre as penas permitidas em nossa legislação, certamente a privativa de liberdade é a que mais afeta a família do apenado, não apenas pelo sofrimento mais intenso decorrente de seu rigor, como também em decorrência da minimização do contato humano e do comprometimento do preso com seu emprego, como será discorrido adiante.

Além do mais, há efeitos mais concretos, como a necessidade de submissão à chamada “revista íntima” para poder visitar o familiar recluso.

---

<sup>79</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, XLV. No mesmo sentido, o artigo 5º, 3 do Pacto de San José da Costa Rica: “a pena não pode passar da pessoa do delinquente”.

<sup>80</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

<sup>81</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51. “(...) a má reputação de um membro da família deteriora a imagem dos demais e o grupo social reage frente a eles como se o rótulo lhes pertencesse.”

<sup>82</sup> Para Zaffaroni, os efeitos transpessoais da transcendência da pena, do jeito com ela é aplicada atualmente, só podem ser evitados com a supressão da pena. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 242.

## O) Comprometimento com o Emprego

As estatísticas apontam um índice de desemprego no Brasil de 8,8%<sup>83</sup>. Logo, poucos são os que conseguem um ou obtêm recursos para sua sobrevivência por meio de outros meios legítimos de trabalho.

O aprisionamento rompe a continuidade laboral do condenado, que passa a ser condicionado a um trabalho (quando há) muito diverso do que habitualmente exercia em seu convívio social.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a individualização da pena, norma de caráter constitucional, acaba se tornando uma verdadeira massificação, ao impor a todos os reclusos a mesma espécie de ocupação, desviando o aperfeiçoamento laboral escolhido pelo indivíduo.

### 1.2 Análise de Discurso: Vedação de Penas Cruéis

O direito e a linguagem são fenômenos indissociáveis. A única forma de o direito expressar suas pautas de conduta é por meio da linguagem. Por outro lado, a linguagem é formada de lexemas com conotações concretas e abstratas, conotações específicas e amplas; da mesma forma, o direito dependerá das mais variadas espécies de lexemas para poder buscar a hipotética ( e por que não dizer utópica) completude de seu sistema, muitas vezes extraíndo do mesmo lexema denotações diferentes.

Tanto as regras quanto os princípios precisam de lexemas para formar um sintagma e produzir sentido. Aquelas tendem a possuir uma conotação mais estreita, que proporciona poucas denotações; já os princípios têm a tendência de formar conotações que proporcionam diversas denotações. Essa premissa, entretanto, não é absoluta – eventualmente as regras podem emanar mais denotações que alguns princípios.<sup>84</sup>

Um sistema jurídico formado apenas por regras daria margem a um sem-número de lacunas, da mesma forma, um sistema jurídico formado apenas por princípios estaria longe de ser o modelo ideal; tal sistema proporcionaria uma discricionariedade tamanha ao aplicador do direito, de modo que um de seus pilares, a segurança jurídica, seria sacrificado.

---

<sup>83</sup> VILLAS BÔAS, Bruno. IBGE: desemprego fica estável em 8,8% em maio. **O globo: economia**. 25 de junho de 2009. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2009/06/25/ibge-desemprego-fica-estavel-em-8-8-em-maio-198902.asp>>. Acesso em 29 de junho de 2009.

<sup>84</sup> Para mais detalhes sobre o caráter principiológico de algumas regras ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Com efeito, para que o legislador conseguisse atingir seu escopo ao buscar proibir a formulação de penalizações cruéis, ele não teve outra solução senão a utilização do lexema “cruéis”, produzindo sentido (conotação), porém dando margem às mais diversas interpretações (denotações). Qualquer outra tentativa de restringir a possibilidade de denotações pelo legislador constitucional não só contribuiria para a prolixidade desnecessária e atécnica da norma, como também correria o risco de olvidar algumas situações de pouca previsibilidade, fomentando-se, assim, as lacunas jurídicas.

Destarte, a utilização de substantivos abstratos (crueldade) e adjetivos (cruéis), mais que um recurso útil, torna-se a única solução para que o legislador possa expressar a conotação desejada.

Quando a norma adentra o sistema jurídico, a vontade do legislador é relegada a segundo plano; passa a existir então a “vontade da norma”. A norma jurídica acaba determinando seus próprios limites e âmbitos de incidência, e estes é que precisam ser levados em consideração na hora de sua aplicação.

Assim sendo, retomando nossa análise da norma jurídica que veda a existência de penalizações cruéis, faz-se mister analisar os dois elementos mencionados – limites e âmbito de incidência – para determinar sua aplicação concreta.

### 1.2.1 Limites e Âmbito de Incidência do Lexema “Cruéis”

Na língua portuguesa, o lexema “cruel” denota “que se compraz em fazer mal, em atormentar”, “desumano”, “que denota crueldade” e “pungente, doloroso”. Como visto, da busca pelo sentido do lexema em questão encontramos várias denotações que, por sua vez, demandam a busca por sentido, de modo que passaremos a buscá-los individualmente.<sup>85</sup>

“Atormentar” denota “infligir tormento(a) a, ou sofrê-lo(s); mortificar(-se)” e “importunar(-se)”. “Tormento”, por sua vez, denota “ato ou efeito de atormentar(-se)” e “suplício, tortura”. Já “suplício” denota “dura punição corporal, imposta por sentença”, “pena capital” e “pessoa ou coisa que aflige muito”.

“Desumano” denota “não humano; ferino, desnaturado” e “bárbaro, cruel”.

---

<sup>85</sup> Estamos nos adstringindo às definições fornecidas por um dicionário, e desconsiderando, por consequência, as variações linguísticas que o termo adquire no uso coloquial. Já que o direito se utiliza do vernáculo, optamos por abrir mão de variações semânticas de natureza meramente cultural.

E, por fim, “doloroso” denota “que produz, ou em que há dor”. E “dor” é “impressão desagradável ou penosa, proveniente de lesão, contusão ou estado orgânico anômalo”, “mágoa, pesar”.

A busca pela denotação de qualquer desses outros lexemas trará o sentido “cruel” ou algum de seus sinônimos, fechando, assim, o âmbito de denotação do termo.

Dessa forma, quando o legislador afirma que “não haverá penas cruéis”, tal norma denota:

- a. não haverá penas desumanas;
- b. não haverá penas que inflijam tormento;
- c. não haverá penas que inflijam suplício;
- d. não haverá penas que inflijam torturas;
- e. não haverá penas que produzam sofrimento;
- f. não haverá penas que produzam mortificação;
- g. não haverá penas que inflijam dura punição corporal;
- h. não haverá pena capital;
- i. não haverá penas que produzam ou em que há dor;
- j. não haverá penas que produzam impressão desagradável ou penosa.

Restrinjamos nosso estudo aos dez sentidos acima e passemos a analisá-los.

O próprio sistema jurídico já cuidará dos sentidos das letras “a”, “d” e “g” ao dispor que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”<sup>86</sup> e do sentido da letra “h” ao vedar a pena de morte.<sup>87</sup>

Resta-nos trabalhar com seis dos sentidos apresentados.

Do enunciado da norma, diante de uma interpretação sistêmica, extrai-se que são vedadas penas que inflijam tormento, suplício ou dura punição corporal, produzam sofrimento, mortificação, dor ou impressão desagradável ou penosa.

Ocorre que tal qual o direito e a linguagem, a pena e a dor são elementos indissociáveis. Se não há dor, não há pena. A ideia de penalização está vinculada à de sofrimento. Então o grande trabalho do intérprete do direito é: como dosar a dor e sofrimento da pena sem esbarrar nos limites constitucionais?

<sup>86</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, III.

<sup>87</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, XLVII, alínea “a”.

### 1.2.2 “Cruel, Pero no Mucho”: o Perigo da Relativização do Termo

Um dos principais problemas no momento da aplicação da norma em estudo é a relativização do lexema “cruéis”. O discurso que o relativiza pode fundamentar perfeitamente penas vedadas constitucionalmente, como a pena de morte.

Os produtores de tal discurso se valem da crueldade produzida pelo agente do crime como parâmetro para limitar a crueldade da penalização imposta. Dessa forma, ao se deparar com alguma situação na qual se subsuma o sentido “cruel”, os adeptos deste discurso passam automaticamente a relativizar o lexema, restringindo seu âmbito de incidência em proporção à crueldade inerente à natureza do crime praticado.

Trata-se certamente de resquícios culturais da lei de Talião, do “olho por olho, dente por dente”.

O grande perigo desse discurso é que com ele se fundamenta perfeitamente a pena de morte, de mutilações, banimentos e outras de mesma natureza.

É discurso que tangencia a ideologia do “direito penal do inimigo”<sup>88</sup> e não tem como ter recepção em um sistema jurídico fundado no valor “dignidade da pessoa humana”.

### 1.2.3 A Teoria da Delimitação Semântica da Aplicação do Lexema “Cruel”

Como afirmamos, não se podem relativizar ao extremo os limites de atuação do lexema “cruel”; dessa forma, a *contrario sensu*, seus limites devem ser previamente delimitados por lei. Mas como delimitar um lexema que produz tantas denotações e subdenotações?

Todo significado de um termo só tem sua existência como unidade cultural.<sup>89</sup> Umberto Eco afirma que “existe uma interação estreita entre a visão de mundo de uma dada civilização e o modo pelo qual ela pertencencia suas unidades semânticas.”<sup>90</sup>

Diante desse cenário, certamente não encontraremos a mesma precisão semântica para o lexema “cruel” como encontramos para o lexema “lápiz”, *e.g.*

---

<sup>88</sup> Para mais detalhes sobre o direito penal do inimigo, ver JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>89</sup> ECO, Umberto. **As formas do conteúdo**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 16.

<sup>90</sup> ECO, Umberto. **As formas do conteúdo**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 31.

(...) quanto maior o grau de generalidade de uma norma jurídica, menor a sua intensidade significativa e mais extenso o seu âmbito de denotação. Daí porque as normas constitucionais, em princípio mais genéricas, têm, em regra, menor intensidade significativa e maior extensão denotativa.<sup>91</sup>

Mesmo porque, em razão da natureza do termo (adjetivo), ele se submete a ampla variação conotativa em função de fatores espaço-temporais e ideológicos.<sup>92</sup> É o que Marcelo Neves chama de “semântica diacrônica”.<sup>93</sup>

Com efeito, sedimentada a impossibilidade de uma ingênua precisão semântica do lexema em análise, torna-se necessária uma mudança de perspectiva.

Retomando o sentido semântico como uma unidade cultural, podemos afirmar que, em que pese seja impossível precisar a semântica do lexema “cruel”, podemos fracioná-lo em gradações.

Apesar de ser praticamente impossível definir precisamente o que significa “cruel”, podemos perfeitamente, mediante um juízo cultural, concordar que A é ou não é cruel.

Daí, sumariamente, no que tange às penas, podemos alcançar as fórmulas:

A1 → NÃO-CRUEL PARA TODOS OS INTÉRPRETES

A2 → NÃO-CRUEL PARA A MAIORIA DOS INTÉRPRETES

A3 → CRUEL PARA A MAIORIA DOS INTÉRPRETES

A4 → CRUEL PARA TODOS OS INTÉRPRETES

Se compreendemos o semema (a semântica do lexema) como uma unidade cultural, e, como unidade cultural, precisamos ter pelo menos a adesão de uma parcela majoritária da sociedade, podemos situar nossas penalizações nos esquemas A1 e A2, mas não nos esquemas A3 e A4.

E onde encaixaríamos as penas privativas de liberdade?

#### 1.2.4 Seriam as Penas Privativas de Liberdade Cruéis?

Não consideramos as penas privativas de liberdade como penalização única, mas como gênero cujas espécies se caracterizam melhor por meio de seus regimes de cumprimento.

<sup>91</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 137.

<sup>92</sup> Nesse sentido, ver NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 142 e 154-158.

<sup>93</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 152.

Em consonância com a exposição feita no item 2, percebemos que o regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade enseja uma série de malefícios (alguns inclusive constatados estatisticamente).

Apesar de não termos conseguido comprovar através de dados concretos a existência de todos os problemas apontados, o que restou fundamentado já é suficientemente hábil para caracterizar a crueldade desta espécie de penalização.

A deslegitimação do sistema penal, além de demonstrar que nossos sistemas penais marginais violam os direitos humanos, revela que tais violações não provêm de nossos sistemas penais periféricos, sendo produto de características estruturais dos próprios sistemas penais. Em resumo, *o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos.*<sup>94</sup>

Buta e Linhares Neto, em idêntica indagação acerca do que significaria a crueldade das penas vedadas pelo art. 5º, XLVII, da Constituição Federal, e sintetizando a exposição exposta até então acerca das mazelas do sistema prisional, aduzem que:

Permanecer em um lugar superlotado, sem espaço para descanso, sujo, meio propício à propagação de doenças, passar frio, fome, ficar ocioso, cumprir pena com outras pessoas que cometeram delitos mais graves, ficar preso além do tempo previsto, e junto a tudo isso estar submetido as (des)ordens do Estado, figura forte e imponente que representa a sociedade vingadora sedenta por justiça. Pergunta-se, será que essas penas são humanamente dignas? Não, na verdade são crueldades disfarçadas de legalidade e com desculpa de que a lei é boa, mas o sistema não permite ser diferente e dessa forma, corre-se o risco até de que se venha a legalizar e legitimar a vingança.<sup>95</sup>

É importante ressaltar que nossa Lei de Execução Penal jamais foi cumprida em sua integralidade, o que contribui para a conclusão alcançada.

Se possuímos normas jurídicas constitucionais vagas, compete ao próprio sistema fornecer os parâmetros para sua aplicabilidade. Um desses parâmetros é a legislação infraconstitucional, e, no caso da execução das penalizações, a LEP. Destarte, o descumprimento da LEP evidencia uma infração aos limites da crueldade e, por consequência, da dignidade humana, não propiciando outra conclusão a não ser a de que o Estado, por meio de seus órgãos de execução penal, afronta diretamente norma jurídica constitucional.

---

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 147.

<sup>95</sup> BUTA, Cirelene Maria da Silva; LINHARES NETO, Benon. O recluso: objeto ou sujeito da execução da pena privativa de liberdade?. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, vol. 1, n. 19, jul./06-dez/06, p. 51-55.

### 1.3 Por que o Estado não Cumpre a Lei?

Se a lei incide isonomicamente para todos, inclusive para o Estado, e se existe uma norma jurídica que protege o direito fundamental à não aplicação de penas cruéis, no sentido do axioma dignidade humana, norma essa cujos parâmetros de aplicação encontram-se delimitados na Lei 7.210/84, por que o Estado não cumpre a lei?

A resposta é aparentemente simples: o Estado não cumpre a lei porque não pode ser obrigado a seguir normas que jurisdicizam o impossível de ser feito – é a chamada “reserva do possível”. Isso acaba por produzir novo questionamento: por que o Estado cria normas impossíveis de ser cumpridas? São os dois tópicos que serão enfrentados a seguir.

#### 1.3.1 Reserva do Possível ou Alibi do Impossível?

A explicação oficial para o Estado não por em prática as expectativas normativas oficiais é a chamada “reserva do possível”. A reserva do possível se traduz na impossibilidade econômica para se realizar todos os deveres impostos ao Estado por lei.

A melhor definição de “impossibilidade econômica” nos é trazida por José Reinaldo de Lima Lopes, ao afirmar que:

Impossibilidade econômica significa em última análise um grau de ineficácia ou de custo que torna determinada ação inconveniente para alguém ou para algum grupo. O custo pode não tornar impossível a ação, mas a torna indesejável. Sobretudo, deve-se notar que estados de escassez resultam várias vezes de escolhas feitas (investimento em uma coisa e não em outra, v.g.). São as escolhas de prioridades que podem levar a escassez a uma área e não a outra.<sup>96</sup>

É notório que a letra do legislador não cria recursos; de nada adiantaria impor obrigações cujos fundos orçamentários não possam cobrir.

Ana Paula de Barcellos define o termo como “fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da ‘Reserva do Possível. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 173-193.

<sup>97</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

Trata-se verdadeiramente de questão de grande complexidade, pois concerne ao estabelecimento de prioridades no emprego dos recursos disponíveis, prioridades que variam casualmente, em função de fatores como o tempo e o espaço.<sup>98</sup>

Muitas vezes a sociedade conclui que, em razão de o Estado ser o grande detentor do poder político, ele teria recursos ilimitados, teria reservas inesgotáveis, logo teria solução para todos os seus grandes males.<sup>99</sup>

Ocorre que, apesar de ter à sua disposição grande quantidade de recursos, tem também um alto número de deveres, deveres estes que demandam verbas, e, conseqüentemente, previsão orçamentária.

O dever de garantir a segurança pública é só um dos inúmeros que competem ao Estado. Acontece que esse dever possui particularidades que os demais não possuem.

Quando se atribui ao Estado o dever de assegurar educação, saúde, moradia, assistência social, dentre outros, temos os cidadãos figurando apenas como destinatários finais, ou seja, indivíduos titulares de direitos subjetivos que demandam sua efetivação. Para tais deveres, os meios são de menor importância – contanto que estejam dentro das balizas da lei, os meios devem ser apenas a melhor forma (permitida em lei) de se assegurar os fins.

Entretanto, quando analisamos o dever estatal de assegurar a segurança pública percebemos a presença de cidadãos não só como destinatários finais, mas também figurando no intermédio do procedimento persecutório penal. Em outras palavras, enquanto para a efetivação daqueles outros deveres os inimigos são o analfabetismo, as doenças, a pobreza – coisas despersonalizadas –, nesse o inimigo é a criminalidade, que tem nomes e registros civis.

Com efeito, surgem nessa equação novos elementos; não basta mais buscar a melhor maneira (permitida em lei) de se assegurar o fim proposto, torna-se necessário buscar uma forma de assegurar o direito de todos sem infringir os direitos (fundamentais) de alguns.

Não se fala de segurança sem se falar de punição para aqueles que inobservam as expectativas normativas oficiais. Todavia, da mesma forma que a Constituição Federal assegura um direito à segurança, assegura também outros direitos individuais que não podem ser suplantados em detrimento daquele. Direitos estes no mesmo nível de necessidade de proteção daqueles outros.

---

<sup>98</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

<sup>99</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da ‘Reserva do Possível’. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 173-193.

Para poder conseguir cumprir tão árduo papel, a solução demanda, *a priori*, o desembolso de grande quantia financeira. Então chega-se ao ponto: se os recursos são poucos e por isso torna-se necessário fazer escolhas políticas, a melhor conclusão seria preservar os recursos ao “cidadão” ainda que falte para o “inimigo” – como se fosse dever do sistema político diferenciar pessoas.

Não é necessário muito esforço para demonstrar que tal premissa é atentatória às normas constitucionais. O dever de prover segurança não exclui outros, inclusive o de prover condições dignas para o cumprimento de penalizações. Deve-se buscar proporcionalmente a efetivação de todos – não com base na “qualidade moral” do beneficiado, mas de estudos estatísticos devidamente interpretados pela ciência e que possam servir de base e de fundamentação para as decisões políticas.

Todavia as estatísticas demonstram que a demanda por recursos para financiar o sistema carcerário, sobretudo no regime fechado, vem crescendo cada vez mais, podendo-se prever uma inevitável impossibilidade real de custear o sistema do modo que a lei descreve.

Mas será que esse é o grande problema? Faltam recursos para o custeio do sistema carcerário? Vejamos.

Em 2003, o Estado de Alagoas tinha como previsão orçamentária para gastos com o sistema prisional o valor de R\$ 25.358.565,00, todavia só foram realmente aplicados R\$ 13.153.215,00, quase 50% do que fora destinado. E não foi apenas nesse ano. Em 2004 a previsão era de R\$ 18.450.889,00, o valor realmente aplicado foi de R\$ 12.743.084,00. E, em 2005, havia previsão de se investir R\$ 29.256.662,00, mas só houve o investimento de R\$ 17.301.884,00.<sup>100</sup>

A conclusão lógica é de que não houve a necessidade de investir a cifra total originalmente destinada, conclusão que facilmente se dissolve em face dos dados expostos no item 2 deste capítulo.

Um juízo lógico nos faz alcançar duas explicações restantes: ou não houve a efetivação total dos valores originalmente previstos em orçamento em virtude da falta de habilidade do gestor público responsável para aplicar a verba, ou simplesmente faltou vontade política para sua aplicação. Nenhuma das duas conclusões pode ser tolerada à luz de nossa legislação.

---

<sup>100</sup> Pesquisa realizada pelo aluno Hamilton Carneiro na Secretaria da Fazenda e publicada em painel exposto no CONNASP – Congresso Nacional de Segurança Pública, realizado no Hotel Ritz Lagoa da Anta, em 3 de junho de 2008.

Não podemos deixar de mencionar também o custo causado pela própria criminalidade. O delito provoca para a sociedade custos econômicos diretos, indiretos, perdas, por consequência, custos sociais e custos públicos.<sup>101</sup>

Em pesquisa realizada pelo *Federal Bureau of Intelligence* (FBI) e publicada em seus anais no ano de 1989, constatou-se que a cifra global de gastos decorrentes da criminalidade atingiu naquele ano a quantia de US\$ 430.000.000.000,00 (quatrocentos e trinta bilhões de dólares)<sup>102</sup>, em torno de um trilhão de reais.

Ou seja, a alocação de recursos para a redução dos índices de criminalidade, em uma perspectiva macroeconômica, antes de ser um gasto, representa uma economia para a sociedade.

O maior problema é que além de o Estado gastar pouco, ele gasta mal. “Certamente, uma leitura atenta do funcionamento desse segmento da atividade de nossos países mostra-nos que as autoridades concentram seus esforços na repressão e descuidam da prevenção tradicional, sem tentar critérios alternativos”.<sup>103</sup>

Com efeito, nesse cenário de desperdício de verbas alocadas e mau uso das aplicadas, a lei se torna letra morta; perde sua efetividade e socialmente adquire mera função simbólica.

### 1.3.2 Normas Jurídicas Simbólicas e seus Efeitos

Apesar da carência de dados para podermos afirmar que ainda que o total previsto a ser aplicado no sistema prisional assim o fosse, seria insuficiente para se cumprir o que preconiza a lei, podemos especular a favor da veracidade desta premissa.

Conforme exposto em item anterior, as carências do sistema prisional são inúmeras, de modo que a aplicação total dos recursos originalmente previstos, e, ainda, um aumento desses recursos, não seriam suficientes para se cumprir o que foi disposto em lei.

Mas se o que se encontra previsto em lei é tão difícil, para não se dizer impossível de se efetivar, por que se editou lei prescrevendo o que margeia o impossível? A resposta, simples, é o que Marcelo Neves chama de “legislação simbólica”: “legislação simbólica” aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da

<sup>101</sup> Para uma exposição completa acerca do custo do delito, ver CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57-76.

<sup>102</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

<sup>103</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”.<sup>104</sup>

Mas por que criar leis que se sabe que não serão cumpridas? Kindermann responde a nossa indagação em suas obras “*Symbolische Gesetzgebung*” e “*Alibigesetzgebung als Symbolische Gesetzgebung*”. Para o autor, a chamada legislação simbólica tem como função ora confirmar valores sociais, ora demonstrar a capacidade de ação do Estado ou adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.<sup>105</sup>

Apesar de a citada teoria ter sido desenvolvida em realidade bastante diversa da nossa, constatamos sua total aplicabilidade na realidade brasileira atual. Podemos deduzir com isso que a lei não tem como único (nem, algumas vezes, necessariamente principal) efeito o de estabelecer expectativas normativas oficiais através de um meio de comunicação simbolicamente generalizado; as leis também podem reduzir a complexidade do ambiente ao produzir um (ou mais) dos efeitos assinalados.

Quando duas ou mais correntes ideológicas travam um conflito no plano jurídico-político, a chamada “vitória legislativa”, ou seja, a conquista de um espaço (ainda que simbólico) no sistema jurídico faz com que o conflito seja apaziguado e a complexidade seja reduzida.<sup>106</sup> No que tange ao (sub)sistema penitenciário, podemos perceber duas correntes nitidamente buscando espaço como linha principiológica do sistema, as que buscam uma maior proteção dos direitos fundamentais dos condenados – com a conseqüente redução da quantidade e/ou intensidade das penas – e as que visam a relativização de seus direitos – e o recrudescimento das penalizações.<sup>107</sup>

A elaboração da LEP demonstra uma nítida tendência protecionista aos direitos fundamentais, conduzindo à dedução de uma vitória (de Pirro) em relação à ideologia rival.

Por outro lado o Estado demonstra que não está inerte ante a necessidade de modernização de seu sistema penitenciário. Assim, ainda que haja a ciência acerca da inefetividade do escopo da norma, ele se protege no que Marcelo Neves chama de “legislação-álibi”.<sup>108</sup> “Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos.”<sup>109</sup>

<sup>104</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 23.

<sup>105</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 33.

<sup>106</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 33.

<sup>107</sup> Apresentamos aqui uma classificação demasiadamente simplista das correntes ideológicas do direito penal moderno, apenas à guisa de facilitar a compreensão do tema.

<sup>108</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 36.

<sup>109</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 39.

Com efeito, com a legislação-álibi o sistema político consegue se imunizar de eventuais reclames sociais, utilizando-se da posição ideológica já mencionada como forma de manipulação e ilusão das massas.<sup>110</sup> Ocorre que em um Estado Democrático de Direito a legislação não pode possuir exclusivamente tal escopo, devendo ter sempre como função precípua a manutenção de expectativas normativas oficiais.

Outro grande problema do uso excessivo dessa espécie de legislação é a descrença que provoca a conseqüente deslegitimação do sistema jurídico.<sup>111</sup>

A terceira função assinalada por Kindermann é a de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Dessa forma, o sistema político adia a necessidade de por em prática as concepções da ideologia dominante ao vinculá-las a outros fatores para sua efetivação, criando as chamadas “normas programáticas”.

Não podemos negar a importância desses efeitos para reduzir a complexidade do ambiente e contribuir para o melhor funcionamento do sistema jurídico, todavia, esse tipo de utilização da legislação vigente não só deslegitima o próprio sistema jurídico, em um processo autofágico, como atenta contra direitos fundamentais da sociedade. Em outras palavras, o uso da legislação simbólica agride duplamente o sistema jurídico, o que por si só justifica a necessidade de excluir todos os efeitos meramente simbólicos percebidos no campo da aplicação das leis.

---

<sup>110</sup> Nesse sentido NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>111</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 40.

## 2. CONSTRUÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DA PENA

Nos últimos séculos uma série de estudiosos se enveredaram pela análise dos fundamentos da sanção estatal, desde Kant e Hegel (sem mencionar os filósofos gregos), até os mais recentes, como Ferrajoli e Zaffaroni. Em razão disso, um turbilhão de explicações foi construído pela ciência acerca do tema. Nosso trabalho a seguir é tentar sintetizá-las em poucas páginas, além de apontar os pontos suscetíveis de críticas de cada uma delas.

### 2.1 Teorias que Fundamentam/Legitimam a Pena

As Teorias Absolutas se caracterizam pelo fato de que para elas a pena é um fim em si mesmo, independentemente de quaisquer outras considerações.<sup>112</sup> “Esta concepção de pena parece ligada intimamente a uma determinada concepção de Estado, a um Estado de Direito que não seja intervencionista, mas guardião.”<sup>113</sup>

A pena consubstancia retribuição da culpabilidade do sujeito, considerada a culpabilidade como decorrente da idéia kantiana de livre arbítrio. Esse é seu único fundamento e, com amparo nesse argumento, é que se diz que, se o Estado não mais se ocupasse de retribuir, materializar numa pena a censurabilidade social de uma conduta, o próprio povo que o justifica também se tornaria cúmplice ou conivente com tal prática e a censura também sobre o povo recairia.<sup>114</sup>

Como maiores expoentes dessa teoria, vejamos uma breve exposição do pensamento de Kant e de Hegel.

Kant repudia qualquer forma de instrumentalização do homem. Assim sendo, a pena jamais poderia ter qualquer outra justificativa senão a teleológica. A pena não pode ter nenhum escopo de utilizar o homem como meio para algo, apenas deve existir como um fim em si mesmo, como uma consequência lógica pelo descumprimento de um imperativo categórico.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 17

<sup>113</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 110.

<sup>114</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 110.

<sup>115</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad, Edson Bini – São Paulo: Edipro, 2003, p. 173

Kant chega ao extremo de afirmar que “ainda que uma sociedade se dissolvesse por consenso de todos os seus membros (assim, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha, decidisse separar-se e dispersar-se pelo mundo), o último assassino deveria ser executado”<sup>116</sup>. Essa passagem de Kant reflete claramente seu pensamento de pena como fim em si mesmo.

Para Zaffaroni, em passagem que critica as teorias relativas da pena, afirma que Kant elabora a mais completa “justificação para a expropriação do conflito”.<sup>117</sup>

Para Hegel, o crime é um ato de violência contra o próprio sistema jurídico; nesse caso, a pena surge como a negação da negação do direito, restaurando sua validade.<sup>118</sup> Sua concepção de pena se mostra perfeitamente coerente com seu conceito de indivíduo, o qual somente existe em função do Estado.<sup>119</sup>

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.<sup>120</sup>

Convém frisar que, apesar de sua justificativa para fundamentar a intervenção estatal por meio da aplicação de penas, ele não nega o caráter de vingança de que inexoravelmente esta se revestirá.<sup>121</sup>

Em que pese a importância da formulação das teorias absolutas, elas se mostram falhas em alguns aspectos. Em primeiro lugar elas concebem a pena como meio de realização da justiça, enquanto em termos pragmáticos sua função é simplesmente “viabilizar a convivência social por meio da ordenação pacífica dos conflitos”.<sup>122</sup>

Em segundo lugar, a pena como “imperativo categórico” se assemelha muito mais a um ato de fé, pois desafia a lógica de infligir um mal para solucionar os problemas advindos de um mal anterior.<sup>123</sup> Essas teorias também não deixam claras quais as razões para ter de

<sup>116</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad, Edson Bini – São Paulo: Edipro, 2003, p. 176.

<sup>117</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 81, nota 12.

<sup>118</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21.

<sup>119</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

<sup>120</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 87.

<sup>121</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 91/2.

<sup>122</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25

<sup>123</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 26.

punir alguém, e não simplesmente adotar uma outra espécie de controle social.<sup>124</sup> Elas pressupõem a necessidade da pena, ao invés de fundamentá-la.<sup>125</sup> E, por fim, tais teorias foram formuladas em um cenário de absolutização do Estado, a qual acaba provocando uma ontologia do delito, que, de fato, não existe.<sup>126</sup>

Retirando-se todo o aspecto moral/religioso/legal do ato criminoso, esse seria simplesmente mais um fato, como o é a chuva ou o nascimento de uma planta no meio da floresta.

Analisando tais teorias à luz da dignidade humana, elas se revelam completamente incompatíveis com o sistema. A pena como retribuição coloca o sujeito ativo do crime como sujeito passivo da força estatal, ou seja, ele passa a ser vítima do poder do Estado em sua mais contundente manifestação. O emprego da força como retribuição se traduz como vingança, e a vingança pública não se coaduna com os direitos fundamentais protegidos pelo sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito.

As teorias relativas são notadamente resultantes da teoria finalista, pois encaram a pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a determinados fins – ou seja, a concebem utilitariamente.<sup>127</sup> Elas podem ser, de modo mais genérico, classificadas em prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial

Para a prevenção geral negativa, a pretensão da pena é a de desencorajar os indivíduos a praticar condutas criminosas. A pena seria um estímulo negativo aos estímulos naturais de praticar crimes. O problema dessa teoria é que a prática da conduta criminosa por si só já traz inúmeros motivos hábeis para desestimulá-la, como o próprio risco de morte, em alguns casos.<sup>128</sup> Mesmo assim, o agente opta por praticá-las. Dessa forma, tal “contraestímulo” seria de menor valia para a ponderação de valores na mente do infrator.<sup>129</sup>

<sup>124</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

<sup>125</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

<sup>126</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27-29.

<sup>127</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

<sup>128</sup> Apenas a título de exemplo, podemos mencionar o crime de tráfico de entorpecentes. A pena para quem trafica substâncias entorpecentes ilícitas varia entre 5 e 15 anos de reclusão (Lei 11.343/07, art. 33), ou seja, pode-se chegar a uma pena bastante alta, que ainda pode ser elevada em razão de causas de aumento de pena; todavia, o próprio ato de traficar drogas submete o traficante à possibilidade – bem mais concreta que a pena estatal, diga-se de passagem – de receber uma sanção muito mais rigorosa que a instituída oficialmente, qual seja a morte. Somente no ano de 2007 a polícia fluminense matou 1.300 (mil e trezentas) pessoas em incursões em favelas para combater o tráfico (dados fornecidos por Julita Lemgruber em “Combate ao tráfico no Complexo do Alemão completa um ano sem diminuir violência”. **DiviNews: o seu jornal on line**. 2 de maio de 2008. <<http://www.divinews.com/brasil/54-geral/637-combate-ao-trafico-no-complexo-do-alemao-completa-um-ano->

Segundo a socióloga Julita Lemgruber:

A dureza das penas tem menos efeito dissuasório do que a certeza da punição, isto é, de que os criminosos em potencial saibam que é alta a probabilidade de ser preso e condenado depois de cometer um crime. Em 1996, no Rio de Janeiro, uma pesquisa demonstrou que apenas 8% dos homicídios resultavam em processo criminal, um ano depois de terem sido cometidos. A maioria acabava arquivada por falta de elementos suficientes. Sem dúvida, o caminho mais eficaz para diminuir a criminalidade no Brasil não é o aumento das penas, mas a redução da impunidade.<sup>130</sup>

Já para a prevenção geral positiva toda norma veicula valores éticos e sociais, e todo o crime põe em xeque esses valores. Assim a pena surge como forma de fortalecer o valor prejudicado. A pena seria a “restauração – simbólica – da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinqüente; logo, reação necessária à estabilização social”.<sup>131</sup>

Durkheim afirma taxativamente que o crime é necessário, útil à sociedade.<sup>132</sup> Consequentemente, “a pena não pode ter como objetivo curá-lo [o criminoso], e a sua verdadeira função deve ser procurada noutro lugar”.<sup>133</sup> E assim o faz:

A pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum. Negada de maneira tão categórica, esta perderia necessariamente parte de sua energia, se uma reação emocional da comunidade não viesse compensar essa perda, e daí resultaria um relaxamento da solidariedade social.<sup>134</sup>

O pensamento durkheimniano é de grande valia para a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, entre outros autores, Durkheim e Weber tiveram grande influência em seu pensamento inicial, o que faz com que haja características comuns (apesar de poucas) entre suas teorias.

Outro autor costumeiramente classificado como pertencente à corrente da prevenção geral positiva é Hans Welzel. Para ele,

[sem-diminuir-violencia.html](#)>. Acesso em 27 de maio de 2009), mesmo assim o crime de tráfico de drogas continuou proliferando na região.

<sup>129</sup> Para mais detalhes ver LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. **Revista Think Tank**. São Paulo: Instituto Liberal do Rio de Janeiro, 2001. Disponível em <[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade\\_mitos%20e%20fatos\\_Lemgruber.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade_mitos%20e%20fatos_Lemgruber.pdf)>. Acessado em 27 de maio de 2009, p. 11 a 17.

<sup>130</sup> LEMGRUBER, Julita. Criminalidade: sete teses equivocadas. **ARP**. 2 de julho de 2009. Disponível em <[http://www.arp.org.br/publicacoes\\_art.php](http://www.arp.org.br/publicacoes_art.php)>. Acesso em 27 de maio de 2009.

<sup>131</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

<sup>132</sup> DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 86.

<sup>133</sup> DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 88.

<sup>134</sup> DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 81/2.

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el disvalor del resultado). Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto.<sup>135</sup>

De todos os autores apresentados até o momento, Welzel é o que mais se aproxima, em suas devidas proporções, da posição sustentada por Jakobs. Para ele o direito serve precipuamente para a proteção de bens jurídicos, ou seja, ele enxerga o direito como uma espécie de guardião de valores sociais. Para tanto, faz-se necessária a instituição de sanções que desmotivem o agente.

Enquanto para Welzel a pena serve para proteger o valor protegido pela norma, para Jakobs ela protege a vigência da própria norma, como será visto adiante.

Buscando diferenciar-se das demais teorias, consideradas instrumentadoras, surge uma corrente alternativa, que desenvolve a teoria da função simbólica da pena. Para a teoria da função simbólica ou retórica da pena, a edição e a aplicação de normas têm o objetivo de criar uma impressão de segurança jurídica que busca restabelecer, ainda que de forma retórica, a situação social abalada pela ocorrência de certas infrações. Trata-se, como visto, de uma função demagógica, que visa iludir os destinatários da norma por meio de uma fantasia de segurança jurídica – tornando-a completamente ilegítima.<sup>136</sup>

Um dos principais exemplos em nosso ordenamento jurídico é a Lei 8.072/90 – a Lei de Crimes Hediondos; trata-se de diploma legal que, em seu nascedouro, sobretudo, atribui tratamento de extremo rigor àqueles que fossem condenados por crimes nela incluídos, dando, assim, à sociedade, uma falsa sensação de segurança, de que a lei por si só resolveria grande parte dos problemas sociais relacionados àqueles delitos. Mera retórica política.

O grande problema dessa forma de utilização das leis penais, conforme García-pablos de Molina, é que

(...) um direito penal simbólico carece de toda legitimidade porque manipula o medo ao delito e à insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e infratores, introduz um sem fim de disposições excepcionais, a despeito de

<sup>135</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal, Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 2.

<sup>136</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52/3.

sua ineficácia ou impossível cumprimento e, a médio prazo, desacredita o próprio ordenamento, minando o poder intimidatório de suas prescrições.<sup>137</sup>

Uma das construções dogmáticas mais aceitas na atualidade é a teoria da prevenção especial. A função da pena, para a prevenção especial, é simples: evitar a reincidência. Nas palavras de Basileu Garcia, a pretensão do direito penal é a “conversão do criminoso em homem de bem”.<sup>138</sup>

Quem melhor desenvolveu essa teoria foi Franz Von Liszt, para quem a função da pena era prevenir a prática de futuros delitos, conforme as peculiaridades de cada infrator.

Von Liszt se vale da doutrina teleológica da diferenciação da pena para expor seu pensamento no sentido de que a missão do direito penal é proteger bens jurídicos, incidindo na personalidade do criminoso, objetivando sua recuperação.

Para o aludido autor, a pena é coação, mas uma coação que se traduz em um misto de correção, intimidação e inocuização do delinquente.<sup>139</sup>

As críticas enfrentadas surgem afirmando que a prevenção especial se omite quanto aos limites da atuação estatal ou sobre os critérios político-criminais que orientam a intervenção jurídico-penal pelo Estado. Da mesma forma, ela não explica a punição do chamado “criminoso ocasional”, visto que para este a pena não teria qualquer fundamento; tampouco teria fundamento para aquele que já reintegrou à vida social, apesar de ainda estar submetido ao cumprimento de parte (ou toda) da pena. Por fim, “(...) não é lícito ao Estado pretender, por meio da pena – forma institucionalizada de violência – moralizar seus jurisdicionados, tampouco é admissível que pretenda ressocializá-los coercitivamente”.<sup>140</sup>

Como uma tentativa de conciliar várias teorias, surgem as teorias unitárias, mistas ou ecléticas. As teorias unitárias visam fundamentar a pena de modo que ela se apresente justa e útil. Seria “uma retribuição a serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos”.<sup>141</sup>

No que concerne aos fundamentos da pena, essa teoria afirma que ela (a pena) deve se fundamentar em nada mais que no próprio fato delituoso. O intuito de tal fundamentação é afastar ao mesmo tempo argumentos de natureza de prevenção geral – da pena como

<sup>137</sup> **Derecho penal: introducción.** Madrid: Universidade Complutense de Madrid, 1995 *Apud* QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

<sup>138</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54

<sup>139</sup> LISZT, Franz Von. **A Idéia do Fim no Direito Penal.** Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Editora Rideel, 2005, p. 55/6.

<sup>140</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59.

<sup>141</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

intimidação, e de prevenção especial, pois esta se fundamentaria no homem enquanto “doente biológico ou social”, o que afetaria sua dignidade.<sup>142</sup>

Não parecem ser estas as mais indicadas, posto que se limitam a justapor, sem nenhum tipo de ordem nem conserto, finalidades do castigo, que partem muitas vezes de pressupostos incompatíveis entre si. (...) Afirmar que o incompatível é compatível não é o consistente, a soma desordenada de finalidades da sanção, que colidem frequentemente entre si, longe de solucionar as contradições dos distintos componentes, introduz uma nova fonte de confusão.<sup>143</sup>

Roxin é um dos cientistas jurídicos que não crê na utilidade prática das teorias mistas,<sup>144</sup> todavia seu próprio pensamento é de classificação controversa. Para Roxin, a função da pena é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Ele se utiliza da culpabilidade para limitar possíveis excessos oriundos da prevenção geral, afirmando que a punição não poderia ultrapassar os limites da culpa do agente.<sup>145</sup>

Esse pensamento faz com ele seja considerado por alguns autores como defensor da teoria dialética unificadora<sup>146</sup>, enquanto outros preferem simplesmente não classificá-lo.<sup>147</sup>

Fato é que o pensamento de Roxin é demasiadamente rico para permitir uma classificação adequada em um ou outro grupo de teorias; a riqueza e esmero de suas teorias fazem-no merecer posição de destaque. Em que pese o brilhantismo aludido, Roxin ainda crê na utopia da pena como ressocialização, o que o torna inadequado para o pensamento ora defendido.

Outro autor de destaque merecido é Luigi Ferrajoli. Em sua obra *Direito e Razão*, prega a abolição gradual das penas privativas de liberdade, inicialmente limitando-as em dez anos de duração<sup>148</sup>. Seu pensamento se funda no fato de que o Estado não tem o direito de modificar a personalidade do réu, mas simplesmente o de impedir que cause dano a outrem.

---

<sup>142</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

<sup>143</sup> FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Cláudia de Miranda Avena. Ver. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

<sup>144</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144.

<sup>145</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

<sup>146</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

<sup>147</sup> Como é o caso de BITENCOURT, para mais detalhes ver **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 e **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 381.

Destarte as penas não deveriam perseguir fins pedagógicos ou correccionais, mas sim ser taxativamente predeterminadas.<sup>149</sup>

Ferrajoli acaba por criticar todas as teorias mencionadas ao afirmar que:

(...) embora a total ineficácia das penas seja suficiente para deslegitimá-la, a eficácia das mesmas não o é para legitimá-las, e tampouco para determinar-lhes a medida. De fato, em uma concepção não teleológica, nem moralista, nem naturalista do direito penal, o dano buscado pelas penas irrogadas para punir os delitos passados e prevenir aqueles futuros, se não é capaz de reparar nem compensar o dano causado por aqueles, como pretendem as doutrinas retributivistas, de outro lado tampouco é comparável ao dano destes por hipótese prevenido por elas. Ao contrário, o dano dos delitos evitados pelas penas e o dano das penas para prevenir os delitos são comensuráveis, respectivamente, somente aos danos dos maiores delitos e das maiores penas, os quais, sem o direito penal, teriam lugar. Isto significa que para que um sistema penal possa dizer-se **justificado** mister que se avalie sua funcionalidade, confrontando, entre si, entidades homogêneas, e fugindo, assim, à objeção kantiana, mesmo em relação a um outro tipo de objetivo, não menos importante do que a prevenção dos delitos, qual seja, a prevenção das punições excessivas e incontroladas, dotadas igualmente de uma certa capacidade preventiva frente aos delitos, que na ausência desta retornariam.<sup>150</sup>

O aspecto mais criticável da teoria de Ferrajoli evidencia-se quando ele propugna a utilização do direito penal também para evitar “reações arbitrárias”.<sup>151</sup> A crítica feita por Paulo Queiroz se concentra no seguinte ponto: “se o direito penal não é útil à prevenção de delitos – ou muito se desconfia de sua capacidade dissuasiva –, não há porque se acreditar que, diferentemente, seja idôneo para essa segunda tarefa que se lhe atribuiu enfaticamente: prevenir reações informais.”<sup>152</sup>

Não se pode negar, todavia, a contribuição que Ferrajoli trouxe para o discurso acerca da legitimação do sistema penal. Entretanto, não se pode confundir a fundamentação da pena, sua legitimação, seus objetivos e seu funcionamento. Apesar de um estar diretamente vinculado ao outro, cada qual possui sua finalidade, que é misturada assistemicamente tanto no pensamento de Ferrajoli quanto no de Roxin.

<sup>149</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 261.

<sup>151</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 320.

<sup>152</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

## 2.2 Günther Jakobs

A teoria desenvolvida por Günther Jakobs tendo como base a teoria sistêmica de Niklas Luhmann possui importância crucial para o trabalho ora desenvolvido. Tendo sido o precursor da divulgação da teoria sistêmica no âmbito do direito penal, Jakobs encontrou um vasto campo a ser explorado, todavia acabou por falhar em alguns aspectos, o que deu margem a severas críticas doutrinárias.

Para Jakobs, todo delito provoca uma espécie de disfunção no sistema social, mais especificamente no sistema jurídico. Quando um indivíduo opta por praticar uma conduta normativamente proibida, acaba por questionar a vigência da própria norma. Com efeito, a pena funciona como afirmação da vigência da norma infringida<sup>153</sup>. Como se pode ver, não é de se estranhar que sua teoria tenha sido tachada de “neo-retribucionista”, em decorrência da notória semelhança com a teoria retributiva de Hegel.<sup>154</sup> Atente-se a esta passagem:

A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.<sup>155</sup>

Para Jakobs, é uma ilusão achar que a pena previne delitos; ela, na verdade, protege “a erosão da configuração normativa real da sociedade”<sup>156</sup>. Jakobs afirma que o comportamento criminoso perturba a orientação da sociedade, visto que põe em dúvida seu caráter de real<sup>157</sup>.

O infrator da norma, por meio de sua conduta, não somente significou algo, mas por vez também o configurou; exemplificando, não somente afirmou que não se tem de respeitar a vida alheia, mas a destruiu, ou, ao menos – no caso da tentativa -, dispôs-se a isso. Portanto, o significado dessa conduta

<sup>153</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 8.

<sup>154</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99. Ver também JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 20.

<sup>155</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22.

<sup>156</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 9.

<sup>157</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 11.

não somente é objetivado por ele no plano simbólico, mas mediante o mundo externo das pessoas, que é configurado já depois da afirmação.<sup>158</sup>

Assim o autor refuta o caráter intimidante ou educador da pena; afirma que ela simplesmente contrapõe à realidade formal da ação do agente uma situação materialmente pessoal, a saber, a realidade da norma.<sup>159</sup>

Em crítica à “função ético-social” da pena afirmada por Welzel, Jakobs aduz que a pena é um processo comunicativo e por este motivo não pode estar fincada simplesmente em reflexos ou repercussões psíquicas da comunicação.<sup>160</sup>

A prevenção geral positiva – se é que se quer fazer uso desse termo – não deve denominar-se prevenção geral porque garante o genérico, melhor dito, o geral, isto é, a configuração da comunicação; por outro lado, não se trata de prevenção porque se quer alcançar algo por meio da pena, mas porque esta, como marginalização do significado da ação em si mesma tem como efeito a vigência da norma.<sup>161</sup>

Todavia a aplicação da teoria dos sistemas no direito penal por Jakobs foi alvo de críticas contumazes. De fato, o autor se divorciou bastante do pensamento luhmanniano ao desenvolver sua teoria do delito, o que fez com que colecionasse críticas de vários flancos bem distintos. Analisaremos adiante os fundamentos de tais críticas sob a ótica da teoria dos sistemas autorreferenciais.

### 2.3 Resposta às Críticas Direcionadas à Teoria dos Sistemas no Âmbito Penal

Cláudio do Prado Amaral afirmou que muitas das críticas atribuídas à teoria de Luhmann são decorrentes do alto nível de sinceridade de seu pensamento.<sup>162</sup> Concordamos com o autor.

<sup>158</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 17/8.

<sup>159</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 18.

<sup>160</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 26.

<sup>161</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 26/7.

<sup>162</sup> “Talvez, a maior resistência a Luhmann – que não parte, absolutamente, apenas de Habermas – esteja no fato de ser sincero demais. Sincero demais, inclusive, porque admite a existência de situações conflituais da sociedade de risco que simplesmente não têm qualquer solução”. AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 140/1.

Há muito a filosofia já desmistificou o mito da verdade; há muito se sabe que um objeto não pode ser esgotado cognitivamente. O próprio Luhmann afirmou mais de uma vez que o sistema só pode ser observado<sup>163</sup> por ele próprio, todas as demais observações seriam observações de segunda (ou até de terceira) ordem, contaminadas com o código<sup>164</sup> do sistema observador.<sup>165</sup>

Assim sendo, ciente da total impossibilidade de exaurir a pergunta “o quê?”, Luhmann concentrou esforços em tentar explicar “como?”, e o fez de forma honesta, não desenvolvendo uma “teoria sem homens”, mas colocando-os em seu devido lugar, sem atribuir-lhes importância maior ou menor que a merecida.<sup>166</sup>

Quando o sociólogo decide por se concentrar no funcionamento social, ele lança mão de exaurir a substância, pois opta pela investigação da forma.

Tomando o direito como exemplo. Quando Luhmann vincula o direito à existência de uma sociedade ele se esforça menos em responder indagações do gênero “o que é o direito?”, “de onde ele vem?”, “para onde ele vai?”, e foca sobretudo em seu funcionamento.

Dessa forma, ele desenvolve a teoria que melhor explica o funcionamento da sociedade moderna, não só juridicamente, mas como um todo, atento a todas as implicações que os demais setores que compõem a sociedade, chamados por Luhmann de “sistemas” (religião, política, economia...), exercem individual e conjuntamente<sup>167</sup> entre si.

---

<sup>163</sup> Deve-se salientar que “observar” no sentido luhmanniano não tem nada de exclusivamente cognitivo ou contemplativo. Trata-se de “todo ato que crie uma diferença primordial entre ‘um’ e ‘outro’, entre duas entidades quaisquer”. CLAM, Jean. *A Autopoiese no Direito. Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, nota de rodapé, p. 97/8. Saliente-se, outrossim, que a observação é função imprescindível para a realização da autopoiese do sistema. Mais detalhes em LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos Editorial Del Hombre, 1996, p. 61.

<sup>164</sup> Cada um dos subsistemas sociais, ou sistemas secundários, possui seus próprios códigos. Para mais detalhes acerca dos códigos comunicativos no pensamento luhmanniano, ver LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998.

<sup>165</sup> NEVES, Rômulo Figueira. *Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. USP. São Paulo, 2005, p. 43.

<sup>166</sup> De acordo com o autor Joe Tennyson Velo, referindo-se a estudo desenvolvido por Karl Jaspers, o fenômeno científico se resume no binômio explicação-compreensão, de modo que um complete o outro. Em relação aos fenômenos sociológicos, a compreensão se torna ainda mais importante. Jaspers afirma que “temos de compreender a significação perseguida pelos seres que agem, pensam, prevêm e acreditam; nas ciências humanas, não nos contentamos com o conhecimento exterior das coisas, mas temos de apreender, no seu interior, o significado posto pelo homem” (*Introdução ao pensamento filosófico*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: 2003, p. 79 *Apud* VELOSO, Joe Tennyson. *Política criminal e complexidade. Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária*, v. 1, n. 19, jul./06-dez./06, p. 102-132.

<sup>167</sup> Para Luhmann um sistema não tem a capacidade de influenciar o funcionamento dos demais, tais implicações se dão através de irritações recíprocas, que, na verdade, são autoirritações provocadas pela observação que um sistema faz sobre os demais.

No que tange ao direito penal, Jakobs não foi tão fiel na sua adaptação do pensamento luhmanniano, o que fez com que alguns aspectos de sua teoria ficassem em aberto, dando margem às críticas já aludidas.

Vamos tentar agora analisar as principais críticas à sua teoria.

### 2.3.1 Qual a Razão da Imposição de um Mal como a Pena, se o que se Pretende é Simplesmente Evitar Possíveis Dúvidas sobre a Vigência da Norma Violada? Por que Através de Castigos e não de Outros Meios Menos Graves?

Tentando manter fidelidade à nomenclatura luhmanniana, podemos afirmar que a norma jurídica é a memória de uma seleção de uma possibilidade dentre várias possíveis, realizada por quem compõe o Estado.

Se a norma jurídica é uma seleção transformada em elemento por via da comunicação escrita, estabelece-se, com ela, um processo comunicativo bilateral entre o Estado e os indivíduos. A informação transmitida pelo Estado pode:

- a) Não ser conhecida pelos seus destinatários
- b) Ser conhecida e ser mal entendida
- c) Ser conhecida e ser entendida simetricamente, porém não haver o interesse em atendê-la.
- d) Ser conhecida e ser entendida devidamente e haver o interesse na observância da ordem estatal.

A inobservância (sobretudo por parte dos que a compreendem mas a renegam) põe em xeque a autoridade que o Estado se reveste para a produção de normas jurídicas (aqui chamadas de expectativas normativas oficiais).<sup>168</sup> Destarte, o Estado, emissor da comunicação, encontra-se diante de algumas possibilidades, vejamos:

- a) Nada fazer, permitindo que as normas sejam observadas por uns e não por outros, de acordo com a conveniência pessoal de cada um.
- b) Promover ações de incentivo ao cumprimento da norma, possivelmente premiando quem as cumpra devidamente (como faz com algumas normas jurídicas tributárias, *e.g.*)

---

<sup>168</sup> Em razão de o sistema jurídico não permitir a revogação de uma norma jurídica penal pelos costumes (pelo menos em tese), podemos afirmar que nem sempre será a vigência da norma que estará correndo riscos, mas sim sua efetividade.

- c) Promover ações de desestímulo ao descumprimento da norma, possivelmente com medidas lesivas aos interesses contrários aos esperados pelo Estado.

Diante das possibilidades aventadas, qualquer delas poderia ter sido selecionadas, porém o curso do tempo demonstrou a notória opção pela alternativa “c”. Uma série de fatores pode ter contribuído para essa escolha, dentre eles poderíamos salientar o custo maior de implementar a alternativa “b” e a crença de que a alternativa “a” poderia configurar um estado político de anarquia (o que possivelmente ocorreria).

Assim, optando pela promoção de ações de desestímulo, ele precisa afirmar aos demais que a norma continua válida em que pese sua infração. E para isso ele se utiliza da diferenciação criminoso/não-criminoso através dos meios legitimados para tal (ou seja, uma lei prévia prevendo uma ação sendo uma infração penal, e um processo penal válido e findo, condenando o indivíduo pela infração à lei referida), o que, muitas vezes, infelizmente, transforma-se na diferença cidadão/criminoso.

Em que pese a diferenciação aludida poder ser alcançada pelos procedimentos legitimados pelo Estado, este opta por meios que busquem a gravação da mensagem na memória, e opta, para isso, da punição.

Por outro lado, o próprio infrator precisa saber que a norma é válida. A resposta para com o infrator deve ser mais eficaz, visto que foi ele o titular da ameaça à validade da norma. Assim sendo, deve-se buscar uma resposta que seja capaz de provocar uma irritação suficiente no infrator ao ponto de surgirem novas operações (ou reformular as antigas), que façam com que não haja mais o interesse em desatender as expectativas normativas oficiais.<sup>169</sup>

Entretanto, olvida-se do fato que cada indivíduo constitui (e é constituído por) um sistema psíquico singular, com operações únicas e impermutáveis. Provocar desconforto por meio da pena pode surtir inúmeras reações diferentes por parte de quem sofre o desconforto, sendo a chamada “ressocialização” apenas uma das possibilidades possíveis – e de longe a mais provável.

Desse modo, a aplicação de uma pena (leia-se, dor) pode implicar em reações as quais dividiremos em subjetivas – enquanto partam do próprio destinatário da pena – e objetivas – em relação aos demais, alheios à execração estatal.

Dentre as reações subjetivas as mais comuns são:

- a) Rebeldia, por encarar o Estado como um inimigo, que só se revela em sua feição Estado-polícia, esquecendo sua função de Estado-providência.

<sup>169</sup> Outro aspecto de certa relevância seria qual a legitimidade do Estado em “reprogramar” os indivíduos, mas essa discussão foge ao propósito deste trabalho.

- b) Frustração, por não conseguir atingir suas metas culturalmente difundidas e selecionadas pelo infrator.
- c) Apatia, quando as metas parecem inalcançáveis o desânimo provoca estados que margeiam a depressão – mais comuns em penas duradouras.
- d) Aperfeiçoamento, a tentativa frustrada de satisfazer seus interesses opostos aos do Estado faz com que busquem uma forma mais eficaz de consegui-lo.
- e) Correção, quando há uma desistência em manter o conflito de interesses com o Estado e passa-se a optar pelos meios socialmente legítimos de realização dos interesses pessoais, o que por sua vez implicaria em várias outras reações posteriores.
- f) Outras, como o desenvolvimento de psicopatologias, como a morte do infrator ao longo do cumprimento da pena, etc..

Objetivamente, as reações podem ser classificadas em:

- a) Favoráveis à aplicação da pena (dor), satisfazendo sentimentos pessoais que variam da frustração pela repressão comportamental (Freud) ao sentimento pessoal de justiça (muito próxima à vingança).
- b) Contrárias, que vêem a pena como um excesso na maioria das vezes completamente inútil.
- c) Indiferentes.

Empiricamente percebe-se uma ampla predileção pela reação objetiva do tipo “a”, mesmo sendo bastante diversos os motivos que os levem a tal. Destarte, percebe-se que, partindo do pressuposto que subjetivamente não se possa prever qual será a reação do apenado, enquanto que sob um viés objetivo a larga margem de adesão à favorabilidade da pena contribui para sua reprodução enquanto seleção.

Em que pese tal fato não justificar a pena como seleção de uma alternativa entre várias, ao menos a explica, além de ratificar o entendimento de uma função de alcance muito mais objetivo do que subjetivo, desmistificando a falácia das teorias classificadas como de prevenção especial.

### 2.3.2 A Solução do Conflito Acaba por Ocorrer onde Ele se Manifesta, mas não Onde Ele é Produzido

Trata-se de tema de difícil elucidação, cuja resposta mereceria a dedicação de todo um novo estudo, mas ousaremos em buscar respondê-la parcialmente por ora.

O primeiro passo é desvendar o que a doutrina crítica entende por “conflito”. Sob uma perspectiva luhmanniana, conflito é uma contradição de uma comunicação; é a independência operativa de uma contradição por meio de uma comunicação.<sup>170</sup> Essa independência operativa faz com que o conflito gere sistemas dentro de sistemas, porém nunca ganhando *status* de sistema principal, possuindo, assim, um caráter parasitário.<sup>171</sup>

O conflito ora mencionado é resultado do incremento da complexidade, provocando contradições, que, por sua vez, podem gerar conflitos. Partindo do pressuposto que as contradições tem o condão de assegurar a reprodução e atualizar o futuro (mantendo possibilidades não selecionadas em forma latente)<sup>172</sup>, e de que os conflitos são gerados a partir de contradições,<sup>173</sup> aqueles possuem importante papel social, de modo que não devam ser “solucionados”, apenas observados.

O termo “conflito” utilizado pelos críticos parece ter muito mais o sentido de “conflito social” ou “conflito jurídico”. Destarte nos ateremos à análise dessas duas espécies.

Ambas as espécies de conflito mencionadas parecem ser lados de uma unidade. O conflito social pode ser observado como a manifestação exógena de um conflito jurídico, e este um efeito endógeno daquele. Em razão da unidade da diferença aqui empregada, não se pode afirmar que “a solução do conflito acaba por ocorrer onde ele se manifesta”, visto que o “onde ele se manifesta” vai depender da observação que está sendo realizada.

Talvez a crítica em análise possa ser melhor traduzida na expressão “Jakobs procura dar uma solução jurídica ao conflito, e não social”. De acordo com a teoria exposta por Jakobs, este parece ser o melhor sentido dado à expressão assinalada. Assim o sendo, a crítica não é de todo equivocada.

A observação de Jakobs sobre o conflito por várias vezes se reveste de uma conotação bem mais kelseniana do que luhmanniana. Desse modo, ao preocupar-se com a

<sup>170</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 350.

<sup>171</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 351.

<sup>172</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 333.

<sup>173</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 347.

“vigência (ou validade) da norma”, Jakobs atribui à pena uma eficácia muito mais voltada ao “mundo” jurídico, do que à sociedade.

É claro que os efeitos da proteção da validade norma repercutiriam no sistema social – como não poderia deixar de ser, visto que todo jurídico é também social –, porém sob um viés exógeno sua teoria não seria satisfatória para responder a expectativas sociais.

### 2.3.3 A Teoria de Luhmann/Jakobs Conserva Qualquer Modelo Penal Vigente, Dá Margem a um Direito Penal Máximo e Ilimitado e Faz Perder o Conteúdo Humanístico do Direito Penal

Igualmente verdade. Como dito na introdução deste item, a teoria de Luhmann é quase que estritamente funcional. A partir do momento que ele se atém a funções, ele pode, por meio de sua tese, explicar o funcionamento de qualquer modelo penal, inclusive um direito penal máximo e ilimitado, sem qualquer conteúdo humanístico.

O que vai definir o conteúdo humanístico do direito penal, que servirá de limite imposto pelo próprio sistema jurídico, é sua estrutura, a qual, para ser construída, depende de fatores diretamente ligados aos sistemas acoplados a ele – máxime o sistema político, como se verá a seguir.

### 2.3.4 Há uma Ausência de Critérios Materiais para Fundamentar a Escolha da Estabilização de Algumas Expectativas por Meio da Pena, Enquanto Outras não. O Crime não é Sempre uma Disfunção, Visto que as Frustrações nesse Sentido são Comuns, e a Regra é a Im(P)Unidade. A Pena como Fruto de uma Escolha Política é Relegada a Segundo Plano

Aqui se torna necessário uma análise mais detalhada da teoria em comento.

O surgimento do sistema jurídico, bem como o de todos os demais sistemas secundários<sup>174</sup>, é inerente ao surgimento do sistema social; o diferencial em relação ao sistema jurídico é o fato de ele ser o único a se utilizar do código direito/não-direito para realizar suas operações.<sup>175</sup> Na sociedade, todavia isso não implica que os demais sistemas secundários (ou subsistemas) não tenham alguma influência, ainda que indiretamente, nessa função.

<sup>174</sup> Sistemas que compõem em sua coletividade o sistema social.

<sup>175</sup> O código direito/não-direito decorre do processo de observação, já referido; quando o sistema observa, ou seja, faz a distinção primordial entre o “um” e o “outro”, ele automaticamente define seu código próprio.

Todos os sistemas são dotados de uma abertura cognitiva, que permite a comunicação com o ambiente. Dessa forma eles são capazes de trocar informações, que são recebidas por cada sistema de acordo com seus códigos próprios.

Em relação ao (sub)sistema penal, ele funciona à base da diferenciação lícito/ilícito penal, independentemente de qualquer teleologia inerente a esta aplicação. Todavia, busca-se atribuir ao direito penal uma missão de *ultima ratio*, ou seja, de proteger os bens jurídicos mais essenciais da sociedade, aqueles sem os quais ela não poderia se manter, mas tal tarefa já não pode ser mais atribuída ao sistema, mas ao observador que o analisa. Permanecendo com a linguagem luhmanniana, o sistema penal tem a função de aplicar a distinção lícito/ilícito penal, e, para o observador externo, assegurar as expectativas normativas mais importantes do sistema social, reduzindo a complexidade<sup>176</sup> do ambiente.

Entretanto, em que pese ser o único responsável pela aplicação da distinção supra mencionada, não é dele a tarefa de selecionar as expectativas normativas mais essenciais à manutenção social.

Nessa mecânica, urge destacar o funcionamento do sistema política, cuja comunicação se estabelece pelo binômio poder/não-poder (ou situação/oposição), fazendo com que determinadas condutas sociais sejam selecionadas pelo grupo que detém o poder para tal, de modo a transformá-las em ilícitos penais. Esta seleção se dá através de processos de observação de segunda ordem<sup>177</sup>, sendo amplamente contingencial.

“Observar”, para Luhmann, possui um significado diferente do coloquial. Em primeiro lugar, apenas o próprio sistema pode observá-lo por inteiro; todos os demais sistemas realizam observações contaminadas com sua própria programação, as chamadas observações de segunda ordem. A observação, ainda as de segunda ordem, produz diferenciação, fenômeno imprescindível para a redução da complexidade social crescente.

---

Explicamos, quando o sistema jurídico distingue o que é “direito”, automaticamente está distinguindo tudo o que “não é direito”, criando assim seu código comunicativo próprio. Para mais detalhes sobre o processo de comunicação ver LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 144.

<sup>176</sup> Quando se refere à “complexidade”, Luhmann quer designar “aquella suma de elementos conexos en la que, en razón de una limitación inmanente a la capacidad de acoplamiento, ya no resulta posible que cada elemento sea vinculado a cada outro, em todo momento” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamientos para uma teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 91.). Em sua outra obra, *Sociologia do Direito*, volume I, Luhmann afirma que complexidade quer dizer sempre existir mais possibilidades do que se pode realizar (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45)

<sup>177</sup> Como o processo de observação já mencionado só pode ser realizado pelo próprio sistema em relação a si mesmo, a “observação de segunda ordem” ocorre quando um sistema tenta observar outro sistema, utilizando-se, contudo, de seu código interno próprio. Mais informações em NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. USP. São Paulo, 2005, p. 40-43.

Quanto mais diferenciada for uma sociedade, mais apta ela estará para lidar com sua complexidade e contingência.

Após a seleção de condutas a serem criminalizadas, o sistema político estrutura suas decisões se utilizando da linguagem escrita (leis, em sentido amplo), que servirão, então, de acoplamento estrutural para com o sistema direito.

Em outras palavras, o acoplamento estrutural entre os dois sistemas em questão, o político e o jurídico, funciona como um delimitador da capacidade de aprendizado do sistema jurídico,<sup>178</sup> o que explica o produto das operações conjuntas de ambos os sistemas.

De todas as “necessidades humanas”, cumpre ao sistema político a escolha daquelas que deverão ser mais severamente sancionadas, com o escopo de atribuir-lhes maior proteção, tudo de forma totalmente contingencial e baseado em critérios particulares dos detentores do poder. No fim do processo, a configuração do sistema político acaba por provocar irritações que podem (ou não) provocar uma reconfiguração do sistema jurídico e vice-versa.

As seleções realizadas no âmbito do jurídico passam a atuar como motivações relevantes na comunicação política e vice-versa. Isso resulta em um alto grau de implausibilidade, na presença acentuada de comunicação improvável nos dois sistemas. Não significa, portanto, limitação recíproca estática das possibilidades, mas incremento de possibilidades por controles recíprocos.<sup>179</sup>

Assim sendo, refutamos a primeira e última crítica deste tópico.

Quanto ao fato de o crime não ser sempre uma disfunção, visto que as frustrações são comuns, já discorremos o suficiente no item 3.1.1, porém vamos concluir nosso raciocínio à luz da teoria dos sistemas.

As frustrações são comuns, como não poderiam deixar de ser em face do caráter de extrema improbabilidade da comunicação. Todavia, nem toda frustração põe em risco a manutenção do sistema social, muito pelo contrário. A maioria das frustrações vai, inclusive, ter uma função social de reconfiguração de expectativas sociais.

O direito penal deve agir de modo a impedir que a complexidade social atinja níveis insuportáveis de convívio, porém essa teleologia só poderá ser analisada à luz do observador, visto que o sistema penal funciona de forma bilateral, sendo produzido e reduzindo a complexidade social ao mesmo tempo.

Explicaremos melhor sobre essa mecânica no capítulo que segue.

---

<sup>178</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 101.

<sup>179</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 91.

### 3. UMA VISÃO CRÍTICA DAS TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PENA À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

Imaginemos duas pessoas que ajam em sincronia perfeita, onde uma saiba exatamente como a outra reagirá no instante seguinte, como será sua ação ante cada uma de suas reações. Certamente a total certeza acerca do comportamento alheio impediria que elas se envolvessem em qualquer forma de conflito.

Passando agora a uma perspectiva mais abrangente, imagine-se um grupo de pessoas com as mesmas características, todas sempre prevendo com total segurança como será o comportamento umas das outras a cada instante. Ter-se-ia, então, uma sociedade onde a negentropia<sup>180</sup> seria máxima, e onde, por outro lado, a entropia seria igual a zero.

Pode-se afirmar com certeza que se trataria de um sistema social em total equilíbrio. Todavia, como todo sistema balanceado, ele seria completamente estático. As possibilidades de ação estariam totalmente limitadas, restringindo sobremaneira a contigência e complexidade sociais.

Situando tal sociedade ora fantasiada no contínuo condicionado pelo fator temporal, ela só poderia se encaixar em um de seus dois extremos, ou no início, demarcando, assim, a primeira sociedade humana existente, ou no fim, significando a apoteose do controle social do caos.

Tanto em um quanto noutro panorama, teríamos uma sociedade que simplesmente não evoluiria mais, funcionaria de modo perfeitamente fechado.

Partindo da premissa de que não há relatos na história humana de algo parecido, pode-se descartar a primeira alternativa, restando apenas a possibilidade de haver uma sociedade com as características apontadas no fim do processo de evolução social, evolução aqui significando aumento da complexidade social.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Termo cunhado pela teoria da mensagem. Trata-se do oposto à “entropia”. Esta seria a medida de desordem do sistema, enquanto aquela a medida de ordem deste. Para mais detalhes, ver RODRIGUES, Léo Peixoto. A (des)estruturação das estruturas e a (re)estruturação dos sistemas: uma revisão epistemológica crítica. **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Léo Peixoto Rodrigues; Daniel de Mendonça (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 56.

<sup>181</sup> NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. USP. São Paulo, 2005.

Em uma sociedade onde imperaria tamanha perfeição, não haveria a necessidade de se instituir sanções de qualquer ordem. Seria talvez a realização do “sonho de pureza” mencionado por Zygmunt Bauman.<sup>182</sup>

Ocorre que não há até então qualquer grupo social que funcione com esse grau de simetria. Destarte pode-se afirmar que o sistema social atual se encontra em desequilíbrio, com índices variáveis de negentropia e entropia, visto que as possibilidades de ação são múltiplas e imprevisíveis, apontando assim para um alto grau de contingência e complexidade.

Tamanha complexidade acaba por ser reduzida por processos comunicativos, que, exatamente em função da improbabilidade de seu sucesso, serve de limitador para as possibilidades vindouras. A partir do processo comunicativo e da existência de uma sequência temporal de comunicações, a contingência, que a partir da perspectiva do outro ganha natureza dupla, provoca o surgimento de expectativas, que também possuem o mesmo condão reducionista de complexidade das comunicações em geral.

Então, como forma de proteger as expectativas construídas, *Ego* elege o meio da sanção. Neste cenário, as sanções se revelam, aos olhos de *Ego*, indispensáveis como meio de assegurar as “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”.<sup>183</sup>

Em virtude da organização política escolhida pela sociedade moderna, incumbe ao Estado o regramento das principais expectativas comportamentais (pelo menos as oficiais), o que ele faz por meio da prescrição de pautas de conduta obrigatórias, permitidas ou proibidas.

A imposição de expectativas comportamentais, em virtude do seu caráter coercitivo, parece ser espécie de comunicação fadada a um fracasso ainda maior do que as comunicações corriqueiras, porém para obter o sucesso o Estado se utiliza de uma forma de facilitar sua comunicação, de um meio de comunicação simbolicamente generalizado, qual seja o poder.

Desta feita é “preciso, pois, escolher também fundamentos do poder que **não** dependam exclusivamente da diferenciação social, mas que sejam aplicáveis universalmente. Para isto serve, no plano da totalidade da sociedade, o fundamento do poder **violência física**”.<sup>184</sup>

Toda sanção só pode ser aplicada estritamente pela via da violência, o que lhe atribui seu inevitável efeito de infligir sofrimento no sancionado. Sanção sem sofrimento não é

<sup>182</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 13.

<sup>183</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 57. Mais detalhes sobre o conceito de norma e sanção na última parte deste capítulo.

<sup>184</sup> LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 50. Luhmann não se refere aqui à violência ilícita, mas sim à violência legitimada.

sanção. Então o problema surge quando se busca conciliar a existência de sanções selecionadas pelo Estado<sup>185</sup> como um meio protetor de expectativas, as quais ontologicamente implicam em dor (ainda que não física), com a inserção no sistema jurídico de valores, como a dignidade da pessoa humana.

### 3.1 Origem das Sanções no Sistema Social

Como visto acima, pode-se deduzir que a pena surge em uma situação de imprevisibilidade recíproca, ou, melhor dizendo, de dupla contingência, não sendo ela (a pena) a única maneira possível de se reagir a frustrações de expectativas, porém se revelando uma seleção adequada a cumprir sua função.

Quando *Ego* e *Alter* se observam, não é possível para *Ego* saber qual será a reação de *Alter* ante qualquer de suas ações. Assim, tudo que *Ego* pode fazer é se utilizar de um processo autorreferencial para delimitar sua previsão acerca das possibilidades de reação de *Alter*. Todavia as possibilidades de ação do próprio *Ego* são inúmeras, provocando, dessa forma, a chamado de dupla contingência, que se caracteriza pela existência de uma grande variação de ações e reações possíveis, nenhuma delas sendo impossível ou necessária, mas todas contingentes.<sup>186</sup>

Com efeito, para lidar com essa contingência, a interpenetração de dois sistemas psíquicos produz expectativas recíprocas, sem as quais se tornaria impossível suportar tamanha complexidade, de modo que possibilite a autorreprodução dos respectivos sistemas.

As regras, no sistema social, são meras manifestações de uma comunicação realizado pela generalização simbólica do poder. Em razão do alto grau de improbabilidade inerente a qualquer forma de comunicação, o cumprimento das regras é igualmente improvável, o que acaba provocando uma demanda por recursos que atualizem sua imperatividade. Dentre os recursos possíveis, optou-se pela sanção. O binômio regra/sanção se estruturou tanto que pode-se afirmar que, no “mundo” jurídico, uma regra sem sanção não é uma regra, senão simplesmente no sentido semântico da palavra.

---

<sup>185</sup> Por “Estado” nos referimos a organização composta por aqueles legitimados para exercer o poder político através de um procedimento eleitoral.

<sup>186</sup> Sobre contingência, ver LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45/6 e sobre dupla contingência, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

### 3.2 As Limitações das Sanções no Ambiente

Não se pode afirmar que as sanções penais sejam oriundas do sistema jurídico. Partindo do pressuposto que o sistema jurídico observa as comunicações distinguindo-as por meio do código lícito/ilícito, as sanções, como manifestação estrita do poder, enquadrar-se-ia melhor no código poder/não-poder, pertencente ao sistema política.

A declaração do ilícito não tem por si só o condão de provocar nenhuma manifestação no ambiente – por “ambiente” entende-se tudo que esteja fora do sistema social (que é formado exclusivamente de comunicações) –, sendo a imposição de uma dor (pena) mero efeito resultante de uma seleção política.

A seleção da “dor” como manifestação material da sanção não se revelou uma seleção adequada ao longo do tempo por mero revés, a dor tem o condão de provocar irritações imediatas no sistema psíquico – aquele responsável pelo controle do comportamento que frustrou *Alter*. Tais sanções são capazes de irritar o sistema psíquico de maneira mediata, indireta, provocando de alguma forma, uma espécie de autorreestruturação do sistema psíquico alvo.

Assim, somente utilizando-se de um mediador entre os planos simbólico (do poder) e orgânico (da dor)<sup>187</sup> é que o Estado consegue impor suas pautas de conduta normatizadas, ou seja, por meio da violência<sup>188</sup> denominada de “sanção”.

Para explicar a existência da sanção, foram criadas diversas construções científicas com o intuito de legitimar socialmente a provocação da dor, nas quais nos concentramos no capítulo anterior.

### 3.3 A Sanção Penal à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos

Como se percebe da exposição feita acerca dos fundamentos da sanção penal, não há teoria existente que não tenha demonstrado pontos falhos; decerto a que apresentaremos não possui a pretensão de não os ter. Todavia o que se busca não é a perfeição de uma teoria, e sim a possibilidade de sua utilidade prática e compatibilidade empírica.

<sup>187</sup> LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 50.

<sup>188</sup> Referimo-nos a “violência” no mesmo sentido empregado por Luhmann (ver nota 188).

Apesar das inúmeras críticas que buscam tachar a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann de impessoal e tecnicista, concebemo-la como a que melhor analisa a sociedade em seus mais variados (e complexos) aspectos.

Isso pode ser atribuído principalmente ao fato de que as demais teorias sempre se utilizam de uma lógica cartesiana, ou seja, de que quanto mais se fragmentasse o objeto do estudo, melhor ele seria conhecido. Todavia a realidade provou que Descartes estava errado. Quando a fração estudada era inserida no ambiente, normalmente surgiam fatores inicialmente ignorados que alteravam os efeitos previamente estudados.

Ou seja, não se conhece mais acerca de determinado ponto tão somente dissecando-o e estudando suas porções; é fundamental seu estudo conglobante, inserido no ambiente onde costuma atuar.

Não poderia ser de outra forma em relação à sanção penal. Muito embora não se trate de algo existente independentemente da ação humana, como a gravidade, o clima, a vegetação, *e.g.*, quando encaixada no complexo mecanismo social, ela sofre e produz interferências em diversos sistemas sociais, o que impede por completo sua teorização cartesianamente.

No que concerne ao direito penal, encontramos mais dificuldade de adaptação da teoria dos sistemas, visto que, em sua visão contemporânea, o direito penal protege bens jurídicos, ou seja, valores, e para teoria sistêmica, em suma, são vistos de maneira desapaixonada.

A dificuldade ora assinalada não foi descoberta neste estudo. Günther Jakobs já tentara há quase cinquenta anos analisar o sistema penal sob uma ótica luhmanniana e fora severamente criticado. Entretanto, dois pontos precisam ser levados em consideração quanto a isso.

Em primeiro lugar, muitas das críticas direcionadas ao pensamento jakobsiano foram formuladas por quem demonstra conhecer bem o funcionalismo penal, mas não a teoria dos sistemas em si<sup>189</sup>. E, em segundo lugar, Jakobs tenta adaptar o pensamento luhmanniano pré-autopoiese para o sistema penal, o que acaba por não responder satisfatoriamente a uma série de questões pertencentes à doutrina acerca da matéria.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Como Zaffaroni e Ferrajoli, *e.g.* Mais detalhes em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 85-88 e FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 812/3.

<sup>190</sup> Jakobs traduziu fielmente o pensamento luhmanniano inicial (da fase pré-autopoiese) para o direito penal, mas parece ter abandonado (ou pelo menos desviado de) sua linha de pesquisa em sua segunda fase, quando passou a se dedicar mais à sua teoria do direito penal do inimigo, passando então a usar conceitos sistêmicos

A autopoiese, fenômeno mais bem estudado pelos chilenos Maturana e Varela, é transportada à teoria sistêmica de Luhmann para completá-la. Destarte, utilizando o pensamento da fase mais madura de Luhmann, ansiamos responder satisfatoriamente às críticas direcionadas a Jakobs, visando elaborar uma teoria que melhor explique a realidade da pena, porém sem desconsiderar os valores enraizados no Estado moderno, com especial atenção ao mais importante e, ao mesmo tempo, mais abstrato de todos – a dignidade da pessoa humana.

### 3.4 Fundamentos da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann – O “Primeiro” Luhmann

O pensamento luhmanniano pode ser dividido em duas fases, quais sejam antes e depois da teoria dos sistemas autopoieticos. Não se pode afirmar que a segunda fase exclui a primeira, ao contrário, ela apenas aperfeiçoa a teoria que Luhmann sempre deu como inacabada.

Com efeito, faremos uma análise da pena à luz de seu pensamento, dividindo-o em dois momentos – antes e depois da autopoiese.

Conforme dito no intróito deste capítulo, o direito tem seu fundamento na dupla contingência. Ela é a grande responsável pela necessidade de se estabelecer expectativas sobre o comportamento tanto de *Ego* quanto de *Alter*.<sup>191</sup>

Em razão da complexidade inerente aos sistemas sociais, torna-se necessária a criação de elementos redutores desta complexidade, elementos simplificadores que possam imunizar o sistema contra o risco do erro.<sup>192</sup>

Assim sendo, ocorre o fenômeno chamado de normatização social. O sistema político, através da distinção poder/não-poder, dita quais expectativas de comportamento devem ser observadas pela sociedade em geral.

Todavia, de nada adiantaria a seleção de expectativas comportamentais oficiais<sup>193</sup> caso não houvesse um meio de assegurar sua observância, o que é feito por meio da sanção.

---

como forma de legitimar um pensamento incompatível com o garantismo penal. Mais detalhes, ver JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>191</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

<sup>192</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 50.

<sup>193</sup> Por “expectativas comportamentais oficiais” nos referimos àquelas ditas por quem possui legitimamente o poder.

Entendendo a norma como “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”<sup>194</sup>, não se pode chegar a qualquer outra conclusão senão à de Jakobs: a pena existe para assegurar a vigência da norma.<sup>195</sup> Todavia, a complementação posterior dos estudos de Luhmann demonstram que uma interpretação nesse sentido seria demasiadamente superficial.

Quando o comportamento evidencia a intencionalidade de ir de encontro à norma, torna-se necessária a sanção – que é a tentativa de impor as expectativas oficiais *a posteriori*, ou para casos futuros, manifestando o intuito de manter a expectativa desapontada<sup>196</sup>. Em outras palavras, de manter a efetividade da norma.

Assim, protegendo a vigência da norma ameaçada a sanção propicia sua efetividade. Ponto relevante é que como a norma se estabiliza contrafaticamente, ou seja, ainda que desobedecida ela continua sendo válida, a sanção seria, com efeito, supérflua, e não estaria de fato protegendo nada. Sob esta ótica, ela (a sanção) surge como mera manifestação do poder, não assegurando a expectativa normativa, mas assegurando que aquele que a determinou continue sendo considerado “poderoso”.

Uma das críticas enfrentadas por Jakobs consiste no fato de sua teoria ignorar o conteúdo ético da norma, ou seja, que a sanção existe para a exclusiva proteção do bem jurídico protegido pela norma<sup>197</sup>; todavia Jakobs afirma que a norma assegura expectativas comportamentais – que por outro ângulo nada mais são do que bens jurídicos.

Quem tenta colocar mais claramente essa questão é Cláudio do Prado Amaral ao afirmar que a sanção protege imediatamente a norma, porém, como esta só existe para assegurar a manutenção de expectativas comportamentais (cujas manutenção temporal estrutura os bens jurídicos), a sanção tem também a função mediata de assegurar os bens jurídicos estruturados em sociedade.<sup>198</sup>

Nada mais é de fato do que uma questão de perspectiva do observador. Quer esteja protegendo a norma ou o bem jurídico por ela tutelado, a importância da sanção será a mesma, e sua função, pelo menos a ditada pela ciência, mostra-se muito mais um meio de se legitimar o uso do poder pelo Estado.

<sup>194</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

<sup>195</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 8.

<sup>196</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 73.

<sup>197</sup> Como o faz Welzel.

<sup>198</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 198.

### 3.5 Fundamentos da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Luhmann – O “Segundo” Luhmann

Atribuimos muitas das críticas recebidas por Jakobs ao fato de ele se utilizar da teoria de Luhmann em sua fase inicial. A complementação da teoria dos sistemas com a autopoiese de Maturana e Varela não só aperfeiçoa o pensamento luhmanniano, como também corrige as arestas existentes no pensamento de Jakobs. É o que pretendemos demonstrar neste item.

Em suma, como a inserção do fenômeno da autopoiese na teoria dos sistemas aprimora sua versão anterior? De acordo com Günther Teubner sua importância se dá de duas maneiras. Primeiramente torna os sistemas que regulam a sociedade (incluindo o jurídico) tão flexíveis quanto possível, e, em segundo lugar, ela consegue atribuir ao Estado a capacidade de interferir diretamente nos sistemas, de modo a definir as condicionantes do meio envolvente.<sup>199</sup>

No que concerne ao direito penal, podemos elencar uma série de vantagens trazidas à tona pela teoria em epígrafe, quais sejam:

- 1) possibilidade de estudar o direito penal de uma forma sistêmica, analisando as influências recíprocas entre ele e os demais subsistemas jurídicos e não jurídicos;
- 2) despir do antropocentrismo que tem ofuscado a ciência há séculos – para a ciência o homem sempre esteve no centro de todas as coisas, o que prejudica a observação mais proficiente de fenômenos que demandam uma relativização da referência do estudo;
- 3) analisar a pena desde seu momento germinal, ou seja, antes mesmo da frustração da expectativa comportamental oficialmente selecionada, tanto do aspecto estatal, como do social e do individual, em uma perspectiva panorâmico-sistêmica;
- 4) verificar os efeitos da aplicação da pena em diversos sistemas de secundários, além do sistema jurídico, como o sistema político, ciência, intimidade etc.

Destarte, vamos iniciar nossa exposição a partir de um momento prévio ao da aplicação da pena. Analisaremos o fenômeno da frustração da expectativa comportamental oficialmente selecionada.

---

<sup>199</sup> TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 28.

### 3.5.1 Por que o Homem (não) Delinque?

Todos os seres humanos são instintivamente violentos.<sup>200</sup> Segundo o pediatra e psicólogo Richard Tremblay, caso os bebês pudessem portar armas de fogo no berçário matariam uns aos outros<sup>201</sup>. Somente mediante mecanismos de adaptação sócio-cultural postos em prática pelos sistemas sociais é que aprendemos a conter nossa violência.

Jean Bergeret identifica no homem o que ele nomeia de “violência fundamental”. Segundo este autor, trata-se de um instinto fundamental do homem de luta pela vida, logo sua presença é imprescindível desde a concepção, em prol do próprio desenvolvimento do ser. Assim ele prossegue dizendo que “trata-se de uma força vital que tende a romper obstáculos que limitam o espaço do indivíduo e lhe criam empecilhos à vida. Não se trata, pois, de uma força cujo objetivo original é atacar e destruir, mas sim conquistar e garantir a vida”<sup>202</sup>.

Freud fala das pulsões, da pulsão da vida, a qual identifica como Eros, e da pulsão da morte, Tanatos, que seria a grande responsável pelo instinto humano de agressividade:

Partindo de especulações sobre o começo da vida e de paralelos biológicos concluí que, ao lado da pulsão para preservar a substância viva e para reuni-la em unidades cada vez maiores, deveria haver outra pulsão, contrário àquele, buscando dissolver essas unidades e conduzi-las de volta ao seu estado primevo e inorgânico. Isso equivalia a dizer que, assim como Eros, existia também uma pulsão de morte. Os fenômenos da vida podiam ser explicados pela ação da autodestruição concorrente, ou mutuamente oposta, dessas duas pulsões.<sup>203</sup>

Com efeito, a mesma violência que dará ensejo à frustração de expectativas normativas oficiais se mostra fundamental para o desenvolvimento humano. Partindo do pressuposto de que os seres humanos são instintivamente violentos, pode-se concluir que todos estão suscetíveis de cometer infrações visando alcançar seus objetivos.

Por mais que se tenha tentado ao longo da história achar uma “subespécie” humana tocada pela “maldição do delito”<sup>204</sup>, o que se constata empiricamente é que, em maior ou

<sup>200</sup> FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol. XXI. Rio de Janeiro. IMAGO 1974, p. 117.

<sup>201</sup> VERSIGNASSI, Alexandre *et alii*. Evolução da Evolução. **Superinteressante**, São Paulo, n.º 240, p. 60 – 68, jun 2007.

<sup>202</sup> BERGERET, Jean. **La violência fundamental: el inagotable Édipo**. Tradução de Carlos Padrón y Soledad Escassi. Madrir: Fondo de Cultura Econômica, Ortega, 1990 *apud* SÁ, Alvion Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e 33.

<sup>203</sup> FREUD, Sigmund. **Além do Princípio do Prazer**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol. XVIII. Rio de Janeiro. IMAGO 1974, p. 141.

<sup>204</sup> Percebe-se tal conduta sobretudo nos criminólogos da Escola Positiva, quais sejam, Lombroso, Ferri e Garófalo. Para mais detalhes, ver BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

menor grau, praticamente todos frustram expectativas normativas oficiais, das mais brandas às mais extremas.

Alberto Marques dos Santos, em um estudo estatístico, constata que entre os ditos criminosos há pessoas das mais diversas naturezas, com históricos extremamente variados, que cometem crimes bem diferentes e pelos mais diversificados motivos<sup>205</sup>, coroando, assim, o fim da discussão sobre causas atávicas que levariam o indivíduo a delinquir.

A violência, que todos os homens compartilham, é a força interna que serve de motor para o cometimento dos delitos alcunhados de “perversos”, não obstante a influência do ambiente seja também de suma importância para tal.

Objetivando irritar o sistema psíquico de modo que este não manifeste um comportamento que frustre expectativas oficiais, a sociedade, por meio do Estado, estabelece sanções, oriundas de regras de conduta que buscam reduzir a complexidade e contingência sociais e propiciar sua manutenção e evolução. Logo, são estabelecidas regras que convém seguir para, mediante um juízo de causa-efeito, não ser alvo de censuras ou de demais sanções, institucionalizadas ou não.

Tais regras surgem a partir de uma escolha política.<sup>206</sup>

Caso pareça conveniente seguir as regras para alcançar suas metas pessoais, não há racionalmente um motivo para se apelar a condutas tidas como “antissociais”. No entanto, caso as regras se mostrem impeditivas de alcançar seus objetivos, mediante um juízo apriorístico de causa-efeito, o homem apela para infrações.

Podemos supor que essa regra não comporta exceções? Não há regras sem exceções. Existem na sociedade indivíduos que, por possuírem a característica muito peculiar de filtragem mais refinada de axiomas sociais, conseguem absorver os valores sociais com um grau de refinamento singular. Para esses, ainda que as regras impostas se mostrem extremamente desfavoráveis, eles preferirão reprimir ou sublimar seus anseios, manifestando uma conformidade social.

Robert Merton, dando prosseguimento à teoria desenvolvida por Durkheim, dá sua contribuição pessoal à teoria da anomia. Para ele, diante das regras de conduta social o indivíduo pode se enquadrar em uma das seguintes categorias:

<sup>205</sup> SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade: Causas e Soluções**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 37.

<sup>206</sup> Pelo menos em um plano ideal. Na prática surgem outros fatores que provocam o fenômeno chamado “alopoiése social do direito”, que é a prevalência de outros códigos sobre o direito/não-direito, que ocorre nas sociedades periféricas. O código econômico ter/não-ter, por exemplo, se reproduz hipertroficamente, implicando privilégios e exclusões ilegais (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239). Por enquanto estamos trabalhando em um plano ideal, conforme afirmado na introdução; logo, vamos desconsiderar variáveis alopoiéticas, neste capítulo.

1. Conformidade – quando o indivíduo assimila os objetivos culturalmente valorados, e, outrossim, os meios institucionalizados para alcançá-los.
2. Inovação – quando o indivíduo assimila os objetivos culturais, mas não as normas institucionais mediante as quais poderá atingir seu objetivo.
3. Ritualismo – pela falta de condições propícias de atingir as metas culturais, esses indivíduos abandonam sua idéia, mas continua seguindo os meios institucionalmente normatizados.
4. Retraimento – Em não podendo atingir as metas culturais, esses indivíduos abandonam-nas bem como seus meios institucionalizados de alcance.
5. Rebelião – Esses indivíduos se vêem “preteridos” pelas condições sociais, e decidem “romper com o sistema”, abandonando as metas e meios culturais. Eles acabam criando suas metas e meios próprios.<sup>207</sup>

Os indivíduos dos tipos 2, 3, 4 e 5 constituem o que Marcelo Neves chama de “cidadãos subintegrados”. Para explicar do que se trata, ele se utiliza de uma comparação entre o que seriam esses cidadãos e os chamados sobreintegrados:

No âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos (e, portanto, às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade.<sup>208</sup>

O sincretismo da teoria da anomia com o pensamento de Neves fornece resposta a uma das maiores críticas direcionadas a Durkheim e Merton, em relação à carência de explicação acerca da criminalidade do chamado “colarinho branco”, cifra social que certamente foge aos padrões acima expostos.

Todos os cidadãos sobreintegrados fazem parte do tipo 1 de Merton, porém nem todos os do tipo 1 – conformismo – são cidadãos sobreintegrados. O fenômeno da sobreintegração, ou seja, atribuir mais poderes do que deveres, ao colocar alguns cidadãos acima da lei, faz com que mesmo aqueles que possuíam meios legítimos de alcançar as metas

---

<sup>207</sup> MERTON, Robert. **Teoría y Estructura Sociales**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 218 – 236.

<sup>208</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 253. O pensamento sustentado por Neves vai de encontro ao pensamento luhmanniano de que a sociedade moderna, por produzir maior diferenciação funcional, estaria mais propensa à integração de seus indivíduos.

culturais difundidas por processos comunicativos simbolicamente generalizados se utilizem de meios ilegítimos para saciar seu desejo natural de poder.

A teoria exposta acima fornece explicações bastante razoáveis para o cometimento de algumas espécies de delitos, porém igualmente se mostra falha ao levar em consideração basicamente as irritações provocadas pelo sistema economia, deixando em aberto outros processos comunicativos que impulsionam o indivíduo à frustração de expectativas normativas oficiais.

Fato é que todos, em maior ou menor grau, frustram expectativas, das mais diversas naturezas e graus. Desde expectativas religiosas a expectativas oficiais dos mais diversos graus, de ultrapassar um sinal vermelho ao latrocínio.

Assim sendo, ainda que pareça um contrassenso, a regra não é o não cometimento, e sim seu oposto, a frustração de expectativas.

Durkheim já afirmava que uma sociedade de santos poderia ser um modelo teoricamente perfeito, mas que o próprio desconhecimento dos crimes faria com que o menor dos erros suscitasse a mesma intensidade de clamor que os delitos provocam.<sup>209</sup> Ou seja, enquanto membros de uma sociedade, não há como se escapar da formulação de infrações, e, por consequência, de sanções.

Posto isso, conclui-se nesse primeiro momento que não se pode afirmar ser o crime uma “patologia social”, pois ele se mostra necessário para o desenvolvimento social. Assim, “o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social”<sup>210</sup>.

No mesmo sentido, Garland, em sua tese sobre a criminologia dualista, polarizada e ambivalente, afirma a existência de duas criminologias, a de si e a do outro. Ele afirma que a criminologia de si faz do criminoso um homem comum, como nós. Seus efeitos imediatos são a banalização do crime, a moderação dos medos desproporcionais e a promoção de ações preventivas. Por outro lado, a criminologia do outro diaboliza o criminoso, prolifera o medo e as hostilidades e sustenta um maior intervencionismo penal por parte do Estado.<sup>211</sup>

Portanto o crime, o desvio e a violência, em sentido amplo, não são restos bárbaros de ordem primeva em vias de extinção ou de supressão pelo

<sup>209</sup> DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**; tradução Pietro Nassetti. – São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 84 – 85.

<sup>210</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 60.

<sup>211</sup> GARLAND, David. **As contradições da ‘sociedade punitiva’: o caso britânico**. **Discursos Sediciosos (11)**. Rio de Janeiro: ICC/ Revan, 2002, p. 86 *Apud* CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 150.

processo civilizatório, mas constantes do agir demasiado humano, presentes em sua primeira natureza e mantida na cultura.<sup>212</sup>

Por outro lado não se pode buscar um motivo que impulsiona o indivíduo a frustrar uma expectativa oficial, como também não se pode buscar o motivo que faz com que ele não a frustre. Há toda uma teia de fatores que deve ser levada em consideração para este desiderato.

### 3.5.2 Fundamentos da Punição Estatal.

O processo político de imposição de sanções penais se confunde com o de formação do Estado. Ele surge para assegurar a igualdade de expectativas normativas para quaisquer de seus cidadãos, independentemente do nível de poder<sup>213</sup> (de qualquer espécie) que este detenha.

Para tanto o Estado dita as expectativas normativas oficiais por meio de pautas de conduta institucionalizadas. Entretanto, o fenômeno da subintegração faz com que as expectativas dos pertencentes a este grupo sejam largamente frustradas.

Assim, pode-se afirmar que todo crime é um conflito entre a busca pela realização de expectativas individuais e sua frustração. Todavia, a contingência e complexidade do mundo impõe que seja impossível a satisfação de todas as expectativas, até mesmo porque a satisfação de algumas delas impõe na frustração de outras.

Com efeito, o Estado se utiliza da força – forma de expressão do poder simbioticamente compreendida<sup>214</sup> – para manter a vigência de suas expectativas por meio de normas instrumentalizadas. Dessa forma, a sanção penal é utilizada pelo legislador como meio de manutenção da validade da norma, para assegurar sua efetividade. Logo, de modo mediato, a pena protegeria a própria expectativa, que, em uma distinção própria do (sub)sistema penal, poderia observar também como proteção ao bem jurídico protegido pela norma.

<sup>212</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 200.

<sup>213</sup> O termo “poder” aqui está empregado no sentido em que Luhmann emprega ao falar que “o poder é uma oportunidade de aumentar a probabilidade de ocorrência de contextos seletivos improváveis”. Mais detalhes em LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 11.

<sup>214</sup> LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.,p. 50.

Porém não se pode confundir objetivo com fundamento. O objetivo se reflete no “para que punir?” e o fundamento no “por que punir?”. Enquanto que aquele se altera se o objeto de estudo se centraliza em um momento pré ou pós estatal, este permanece imutável.

O objetivo da punição não permanece imutável ao longo da história. Cada momento histórico propicia uma justificativa diversa para a intervenção penal na vida social, ou, em outras palavras, observa de forma diferenciada as razões para sua existência.

Quando nos deparamos com um Estado absolutista fica muito fácil justificar essa intervenção. Para esse tipo de Estado, a tese hegeliana se coaduna perfeitamente, ou seja, todo crime é uma ameaça ao Estado. Já que seus cidadãos devem viver pura e exclusivamente em função dele, logo a pena tem como fundamento o restabelecimento do *status* estatal a um momento anterior à prática do delito.

Todavia esse Estado absoluto foi paulatinamente tendo seu poder minado pelo próprio sistema jurídico, através do processo de diferenciação funcional que provocou o surgimento do código lícito/ilícito como um segundo código de poder<sup>215</sup>. Após o advento dos direitos humanos fundamentais, não podemos mais manter a mesma concepção da pena que existia antes deles. Em uma perspectiva sistêmica, os direitos fundamentais funcionam como impeditivos de uma eventual desdiferenciação funcional,<sup>216</sup> no caso em tela, entre política e direito.

A doutrina divide a história da conquista dos direitos fundamentais em três gerações (ou dimensões, termo que achamos mais adequado), a saber: os direitos de liberdade, os de igualdade e os de solidariedade.<sup>217</sup>

Para Dirley da Cunha Júnior, “as gerações de direito revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais”.<sup>218</sup>

Para o estudo em questão nos concentraremos nas duas primeiras dimensões. Enquanto a primeira dimensão se traduz em direitos que limitam o poder estatal, a segunda lhe impõe deveres positivos. A primeira dimensão se caracteriza pelos “direitos de”, ou seja, cria-se uma zona individual de proteção contra o poder absoluto do Estado. A segunda se

<sup>215</sup> Mais detalhes em LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

<sup>216</sup> Conf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

<sup>217</sup> Há quem conceba uma quarta e até uma quinta dimensão dos direitos humanos fundamentais, entretanto esse debate não interessa para o tema em deslinde. Para mais detalhes, ver CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 560/1.

<sup>218</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 560.

traduz em “direitos a”, quando a relação entre o Estado e o cidadão passa a ser sinalagmática e aquele passa a também possuir deveres fundamentais a cumprir.

Assim sendo, depois de o sistema jurídico estruturar direitos fundamentais classificados como de segunda dimensão, o Estado passa a ser responsável tanto pela intervenção mínima no ambiente, como também pela implementação de políticas públicas que assegurem a proporção de condições para se atingir as chamadas metas culturais estabelecidas por processos comunicativos estruturantes.

Nesse diapasão, o Estado passa a também ser uma espécie *sui generis* de *Alter* de expectativas normativas oficialmente instituídas por ele próprio, não como um ente autônomo, mas como organização pertencente ao sistema político. Todavia, a frustração de expectativas normativas por parte dos cidadãos dá margem à intervenção penal (dependendo da gravidade da frustração), enquanto a frustração por parte do Estado provoca uma blindagem por meio de discursos retóricos como o da reserva do possível, tripartição dos poderes e discricionariedade política, resquícios de um sistema jurídico liberal.

Toda frustração de expectativas surge de um processo decisório. Todavia, sempre que uma expectativa normativa é frustrada por um indivíduo, há culpa concorrente do Estado; já na frustração por parte do Estado, não se pode afirmar o mesmo.

Com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, o Estado se tornou o responsável exclusivo para fornecer as políticas públicas necessárias para o adequado desenvolvimento da personalidade do cidadão. Por esse viés, é seu dever educar o indivíduo para que este se comporte em consonância com a expectativa erigida como oficial. Com efeito, sempre que ele não cumprir com o esperado, há, em parte, culpa estatal em sua conduta, máxime porque dentre as políticas públicas que o Estado deve efetivar se encontram as de educação e segurança.

Segurança de quê? Segurança de que as expectativas normativas dos cidadãos permanecerão válidas. Para tal, ele se vale de um feixe de poderes dos quais se extrai o poder de fiscalizar as condutas sociais, conhecido como poder de polícia.

O poder de polícia é o poder que o Estado tem de assegurar que as expectativas normativas oficiais sejam protegidas contra frustrações que possam lhe retirar a efetividade. Destarte, despindo-nos de todo discurso retórico quase que inevitável quando o tema é “fundamentos da pena”, havemos de concordar com Salo de Carvalho quando este diz que a pena é simplesmente a expressão do poder de polícia do Estado.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 115. Em sentido parecido, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do**

Por meio de seu poder de polícia, o Estado consegue coercitivamente manter as pautas de condutas oficiais válidas. Por coerção não queremos dizer que as expectativas normatizadas irão ocorrer da forma que foi prescrita, mas que a existência do direito está acoplada a uma previsão, ainda que indireta, da imposição forçada, liberando-a de quaisquer outras motivações.<sup>220</sup>

### 3.5.3 A Mecânica Autopoiética do Binômio Crime/Punição

Ultrapassada a discussão acerca dos objetivos e fundamentos da pena, passemos então à análise de sua mecânica autopoiética.

Para Luhmann, sociedade é

(...) um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Para tanto o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões. Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente.<sup>221</sup>

Uma das maiores críticas recebidas pela tese de Luhmann é a de se tratar de uma teoria da “sociedade sem homens”. Os críticos<sup>222</sup> afirmam que Luhmann não dá a devida importância ao ser humano, tornando-o mero instrumento do sistema social.

Na verdade, Luhmann tanto reconhece a relevância do homem, sua complexidade e contingência, que o coloca em nível de igualdade com a sociedade. Um é reciprocamente ambiente do outro<sup>223</sup>. Para ele, a “estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas. Eles representam principalmente limites com respeito ao próprio homem”<sup>224</sup>.

---

**sistema penal.** Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 202: “se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder.”

<sup>220</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 22.

<sup>221</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

<sup>222</sup> Por todos, ver HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>223</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 169. Nesse sentido também, ver TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 45. “(...) continua a reconhecer-se que os sistemas psíquicos exercem uma influência externa na comunicação, podendo até mesmo considerar-se que as ‘pessoas’, enquanto construções sociais, são absolutamente indispensáveis na imputação das ações num universo social”. (Grifo nosso)

<sup>224</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 169.

O sistema social o faz por meio das dimensões de sentido. Para Luhmann, sentido é, segundo sua forma, uma espécie de reprodução de complexidade que permite a compreensão do que é apreendido pelo sistema.<sup>225</sup>

Luhmann atribui ao sentido três dimensões que funcionam conjuntamente para seu funcionamento – são as dimensões objetiva, temporal e social.<sup>226</sup> A dimensão objetiva do sentido está relacionada com todos os objetos com intenção plena de sentido, para o sistema psíquico, ou temas de comunicação plena de sentido, para os sistemas sociais.<sup>227</sup>

A dimensão temporal interpreta a realidade traçando a distinção entre o passado e o futuro<sup>228</sup>. Trata-se da redução da complexidade em razão da imutabilidade do passado e de sua estruturação para o planejamento do futuro.

Já a dimensão social

(...) concierne a aquello que se supone lo respectivamente igual, como *alter ego*, y articula la relevancia de esta suposición para cada experiencia del mundo y fijación del sentido. También la dimensión social tiene relevancia universal de mundo, ya que si existe un *alter ego*, este es, igual que *ego*, relevante para todos los objetos y los temas.<sup>229</sup>

É nessa dimensão – social – que se situa o problema da oposição entre consenso e dissenso<sup>230</sup>. Ela pode ser reduzida à moral, à concepção realista da dimensão objetiva, correspondendo à concepção moralística de mundo<sup>231</sup>.

Assim sendo, podemos situar os conflitos entre indivíduos nessa dimensão. Todo conflito é uma espécie particular de ausência de consenso; no que tange ao cometimento de infrações, o dissenso se dá em relação à valoração do bem jurídico protegido pela norma. Para o infrator, ou o valor ético protegido é de nenhuma ou de menor relevância do que o atribuído pelo sistema jurídico, daí seu comportamento “desviante”, pelo menos desviante do consenso reconhecido oficialmente.

<sup>225</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 79.

<sup>226</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 91.

<sup>227</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 91.

<sup>228</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 93.

<sup>229</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 94.

<sup>230</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 95.

<sup>231</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 96.

Entretanto, não podemos afirmar que esse dissenso surge acidentalmente no sistema psíquico de um indivíduo. Para ocorrência do conflito, necessário se faz que o sistema psíquico funcione em dissonância com o sentido atribuído pela dimensão social em nível superior, em razão de suas próprias estruturas.

Estruturas são “as condições prévias, não problematizadas, que atribuem sentidos a um sistema social e à sua relação com o ambiente, na qual se enreda a interação”<sup>232</sup>. Elas são determinadas pela história do sistema.

Ela pode controlar a elaboração da experiência na forma de símbolos confirmados pela experiência, repetidamente usados, cuja gênese não precisa ser mantida na consciência, sendo então sentidos como presente; mas também na forma de um passado lembrado, por assim dizer datável, uma cronologia de acontecimentos que, por estarem localizados no passado, não são disponíveis.<sup>233</sup>

Ou seja, toda a vivência do indivíduo vai estar relacionada com o processo decisório que o leva a dissentir do valor referido à expectativa normativa oficial. Não queremos dizer com isso que a conduta infratora seja pura e exclusivamente determinada por fatores condicionantes do passado do indivíduo, e sim que tais fatores contribuem sobremaneira para suas ações.

Por não compartilhar dos mesmos valores que a maioria,

Os [indivíduos] que generalizam suas experiências frustrantes ficam reduzidos à agressividade simbólica e agem privada, inconsequente, bizarra, patologicamente [pelo menos de acordo com o pensamento de grande parte da sociedade], se não conseguirem uma agressão política em torno de novos objetivos.<sup>234</sup>

Ou seja, o comportamento humano é fator determinante para a normatização penal. Quando o comportamento humano frustra a expectativa assegurada pela norma, uma das duas possibilidades pode ocorrer:

- 1) que seu comportamento, que é um ato comunicativo, provocará uma irritação no sistema jurídico, o qual acionará seus programas para obter uma resposta do sistema, que, para o caso de infrações penais, é a sanção; ou
- 2) a frustração é absorvida cognitivamente pelo sistema jurídico e provoca a indagação se ela é suficiente para resultar numa mudança do direito,

<sup>232</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 120.

<sup>233</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 140/1.

<sup>234</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 83.

após ser continuamente reprocessada por decisões jurídicas<sup>235</sup>, o que implica a mudança estrutural do sistema jurídico, que reformula sua programação e não encara mais tal comportamento como desviante.

A primeira das possibilidades acima relatada dispensa maiores comentários, pois é o que ocorre diuturnamente com o exercício do poder jurisdicional. Em relação ao segundo caso, podemos citar exemplos que ajudem a esclarecer nossa afirmação. Tomemos como primeiro exemplo o adultério: até o ano de 2005 o adultério era oficialmente uma conduta criminosa, no ordenamento jurídico brasileiro; ocorre que, desde já certo tempo, as decisões jurídicas vinham sempre afastando a possibilidade de aplicação da pena/ocorrência do tipo, utilizando-se de vários argumentos, sobretudo a partir da Carta Constitucional de 1988, que passou a fornecer aos juízes maiores subsídios para não se condenar o indivíduo que tivesse praticado o adultério. O contínuo reprocesso desse tipo de decisão jurídica resultou na Lei 11.106/2005, que, por fim, reestruturou o sistema jurídico anterior, dele expurgando a conduta referida.

Um segundo exemplo do que fora afirmado pode ser encontrado no caso do aborto de feto anencéfalo. Até o processo final de produção deste trabalho, o aborto de fetos anencéfalos (ou anencefálicos) continua sendo uma conduta típica, logo, punível. Ocorre que diversos tribunais já acenam com decisões que autorizam a gestante a abortar, nesses casos, o que acabou provocando uma discussão no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Estamos, assim, vivendo o processo aludido, podendo, inclusive, especulativamente, como não poderia deixar de ser, nesse caso, afirmar que em um breve período de tempo haverá uma reestruturação sistêmica, autorizando-se o aborto de fetos anencéfalos.

No primeiro caso, o sistema irritado ativa seu processo de auto-observação e busca a resposta para a conduta dentro do próprio sistema. A partir de sua reação, movida por seu código próprio, o sistema põe em prática o processo de produção do direito, de uma forma autopoietica.<sup>236</sup>

O segundo caso é um pouco mais complexo. Todo sistema se encontra acoplado estruturalmente<sup>237</sup> em outro(s) sistema(s). Todos os sistemas acoplados têm o condão de

<sup>235</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 37.

<sup>236</sup> Para Maturana e Varela, primeiros a cunhar o termo “autopoiese”, ela caracteriza aquilo que produz continuamente a si próprio. Mais detalhes em MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athenas, 2001, p. 52.

<sup>237</sup> Os acoplamentos estruturais são perturbações recíprocas ocorridas pela interação entre sistemas, resultando em uma série de mudanças estruturais mútuas e concordantes. MATURANA, Humberto R.; VARELA,

provocar irritações recíprocas que proporcionam seu funcionamento intrassistêmico. Se há uma nova avaliação acerca da conduta desviante, que outrora era encarada pelo sistema como frustração a uma expectativa normativa, e que passa a ser absorvida cognitivamente, é porque ocorreram alterações nos demais sistemas conexos que, em seu funcionamento conjunto, propiciaram mudanças nos programas do sistema jurídico, de forma que esse tenha passado a reagir de modo diferente ante o fato em questão.

Assim se explica, sumariamente, a autopoiese do sistema penal em seus dois momentos, a saber, o de conservação e o de modificação do sistema jurídico para se adaptar a novas condições sociais.

Do mesmo modo ocorre com a pena, as operações do sistema têm o condão de aumentar, diminuir sua intensidade ou até mesmo extingui-la, descriminalizando a conduta sancionada por ela, tudo de acordo com as irritações advindas de outros subsistemas sociais.

#### **4 A IMPRECIÇÃO SEMÂNTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, positivada em sua Constituição Federal logo no artigo primeiro (art. 1º, III). A dúvida é: o que realmente significa dignidade humana para o sistema jurídico?

Como dito alhures, o direito e a linguagem são fenômenos indissociáveis. Por sua vez, o processo comunicativo compreende lexemas de maior precisão semântica, *e.g.*, cadeira, copo, martelo, e lexemas de semântica vaga, *e.g.*, amor, bem, perfeito. No conjunto dos termos vagos podemos inserir o termo composto “dignidade humana”.

O direito precisa da linguagem para existir. A linguagem não pode ser constituída apenas com base em termos precisos. O direito acaba tendo, por mais arriscado que seja, de utilizar termos vagos para seus dispositivos normativos.

O problema se agrava quando o lexema de imprecisão semântica em questão faz parte nada menos que do princípio constitucional fundamental de maior importância para o Estado.

Em virtude de todo o exposto, objetivamos delimitar semanticamente a expressão “dignidade da pessoa humana” de modo que possamos analisar seus efeitos na execução da pena privativa liberdade, momento no qual o ordenamento legitimamente limita sobremaneira um direito humano fundamental, qual seja a liberdade.

O intuito é que o aplicador do direito possa ter balizas menos largas de modo a reduzir sua ampla e, conseqüentemente, perigosa discricionariedade, evitando ao máximo o complemento semântico da expressão pelos seus próprios códigos pessoais.

#### 4.1 Seriam os Direitos Humanos Universais?

Toda sociedade possui um grau de complexidade proporcional à quantidade (diferenciação) de sistemas que a regulam. Contemporaneamente, em virtude de fenômenos proporcionados pelos avanços tecnológicos, como a globalização e seus efeitos, encontramos um crescente incremento no risco existente, o que requer uma tutela mais efetiva dos bens ameaçados por parte do Estado.

Por outro lado, os mesmos fenômenos referidos fazem com que as diferenças culturais se reduzam ante um emprego de recursos comunicativos que diminuem a distância real das comunicações e possibilitam um compartilhamento mais abrangente de opiniões e valores.

Somente no esteio desses fenômenos, podemos conceber uma possível universalidade da interpretação atribuída aos valores tutelados pelos direitos fundamentais.<sup>238</sup>

Não obstante, nem todos os sistemas sociais internacionais se encontram em um nível tecnológico similar. Muito pelo contrário, encontramos sociedades no panorama internacional cujo emprego da tecnologia é ainda tão rudimentar que provoca a sua marginalização no processo de integração comunicativa dos povos. Destarte, tais sociedades apresentam uma diferenciação e, conseqüentemente, uma abertura cognitiva menor, incorrendo assim na improbabilidade de haver interpretações compartilhadas como as referidas no início do item.

A universalidade dos direitos humanos esbarra no obstáculo fático da inviabilidade da universalidade de seus conceitos. Estes só podem ser universalizados quando há compatibilidade axiológica e linguística entre as culturas analisadas. Não se trata de fenômeno exclusivo de ciências humanas; até mesmo a ciência matemática, concebida como ciência “exata”, requer um certo nível de compartilhamento de valores e compreensão teórica para proporcionar seu compartilhamento por culturas diversas.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> Há autores que usam, a nosso ver equivocadamente, termos como “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos sociais”, “direitos públicos subjetivos” e “direitos humanos”, todos como sinônimos de direitos fundamentais. Para mais detalhes, ver CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 513 – 515. Alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet, usam o termo “direitos fundamentais” apenas para aqueles positivados pelo ordenamento jurídico local e o termo “direitos humanos” no plano de documentos internacionais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Em que pese a coerência do critério empregado, utilizaremos no presente trabalho indistintamente os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

<sup>239</sup> PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 217.

Assim, a universalização dos direitos fundamentais aparenta ser um processo cultural, concebido apenas pelas sociedades que apresentam um grau relativamente elevado de abertura cognitiva proporcionada pelos avanços tecnológicos que estreitam os processos comunicativos.

Talvez seja possível conceber os direitos humanos como fenômeno universal, em relação aos valores selecionados por suas normas, visto tal escolha se realizar por meio de um processo lógico-dedutivo, selecionando o que é essencial à manutenção e desenvolvimento da vida humana como um todo.<sup>240</sup> Todavia, quão mais abrangente e específico for o rol de direitos humanos fundamentais, menor será a viabilidade de compartilhamento por todos os povos do planeta. Em outras palavras, quão mais genéricas e abstratas forem as normas protetoras de direitos humanos fundamentais, mais viável será sua universalização; por outro lado, quão mais específicas e concretas, menos viável se mostra esse fenômeno.

Raimundo Panikkar afirma que não se deve buscar o equivalente linguístico aos valores protegidos pelos Direitos Humanos em outras culturas, mas sim o seu equivalente homeomórfico, que seria “um equivalente funcional específico, descoberto através de uma transformação topológica”.<sup>241</sup> Ele prossegue explicando que:

Se, por exemplo, os direitos humanos forem considerados como base para exercer e respeitar a dignidade humana, devemos investigar como outra cultura consegue atender a uma necessidade equivalente – o que só pode ser feito uma vez que tenham sido construídas bases comuns (uma linguagem mutuamente compreensível) entre as duas culturas. Ou, talvez, devemos questionar como a idéia de uma ordem social e política justa pode ser formulada no âmbito de uma determinada cultura, e investigar se o conceito de Direitos Humanos é particularmente adequado para expressá-la.<sup>242</sup>

Concluimos, logo, que o direito é, ontologicamente, um fenômeno cultural, de modo que não poderia ser diferente com seu subsistema de direitos fundamentais, o que impossibilita a extensão de sua abrangência para todas as sociedades existentes.

Entretanto, não ter como parte cultural integrante a crença compartilhada pelas nações “modernas” em direitos humanos não pode implicar o raciocínio de se tratar, assim, de culturas de segunda categoria, caóticas ou desprovidas de qualquer significado. “Há uma

---

<sup>240</sup> Para mais detalhes, ver item 2.3.4.

<sup>241</sup> PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 209.

<sup>242</sup> PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 209 – 210.

pretensão de universalidade legítima inerente em qualquer afirmação de verdade; o problema é que tendemos a identificar os limites de nossa visão com o horizonte humano.”<sup>243</sup>

Cada cultura, reunidas as condições adequadas, atingirá, quando necessário, a sua concepção simbólica de direitos fundamentais. Dizemos simbólicas por poderem não possuir idêntico conteúdo ao dos países “ocidentais”, mas por possuírem conteúdo homeomórfico equivalente.

Ao divagar acerca da universalidade dos direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos é categórico ao afirmar que não o são, pois, em sua opinião, trata-se de uma questão particular da cultura ocidental. Para o autor, “a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo.”<sup>244</sup> Para superar o problema, Boaventura sugere como solução viável uma hermenêutica diatópica baseada em uma espécie de “diálogo intercultural”, confrontando os *topoi* existentes entre as culturas.<sup>245</sup>

Vicente de Paulo Barretto expressa opinião diversa. Para ele, a questão da universalidade dos direitos humanos está diretamente vinculada à sua eficácia (*rectius*, efetividade), e uma leitura na ordem de que a diversidade multicultural implica em retirar o caráter universal dos direitos humanos é demasiadamente simplificadora.<sup>246</sup> O autor prossegue defendendo sua ideia ao afirmar que “[as] manifestações culturais expressam de formas diferentes o mesmo conjunto mínimo de valores humanos, encontrados em diferentes sociedades.”<sup>247</sup>

Para discorrer acerca da universalidade dos direitos humanos fundamentais, entretanto, é imprescindível uma análise da sua natureza, o que, por sua vez, implica examinar o que representa o próprio direito em si.

Muito já se debateu na doutrina acerca do conceito de direito. Longe de esgotarmos o tema, pretendemos simplesmente fixar nosso entendimento sobre o assunto de modo que facilite a compreensão da perspectiva a ser apresentada sobre os direitos fundamentais.

---

<sup>243</sup> PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 220 – 221.

<sup>244</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 251.

<sup>245</sup> Para mais detalhes ver SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 255 e ss.

<sup>246</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 283.

<sup>247</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 287 – 288.

De acordo com o pensamento de Hart, a palavra “direito” (*law*, no original inglês), envolve as seguintes situações fáticas: regras que prescrevem certos comportamentos sob a cominação de penas, regras compensatórias de lesões de quaisquer naturezas, regras que descrevem o procedimento para a instrumentalização de documentos que confirmam direitos e criem obrigações, tribunais que definam a existência ou não de violação às normas vigentes e seus respectivos castigos e compensações e, por fim, um poder legislativo produtor e revogador de normas.<sup>248</sup>

Destarte, quando nos referimos a direitos podemos estar utilizando uma ou mais das seguintes acepções: direito objetivo, direito subjetivo, direito em sentido avaliativo (enquanto ética), direito em sentido epistemológico e/ou direito como justiça.<sup>249</sup>

No que tange ao tema **direitos fundamentais**, em virtude de sua semântica plúrima, todas as acepções se fazem presentes. Para o presente trabalho, serão utilizados todos os sentidos, porém com enfoque maior no direito enquanto ética e enquanto justiça.<sup>250</sup>

O direito existe para assegurar expectativas comportamentais simbolicamente generalizadas, o que acaba por reduzir a complexidade social.<sup>251</sup> Em outras palavras, a sociedade vai aumentando sua complexidade à medida que novos fatores incidem sobre seu sistema, implicando riscos contingentes e congruentes que clamam por um mecanismo regulador como requisito para sua evolução. Assim, o direito pode ser considerado um mecanismo de evolução social.<sup>252</sup>

E o que distingue os direitos fundamentais dos demais direitos? Respondemos: a importância da expectativa normativa protegida.

O direito existe para assegurar expectativas sociais imprescindíveis para sua evolução. Trata-se de sistema parcial, contendo em si vários subsistemas, dentre eles o dos direitos fundamentais. Dentre os valores protegidos, alguns possuem tamanho grau de essencialidade para a espécie humana (quicá para todos os animais<sup>253</sup>) que a necessidade de

<sup>248</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 7.

<sup>249</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 18 – 22.

<sup>250</sup> É mister afirmar que, em que pese a variedade de acepções de significados, todos estão correlacionados, de modo que, no que diz respeito aos direitos fundamentais, o direito enquanto ética e justiça pode ser institucionalizado pelos procedimentos legitimadores de uma sociedade e se transformar em direito objetivo.

<sup>251</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, Parte I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

<sup>252</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, Parte I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.

<sup>253</sup> Quando se trata do tema “direitos fundamentais” pouco há de referência à extensão de tais direitos às demais espécies encontradas na natureza. Seja por não ter alcançado ainda tamanho grau de evolução cultural, seja por mero antropocentrismo (ou *apartheid* humanístico), não se admite, por grande parte dos doutrinadores, uma extensão a todos os seres da natureza, o que, a nosso ver, coaduna-se mais com a proposta da universalidade dos direitos em questão. Para mais detalhes, ver PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um

sua proteção atravessa as alterações impostas pelo espaço-tempo, demandando uma maior atenção pelo sistema jurídico.

Desse modo, podem-se encarar os direitos fundamentais como um sistema parcial, dentro do sistema jurídico, com um funcionamento peculiar que o provê de um mecanismo mais abrangente de tutela e proteção aos bens jurídicos selecionados.

Outra característica que permite que sejam chamados de **universais** é a abstração do valor protegido. Ao se pretender tutelar bens como “dignidade humana”, “igualdade” e “liberdade”, *e.g.*, o sistema atua por meio de normas jurídicas de alta abstração, hábeis a ser efetivas durante séculos e praticamente por todo o globo terrestre, visto que somente no momento da aplicação do direito é que o juiz fará sua interpretação do valor, adequando-o à realidade social do momento.

Alcançamos, assim, o entendimento de que os direitos fundamentais podem ser considerados universais pela **relevância das expectativas comportamentais tuteladas** e por seu **grau de abstração**, porém não podemos nos olvidar do pressuposto lógico essencial para a existência desses elementos, qual seja a **natureza humana universal**.<sup>254</sup>

Longe de decretarmos uma eventual superação da discussão da universalidade dos direitos humanos fundamentais, fato incontestável é a existência de documentos internacionais vinculando diversas (mas não todas) nações do globo, por meio de seus respectivos processos de legitimação institucionalizados, à proteção de um rol de direitos fundamentais compartilhados.

Tais documentos internacionais proporcionam a eficácia jurídica necessária para a real efetivação de suas normas. É o que será analisado no tópico seguinte.

## 4.2 Os Direitos Humanos no Panorama Internacional

O funcionamento do sistema jurídico é autopoietico, ou seja, baseado em um procedimento operacionalmente fechado que atua com base em um código próprio, que se reproduz e regula através da generalização congruente de expectativas.<sup>255</sup> Por sua vez, esta

---

conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 223.

<sup>254</sup> PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 223.

<sup>255</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 125.

seleção de expectativas é facilitada pela existência de conflitos e frustrações de expectativas.

Afirmamos que a resposta do sistema é proporcional à intensidade da frustração da expectativa em questão.

Assim sendo, não é de se estranhar que uma situação como a ocorrida com a Segunda Guerra Mundial tenha sido o estopim para uma proliferação de documentos internacionais visando à generalização de expectativas normativas acerca de direitos fundamentais.

Quando se refere a **direitos fundamentais**, está-se referindo às expectativas normativas mais basilares e essenciais à evolução social – **evolução** aqui encarada não como progresso, mas como aumento da complexidade contingente.<sup>256</sup>

Logo, o holocausto nazista surgiu como uma ameaça a todas as expectativas normativas fundamentais para a sociedade, provocando, assim, uma resposta imediata do sistema jurídico, qual seja a dotação de força normativa internacional às expectativas normativas que, nacionalmente, pareciam frágeis e ameaçadas.

Surge assim o primeiro documento internacional dotado de força normativa (duvidosa<sup>257</sup>) na área de direitos fundamentais, a saber – a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.<sup>258</sup>

Uma das maiores qualidades da Declaração foi o de consolidar um parâmetro internacional de atuação para os Estados que, apesar da dificuldade de prescrever imperativamente condutas em âmbito internacional, dá azo a sanções de naturezas diversas da jurídica<sup>259</sup>, porém essenciais para a efetividade dos direitos protegidos.

No esteio do referido documento surgiram muitos outros, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto de San José da Costa Rica (1969), entre outros inúmeros pactos, convenções e declarações ao longo das décadas.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 88 e 89.

<sup>257</sup> Assim chamamos por faltar às normas internacionais força coercitiva ao lidar com o poder soberano de algumas nações tidas como “superpotências” mundiais. Obviamente, este problema é resolvido com o processo de constitucionalização de tais direitos. Para mais detalhes, ver CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 578.

<sup>258</sup> Apesar de a Magna Charta Libertatum, no século XIII, ser considerada marco inicial de referência para os direitos fundamentais. Para mais detalhes, ver CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 537.

<sup>259</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 38.

<sup>260</sup> Para uma visão geral dos documentos internacionais de proteção aos Direitos Fundamentais ver VILHENA, Oscar Vieira (Org.). **Direitos Humanos – Normativa Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

O fortalecimento da ideia de transnacionalização dos direitos fundamentais traz, em suma, duas contribuições de máxima importância para sua hermenêutica atual, quais sejam: a relativização da noção tradicional de soberania estatal e a concretização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos que, devido à sua importância, precisam ser protegidos internacionalmente<sup>261</sup>, ou seja, os indivíduos passam a ser sujeitos de um direito cosmopolita.

Os documentos internacionais aqui em debate envolvem, na opinião de Flávia Piovesan, quatro dimensões: 1) a realização de um consenso internacional sobre a necessidade de parâmetros mínimos internacionais de proteção aos direitos fundamentais, 2) a correlação de direitos fundamentais com deveres, ou seja, prestações positivas e/ou negativas, 3) a criação de órgãos de proteção e 4) a criação de mecanismos de monitoramento que visam a implementação dos direitos fundamentais internacionalmente assegurados.<sup>262</sup>

Praticamente todos esses documentos internacionais sobre Direitos Fundamentais trazem em seu seio uma fonte normativa comum, a saber, a Dignidade da Pessoa Humana, a qual será mais bem tratada no item seguinte. Porém, antes, convém tratarmos de um assunto de notória relevância ao tema – o processo legislativo de inserção dos direitos humanos fundamentais na Carta Constitucional das nações.

### **4.3 A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais**

Como já sugerido alhures, os documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais surgem como um marco histórico sem precedentes para a humanidade. Não obstante, carecem de requisito essencial ao direito: imperatividade.

Enquanto documento internacional, ontologicamente, as declarações, pactos e convenções se assemelham muito mais a “cartas de intenções” ou a um “programa político” do que a um verdadeiro documento dotado de força normativa.

Nesse diapasão surge o fenômeno que não é mais novidade nos países chamados de centrais, mas ainda muito importante nos países “periféricos”, qual seja – a constitucionalização dos direitos fundamentais.

A positivação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico nacional é fenômeno essencial para legitimá-los e criar mecanismos efetivos para protegê-los.

<sup>261</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 32.

<sup>262</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 84.

Dirley da Cunha Júnior observa que não é a simples positivação desses direitos que sanará o problema mencionado, mas apenas a positivação como normas constitucionais, pois só essas, segundo palavras do autor, têm o quilate de reforçar e garantir os direitos fundamentais.<sup>263</sup>

A constitucionalização de direitos fundamentais pela República Federativa do Brasil contribui enormemente para o processo de democratização nacional, ao passo que é apenas a abertura proveniente da democracia que permite a inserção de direitos fundamentais universais em seu ordenamento jurídico e sua devida proteção.<sup>264</sup> Em outras palavras, o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais pelo Estado Democrático de Direito é um processo autopoietico<sup>265</sup> portador de incontáveis benefícios para toda a humanidade e imprescindível para controlar a complexidade social congruente e proporcionar as condições necessárias para sua evolução.

#### 4.4 Dignidade da Pessoa Humana e sua Imprecisão Conceptual

Como afirmamos no item anterior, os direitos fundamentais perdem seu caráter universal na medida em que ganham em especialidade, ao mesmo tempo que se tornam extensivos a quase todas as sociedades ao serem analisados abstrata e genericamente. Assim, podemos afirmar que o mais genérico e abstrato, logo também o mais universal, dos direitos fundamentais é a proteção à dignidade da pessoa humana.

O termo **dignidade**, ainda que em um mesmo âmbito cultural, pode implicar inúmeras conotações e denotações. Ao estudar suas concepções homeomórficas em outras culturas, a multiplicidade de sentidos impossibilita a elaboração de um conceito delimitador singular e oponível a todas as sociedades.

Cada sociedade do globo, ainda que compartilhe a ideia de que todos os seres humanos mereçam proteção à sua dignidade, atribui fundamentos, características e consequências jurídicas diversas em direta proporcionalidade com a definição histórica de sua ética, moral e religião.

<sup>263</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 578.

<sup>264</sup> No mesmo sentido e com mais profundidade, PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 66.

<sup>265</sup> Autopoiese, aqui empregada no sentido de uma rede cíclica de processos de produção, ou seja, de um processo de autorreprodução e alimentação, em outras palavras, um “fechamento operacional”. Para mais detalhes, ver CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 172 e ss.

Assim, cada cultura tem sua própria ideia de **dignidade** e, ousamos afirmar, a sua própria ideia de **pessoa**.

O emprego da palavra “dignidade” pelo sistema jurídico proporciona a ligação, por via de um acoplamento estrutural<sup>266</sup>, entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais que possam contribuir com seu emprego pragmático, como os sistemas moral e religião, *e.g.* Logo, não encontraremos as devidas delimitações semânticas da dignidade humana totalmente no sistema jurídico, mas o aplicador do direito precisará ter a sensibilidade de se abstrair de suas concepções pessoais e buscar na sociedade uma ideia majoritariamente homogênea de dignidade, traçada pela cultura local.<sup>267</sup>

No entanto, em que pese a vagueza inerente ao termo, o sistema jurídico necessita delimitar o emprego concreto de seu sentido pelo aplicador do direito, de modo que este não seja dotado de um poder discricionário quase sem limites em sua interpretação.

Com efeito, muitos documentos jurídicos nacionais e internacionais tentam delimitar, ainda que sucintamente, os empregos possíveis do termo **dignidade humana**, porém evidencia-se uma impossibilidade pragmática de delimitação semântica plena, visando reduzir o alto grau de discricionariedade do juiz na hora da aplicação do direito.

#### 4.5 O Tratamento Jurídico dos Tratados e Convenções Internacionais no Direito Brasileiro

O § 2º do art. 5º da Constituição Federal assegura a proteção dos direitos e garantias fundamentais não presentes em seu texto, contanto que pertençam a tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>268</sup>

Grande polêmica surge, então, acerca da força normativa dos tratados e convenções internacionais no Ordenamento Jurídico pátrio.

Dirley da Cunha Jr., fazendo um silogismo com as constituições formais e materiais, prega a possibilidade de haver direitos fundamentais formal e/ou materialmente

---

<sup>266</sup> Acoplamento estrutural, aqui empregado na concepção luhmanniana, qual seja a forma de conexão entre sistemas que permite que ambos adaptem as mudanças recíprocas através de seus próprios códigos binários, selecionando, estabilizando e institucionalizando as alterações sociais. Para mais detalhes, ver LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamentos para uma teoria general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 209; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviathã, uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>267</sup> Nesse mesmo sentido, ver ECO, Umberto. **As formas do conteúdo**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 16.

<sup>268</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

constitucionais. Para o autor, eles apenas serão formal e materialmente constitucionais se forem inseridos no texto constitucional e possuírem relevante valor para o Estado e para a sociedade. Por sua vez, serão somente formalmente constitucionais quando, apesar de inseridos no texto constitucional, não representarem importância social ou ao Estado, ou seja, quando não se enquadrarem no conceito material de direitos fundamentais. Por último, serão materialmente constitucionais aqueles que se enquadrem na concepção material de direitos fundamentais, mas que não estejam inseridos no texto, ou seja – aqueles decorrentes de tratados internacionais.<sup>269</sup>

No entanto, concordamos com Ingo Wolfgang Sarlet, que, divergindo do posicionamento de Cunha Jr., afirma que os direitos fundamentais só podem ser formal e materialmente constitucionais ou materialmente constitucionais.<sup>270</sup>

No mesmo sentido de Sarlet, Piovesan, que acrescenta a observação de que não é necessária a produção de normas para reproduzir no Ordenamento Jurídico pátrio o conteúdo de tratados que protejam direitos fundamentais, pois sua incorporação se dá automaticamente.<sup>271</sup> Prossegue a autora dizendo que, no caso de antinomia entre norma jurídica acerca de direito fundamental nacional (ainda que constitucional) e norma de direito fundamental proveniente de tratado internacional, prevaleceria a mais benéfica, em qualquer caso.<sup>272</sup>

Com efeito, os direitos fundamentais inseridos em nosso ordenamento por meio de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil tenha sido parte são materialmente constitucionais<sup>273</sup>, logo, lembremos desde já, sofrem a incidência do § 1º do mesmo artigo 5º, que dispõe que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>274</sup>.

A inserção de direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico não só consolida parâmetros protetivos mínimos para defesa da dignidade humana, capazes de impulsionar avanços e impedir retrocessos em âmbito nacional de proteção, como também

<sup>269</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 614.

<sup>270</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86.

<sup>271</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 48.

<sup>272</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 54.

<sup>273</sup> É imperativo afirmar que a polêmica acerca da força normativa dos direitos inseridos no ordenamento jurídico nacional pelos tratados internacionais de que o Brasil é signatário existe em face de o sistema jurídico brasileiro afirmar a natureza de lei ordinária federal dos tratados ratificados. Todavia, entendemos ser cristalino o entendimento de que há uma exceção imposta pela própria Constituição Federal àqueles tratados internacionais que tragam em seu bojo direitos fundamentais. Para mais detalhes, ver CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 620 e 621.

<sup>274</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

constitui uma instância internacional de proteção a esses direitos, no caso de falha dos mecanismos nacionais institucionalizados.<sup>275</sup>

#### 4.6 Dignidade Humana e sua Aplicação na Execução da Pena Privativa de Liberdade

Dentre os princípios fundamentais, um deles sobressai, pois serve de berço gnosiológico para todos os demais, a saber – o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com escopo no princípio da dignidade humana é possível fundamentar a existência de todos os outros. A devida observância a este princípio sintetiza as obrigações mínimas de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.<sup>276</sup>

Para Dirley da Cunha Júnior, a dignidade da pessoa humana é o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos se reportam, seja em maior ou menor grau. É simplesmente o **núcleo essencial** de **todos** os direitos fundamentais.<sup>277</sup>

No mesmo sentido, Flávia Piovesan afirma que:

O valor da dignidade humana (...) impõe-se como **núcleo básico e informador** do ordenamento jurídico brasileiro, como **critério e parâmetro de valoração** a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo **suporte axiológico** a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.<sup>278</sup>  
(grifos nossos)

Destarte, poder-se-ia, sociologicamente falando, afirmar que o Estado que, com suas políticas públicas, respeita seu limite de atuação em relação ao particular (dimensão negativa do princípio da dignidade da pessoa humana) e que direciona suas atividades priorizando um ideal de condições básicas para o desenvolvimento da dignidade de seu povo (dimensão positiva),<sup>279</sup> cumpre com seu papel social fundamental.

É no afã de uma sociedade justa e promissora que a máxima representação positiva de nosso Ordenamento Jurídico, a Constituição Federal do Brasil, afirma em seu artigo

<sup>275</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 69.

<sup>276</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78 e 79.

<sup>277</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 518 e 519.

<sup>278</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44.

<sup>279</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

primeiro<sup>280</sup> a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Faz-se imperativo tecer alguns comentários acerca de tal artigo.

Inicialmente, a situação da norma referida, logo no artigo primeiro do diploma constitucional, não se deu ao arbítrio do legislador. Tal posição se deve à sua vital importância para todo o Ordenamento Jurídico brasileiro.<sup>281</sup> Destarte, situando a dignidade da pessoa humana no artigo primeiro do capítulo primeiro, o legislador tencionou que, antes de aplicar quaisquer das demais normas, é imprescindível ao intérprete a observância dos fundamentos ali expostos.<sup>282</sup>

Em segundo lugar, vale chamar atenção para a terminologia empregada pelo legislador; a utilização do termo “fundamento” também não é casuística. Ao afirmar expressamente que a dignidade da pessoa humana é **fundamento** do Estado Democrático de Direito, ele afirma de forma tácita que sua inobservância fere um dos pilares da justiça democrática moderna, colocando em risco todo o Ordenamento Jurídico.

Mas será que tamanho destaque dado pelo texto constitucional teve o condão de atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana sua devida proteção? Infelizmente a resposta para esta questão aparenta ser negativa.

#### 4.6.1 Efeitos da Restrição à Liberdade na Dignidade dos Reclusos

Ainda que as penas sejam chamadas de “privativas de liberdade”, seria praticamente impossível a restrição tão somente da liberdade do condenado. Tal restrição implica a limitação automática de vários outros direitos, fundamentais ou não, máxime na dignidade da pessoa humana, por ser fonte gnosiológica de todos os direitos fundamentais, inclusive da liberdade.

<sup>280</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 1º, inc. III.

<sup>281</sup> Não queremos inferir com isso que somos partícipes da teoria da hierarquia superior das normas situadas antes das outras em um mesmo diploma legal (*lato sensu*); apenas afirmamos que a situação das normas postas anteriormente às outras em um mesmo diploma não se dá ao acaso, e sim para colocá-las em uma posição de destaque, porém jamais em superioridade.

<sup>282</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87. A autora menciona uma ascendência axiológica de alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana, sobre outros e atribui isto a um alto grau de fundamentalidade social e jurídica.

Destarte, não há pena imposta pelo Estado que não atinja, ainda que em baixa graduação, a dignidade do apenado. Toda pena é, em certo grau, atentatória à dignidade do condenado, pois o limita em algum de seus direitos fundamentais.

Ainda que se tente legitimar a pena estatal pela via da proteção à dignidade humana da vítima, é imperioso afirmar que a dignidade humana de uma pessoa jamais pode servir de fundamento para qualquer violação à de outra.<sup>283</sup>

A pena deve existir e ser imposta? Resposta: sim. O fundamento jurídico-filosófico para a imposição institucionalizada da pena é a dignidade humana da vítima? Resposta: não. Então qual seria? Resposta: a pena só pode ser imposta como expressão do poder de polícia do Estado visando, assim, executar seu dever fundamental de fornecer segurança e proteção não à dignidade humana de um, mas à dignidade de todos os seus cidadãos, inclusive à do próprio infrator.

Muito embora tenhamos concluído que a pena deve existir e ser coercitivamente imposta ao violador de uma norma jurídica penal, afirmamos que esta imposição deve se dar da forma menos gravosa possível, ou seja, a pena deve atingir o direito fundamental proposto de forma estrita, buscando sua efetividade através da menor lesão possível aos direitos fundamentais do apenado.

#### 4.6.2 As Dimensões de Atuação da Dignidade da Pessoa Humana no Tratamento dos Reclusos

Quando falamos de limites mínimos essenciais à dignidade dos reclusos, referimo-nos à sua aplicação em ambas as suas dimensões, tanto a negativa – impedindo o Estado de limitar a dignidade do condenado mais do que a privação da liberdade já implica –, como a positiva – obrigando o Estado a implementar políticas públicas também para os encarcerados.

Convertidos em parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los).<sup>284</sup>

<sup>283</sup> Em sentido similar, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 234: “o discurso jurídico-penal liberal e a própria ideologia dos Direitos Humanos abrigam a contradição, quando justificam um ato de poder e pretendem limitá-lo a partir de sua legitimação (racionalização legitimante) justificante.”

<sup>284</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direitos Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 512.

A dimensão negativa do princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe um núcleo essencial intocável pelas demais normas limitantes<sup>285</sup>. Já em sua dimensão positiva, o Estado deve cultivar efetivas políticas públicas, sempre objetivando ampliar os horizontes de dignidade de seus cidadãos.<sup>286</sup>

Não há um consenso na doutrina sobre que consiste efetivamente uma “vida digna”<sup>287</sup>. É possível conceituar um patamar mínimo de condições para uma vida digna, mas a construção a partir daí, à medida que avança, perde-se em densidade e ganha em subjetividade. Então que se atenha ao que é mais concreto, nas condições mínimas que o Estado social deva prover para que seus cidadãos desfrutem de uma vida (minimamente) digna.

Praticamente toda a doutrina é unânime acerca da grande dificuldade de se elaborar um conceito jurídico preciso de dignidade humana. Sem embargo desta ampla concordância, os que ousam tentar elaborá-lo acabam por ficar apenas na superfície<sup>288</sup>, reiteradamente repetindo sua relevância, inafastabilidade e necessidade de interpretação das demais normas jurídicas sob sua ótica.

Obviamente a norma protetora da dignidade humana é a norma jurídica de maior relevância do ordenamento jurídico, que todas as demais normas devam ser interpretadas segundo ela, que constitui pilar de um Estado Democrático brasileiro e cujo caráter absoluto só se flexiona ante a dignidade humana de outrem. Todavia estamos ainda com um conceito extremamente vago e pouco preciso.

Certamente a delimitação semântico-jurídica do conceito de dignidade humana não é tarefa fácil, contudo não será em razão do grau de dificuldade que vamos nos abster de realizá-la.

O problema inicial é o fato de a dignidade humana, juridicamente falando, não significar uma “coisa”, mas sim um plexo de “coisas”. Expliquemos. Quando buscamos uma

---

<sup>285</sup> A autora Ana Paula de Barcellos afirma que este núcleo essencial dos princípios fundamentais funciona tal as normas-regras (*in* **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198)

<sup>286</sup> Mais detalhes sobre as dimensões positivas e negativas do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana in SARLETT, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110).

<sup>287</sup> Alguns autores, como Ana Paula de Barcellos, mencionam 4 elementos para se conceituar este “patamar mínimo” de dignidade, a saber, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258).

<sup>288</sup> NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46. Rizzato Nunes afirma que o conceito de dignidade não pode ser vinculado a critérios de bondade ou maldade, nem a quaisquer outros que o possam relativizar. Para tanto, o autor se propõe a elaborar um conceito de dignidade que possa ser aplicado absolutamente. Porém, acaba por não lograr êxito em seu desígnio.

eventual reparação de um dano sofrido por nossa dignidade, sempre estamos nos referindo à dignidade em relação a um direito concreto, seja ele o patrimônio, a integridade física, a honra ou qualquer outro. Com efeito, ninguém pode impetrar um mandado de segurança por lesão a tão somente sua dignidade, mas sempre à sua dignidade vinculada a outro direito, fundamental ou não.

Destarte, concebemos a dignidade humana como um plexo de direitos fundamentais, ou seja, sua realização se dará por via oblíqua, somente com a satisfação de todos os demais direitos fundamentais positivados.

E qual o efeito sociológico constatado quando o Estado falta com sua função de provedor mínimo das condições de fundamentalidade do direito à dignidade da pessoa humana? A resposta mais lógica seria: haverá uma grande parcela da população em total desamparo social.

No próximo item tentaremos ser mais precisos quanto ao âmbito de atuação da dignidade humana na execução da pena privativa de liberdade.

#### **4.7 Efeitos Jurídicos Limitadores da Norma Protetora da Dignidade Humana na Aplicação das Penas Privativas de Liberdade**

Em virtude de tudo que foi exposto até o momento, já podemos delinear limites mínimos e máximos para o aplicador do direito se situar no momento da execução da pena privativa de liberdade.

A execução da pena não é tarefa apenas do Poder Judiciário, mas deste em conjunto com o Poder Executivo. Podemos facilmente inserir o Poder Legislativo nesta equação, ao afirmarmos que **o processo de execução da pena é o processo no qual o Poder Executivo, cumprindo ordem e sob a fiscalização do Poder Judiciário, executa a pena nos termos delineados pelo Poder Legislativo. E, frise-se, todos os três poderes têm sua discricionariedade limitada pelos direitos fundamentais.**<sup>289</sup>

No âmbito do Poder Judiciário, o limite é perceptível no momento de aplicação da norma. Não obstante, em virtude da vagueza de sentido semântico da palavra dignidade, o estabelecimento de tais limites não se mostra tarefa fácil.

Por outro lado seria impossível para o legislador conceituar dignidade humana de modo a restringir ao máximo possível o poder discricionário do julgador na hora da aplicação

---

<sup>289</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008, p. 580 e 581.

da norma, sob pena de tornar o conceito estático e sua evolução, inviável. Assim a especificidade conceptual do termo dignidade humana se torna muito mais gravosa que sua abstratividade.

Em trecho que fala sobre a normatividade constitucional, Piovesan aduz que a “normatividade” não está no texto em si, mas na junção de seu teor abstrato com a realidade em questão. Para a autora, a concretude de tais normas só pode surgir a partir da junção do “programa da norma” com o “âmbito da norma”.<sup>290</sup>

É exatamente no “âmbito da norma” que ocorrerá a influência de informações advindas de sistemas diversos, como o moral e religioso, no sistema jurídico, através dos respectivos acoplamentos estruturais.

Logo, em vista da impossibilidade de limitação plena de sentido, máxime por não se poder “definir uma nova realidade por meio do processo legislativo”, a opção que resta ao Estado é a de limitar ao máximo o chamado “programa da norma”.

Não obstante, ainda quando se percebem programas normativos adequadamente limitadores da atuação estatal ante a dignidade humana, estes parecem não ter força para se sobrepor à atuação dos demais sistemas sociais.

Com efeito, um dos maiores problemas que incidem sobre as penitenciárias contemporâneas é o descompasso entre a prescrição normativa e sua efetiva aplicação. Em 1984 foi elaborada a nossa Lei de Execuções Penais<sup>291</sup>; sem dúvida, uma lei moderna, pautada sobre os pilares de um Estado Democrático de Direito e observadora dos princípios fundamentais da pessoa humana, prova cabal de que as leis não têm, por si sós, o condão de alterar a realidade.

Trata-se de um sistema normativo de extrema qualidade, visando sempre a até então utópica integração do condenado na sociedade e buscando que os presos tenham cerceado apenas seu direito à liberdade, e não à dignidade, como se tem visto desde a origem das penas.

292

Todavia, a “cultura penitenciária” mundial, mais precisamente a brasileira, para o que interessa a este trabalho está fortemente imbricada com valores medievais difíceis de ser abandonados.

---

<sup>290</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 381.

<sup>291</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.

<sup>292</sup> Os valores “liberdade” e “dignidade” estão profundamente interligados, logo qualquer limitação a esta inevitavelmente afetará aquela; sem embargo, quando falamos em cerceamento à liberdade e não à dignidade, estamos nos referindo ao núcleo inatingível concernente à dignidade da pessoa humana, que acaba por ser ferido como “efeito secundário da pena”.

Como se não bastassem tais fatores, podemos ainda elencar: o cumprimento da pena em estabelecimentos indevidos; estabelecimentos insalubres; alimentação precária; endemias; prisionalização; insuficiência de assistência jurídica; insuficiência de atividades laborativas; maus-tratos; ausência do direito de visitas; presença de menores de 18 (dezoito) anos; *mass media*; aviltamento da pessoa do preso; perturbação psíquica; comprometimento da família; desconfiança da coletividade; comprometimento com o emprego.<sup>293</sup>

Nesse panorama, um dos princípios fundamentais mais abandonados é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e seu corolário, o princípio da humanidade<sup>294</sup>.

Por “Dignidade da Pessoa Humana”, Sarlet entende:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>295</sup>.

Seria possível coadunar o princípio da dignidade da pessoa humana com as funções da pena? Certamente se compararmos sua interpretação mais moderna com uma concepção clássica beccariana, chegaremos a uma resposta negativa. Sem embargo, *mutatis mutandis*, as funções penais podem e devem ser reformuladas sob o viés dos direitos fundamentais constitucionais.

Muito embora o detento seja condenado a “X” anos de reclusão ou detenção, ganha anexa uma pena perpétua de restrição (ou até privação) de sua dignidade. A partir do momento que é meramente indiciado em um inquérito, ele começa a perder seu valor para a sociedade “pura” e “cristã”; quando então vem a ser julgado e condenado, vê-se tão abandonado pelo Estado e pela sociedade em que vive, que não lhe resta outra opção a não ser retornar à marginalidade da lei.<sup>296</sup>

<sup>293</sup> Fatores elencados pelo Professor Alberto Jorge Correia de Lima em aula ministrada no curso de Pós-graduação em ciências criminais da Escola Superior de Administração, Marketing e Publicidade, em 10 de março de 2007.

<sup>294</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Art. 5º, III e XLVII. Alberto Jorge, em passagem sobre o princípio da humanidade, afirma que “nenhuma sanção pode ser estabelecida visando grande sofrimento ao condenado, pois o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana (LIMA, Alberto Jorge C. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público – Alagoas**. Nº 6. Julho/Dezembro de 2001).

<sup>295</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Ed.: Livraria do Advogado. Porto Alegre: RS, 2004, pg. 59-60.

<sup>296</sup> Mais detalhes acerca das mazelas do sistema prisional no capítulo I.

A conclusão a que se chega, e que não é nenhuma novidade, é que a carência de educação, direito fundamental dentro do mínimo existencial<sup>297</sup> de uma vida digna, é o estopim de todo o procedimento criminal, visto que a maioria dos sentenciados tem idade ainda acadêmica, não obstante, sequer concluíram o ensino fundamental, o que lhes privou da parcela “consumerista” em uma sociedade com metas culturais eminentemente capitalistas, impulsionando-lhes ao cometimento de delitos para poderem sobreviver.

Destarte, resta em aberto uma incógnita: será que se a Lei de Execuções Penais fosse aplicada apropriadamente, o panorama penal atual, marcado pela carência de políticas públicas e pelo consequente desrespeito à dignidade humana, seria diferente? Pergunta de impossível resposta, visto que em vinte e cinco anos de vigência da LEP jamais ocorreu tal situação na história nacional.

Não só a LEP, mas do mesmo modo e com muito mais força, a própria Constituição Federal assegura a proteção de garantias fundamentais dos presos nos incisos XLV ao L.<sup>298</sup>

Sem embargo, a letra da lei, ainda que com força normativa constitucional, não tem o condão de, por si só, modificar a realidade.<sup>299</sup> Ou seja, a ausência de uma prevenção criminal, caracterizada por políticas públicas que forneçam o mínimo essencial à dignidade humana, não pode ser compensada por normas jurídicas garantistas, independentemente de sua força.

Em passagem onde indaga acerca da possibilidade de se relativizar o direito à dignidade, máxime ante a condutas criminosas, Sarlet chega à conclusão de que a única solução para não se admitir que a pena de prisão seja degradante à dignidade do apenado é que

não se tenha a pena de prisão (em suma, a privação temporária da liberdade) como ofensiva à dignidade, mas apenas como restrição intensa da liberdade, que, no entanto, preserva íntegro o conteúdo em dignidade inquestionavelmente insito aos direitos de liberdade.<sup>300</sup>

Infelizmente não é o que se constata empiricamente.

O que vemos na prática é a constante agressão ao núcleo essencial da dignidade dos apenados como se fosse efeito apenso à pena de restrição de liberdade, provocando assim

<sup>297</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 260 e ss.

<sup>298</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 5º, inc. XLV ao L.

<sup>299</sup> “O legislador pode fazer muitas coisas; mas, entre outras, não tem poder para dizer que o doloroso não dói.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 202.

<sup>300</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 127.

danos irreparáveis a direitos fundamentais de proteção constitucional e tornando completamente inócuo o pretense efeito sócio reintegrador da pena.

Então, como fiscalizar a efetividade de uma norma jurídica tão aberta e dependente de complementação semântica? Respondemos: por meio de uma interpretação sistemática juntamente com os demais direitos fundamentais que formam o plexo que a compõe.

Assim sendo, concordamos com Sarlet em relação à preservação do conteúdo da dignidade na execução das penas privativas de liberdade. Mas que conteúdo seria esse? Seria a fiscalização e implementação de medidas jurídicas e administrativas que assegurassem:

- 1) a igualdade de todos os presos em submissão às condições impostas pela restrição à liberdade, independentemente de sexo, credo, raça, classe social ou opção sexual;
- 2) a intimidade do recluso, impedindo a inclusão de um número de detentos na mesma cela superior ao espaço mínimo definido pela Lei de Execuções Penais (6m<sup>2</sup>), além de preservar banheiros em grau razoável de higienização em cômodo separado e protegido por divisórias;
- 3) a honra do recluso, não o submetendo ao tratamento dispensando pelo *mass media*, bem como coibindo seus abusos e prevenindo os estigmas decorrentes de todo o processo;
- 4) a educação, instituindo-a adequadamente no âmbito penitenciário e beneficiando os reeducandos-alunos com a remição do tempo de pena com os dias de estudo;
- 5) a saúde, instalando postos de saúde que funcionem continuamente nos complexos penitenciários, na proporção do número de detentos;
- 6) o trabalho, fiscalizando e punindo os estados que não fornecessem a seus reeducandos oportunidade de trabalho, em quantidade e diversidade proporcional ao número de detentos;
- 7) a segurança, impedindo que os detentos necessitem se “filiar” a gangues e demais escalonamentos de organizações criminosas dentro do presídio como forma de assegurar sua sobrevivência;
- 8) o trabalho e a previdência social, impedindo que os presos sejam remunerados com menos de um salário-mínimo e que seu trabalho sirva para todos os fins previdenciários;
- 9) a assistência jurídica, mantendo diariamente defensor(es) público(s) nos complexos, na proporção do número de ocupantes.

A violação a direitos fundamentais de quem se encontra sob a guarda do próprio Estado se mostra ainda mais perversa, pois a estes não se pode afirmar que foram “esquecidos” pelo sistema, quando, ao contrário, o próprio sistema os selecionou, aviltou e estigmatizou, prometendo uma privação temporária à sua liberdade e provocando uma restrição eterna de sua dignidade.

O processo de elaboração de leis não tem o condão de sozinho modificar a realidade. A elaboração de leis para garantir a efetividade de leis já existentes e vigentes é atentatória à dignidade de toda a sociedade. Os mecanismos de coerção à implementação prática do que resta disposto em lei devem ser acionados antes que surjam leis para efetivar as leis que buscam garantir a efetividade de leis existentes, em um verdadeiro processo *ad infinitum*.

O processo legislativo é contínuo e deve sempre se manter *pari passu* com a evolução do pensamento social, todavia é do Judiciário e, sobretudo, do Poder Executivo que devem surgir as mudanças mais urgentes.

O sistema clama por renovação iminente sob pena de se consumir autofagicamente e se perpetuar desafiando a dignidade social por meio de um processo institucionalizado pelo poder público que finge conter e reeducar os condenados, enquanto estes, conjuntamente com o restante da sociedade, fingem que essa contenção e reeducação funcionam.

No próximo capítulo faremos sugestões para que o sistema jurídico se harmonize na proteção ao axioma “dignidade da pessoa humana”.

## 5 EFEITOS DO AXIOMA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO (SUB)SISTEMA PENITENCIÁRIO

Ao longo deste trabalho fizemos a exposição da função da pena que melhor se coaduna com a realidade social, delimitamos semanticamente o lexema “dignidade”, demonstramos alguns estudos estatísticos que comprovam situações de manifesta inobservância aos efeitos emergentes da proteção da dignidade humana, bem como analisamos a provável razão para tais infrações normativas.

No presente capítulo buscaremos apresentar as implicações pragmáticas da extensão semântica do axioma “dignidade da pessoa humana” – bem como das demais normas que completem seu sentido – e sua compatibilidade em relação à função da pena defendida nos capítulos anteriores.

Demonstraremos também o porquê da necessidade de se “desromantizar” a função da pena, e a razão pela qual a quebra do paradigma da pena ressocializadora garante maior proteção à dignidade do apenado.

Por fim, apontaremos algumas medidas cabíveis para a adequação prática do ambiente ao que prescreve o sistema jurídico atual para o sistema penitenciário nacional.

### 5.1 Os Axiomas no Pensamento Luhmanniano

Um dos aspectos mais criticados da teoria luhmanniana diz respeito à função dos valores na sociedade. Para Luhmann, o sistema jurídico funciona como redutor da complexidade do ambiente, e isso ele faz por meio de expectativas normativas que são institucionalizadas como normas jurídicas. Para ele, *“i valori sono [...] aspettative stabilizzate in modo contrafattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche, per le quali vale lo stesso modo di essere.”*<sup>301</sup>

De fato, se compararmos seu conceito do que seja “valor” com seu conceito de “norma” – “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”<sup>302</sup> –, veremos que, apesar de Luhmann não conceber “valor” e “norma” como sendo a mesma

<sup>301</sup> “Os valores são [...] expectativas estabilizadas em modo contrafático e, desse modo, são parecidas com as normas jurídicas, pelas quais vale o mesmo modo de ser”. LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dédalo, 2002, p. 312 *Apud* TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 116.

<sup>302</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, Parte I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

coisa, concebe que tenham “*lo stesso modo di essere*”. Com efeito, quais seriam as reais diferenças entre ambas as espécies de estruturas?

Sabe-se que o direito só se manifesta por meio da linguagem; é a linguagem que possibilita a comunicação das expectativas normativas oficiais, as quais visam reduzir a complexidade e contingência do ambiente.

Partindo da distinção atual entre regras e princípios, pode-se concluir que o maior grau de determinação semântica das regras faz com que elas tenham uma maior capacidade de redução da complexidade social em comparação com os princípios. Vejamos:

Uma diferença separa a norma legal da norma principial: a primeira é uma norma desenvolvida em seu conteúdo e precisa em sua normatividade: acolhe e perfila os pressupostos de sua aplicação, determina com detalhe o seu mandato, estabelece possíveis exceções; o princípio, pelo contrário, expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitado por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial.<sup>303</sup>

É exatamente esse desenvolvimento incompleto dos princípios, essa generalidade e inconcretude aplicativa, em outras palavras, essa imprecisão semântica, como já assinalamos, a maior (se não a única) diferença entre as normas da espécie “princípios” das da espécie “regras”.

O sistema jurídico, como todos os sistemas que compõem o sistema social, é operacionalmente fechado – ou seja, funciona apenas com base em seu código binário direito/não-direito,<sup>304</sup> não admitindo a incidência de nenhum outro código – e cognitivamente aberto, isto é, abre-se para o ambiente (onde estão os demais sistemas) por via de seus programas, nos quais se incluem leis, decretos, decisões etc.

Destarte, as características das normas da espécie princípio permitem uma maior abertura cognitiva com o ambiente, o que provoca um crescimento no índice de absorção da complexidade social, consequentemente contribuindo para uma maior redução da complexidade em seu entorno – função principal do sistema jurídico.<sup>305</sup>

<sup>303</sup> CAÑAS, Gordillo A. “Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes de Derecho”, in *Anuário de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1998. p. 515 *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: 2007, p. 291.

<sup>304</sup> Para mais detalhes sobre o código binário do sistema jurídico, ver item 2.3.4.

<sup>305</sup> Em opinião diversa, Ricardo Jacobsen Gloeckner, para quem “quanto mais indeterminado o conteúdo da norma, abrindo possibilidades infinitas de decisão, abarcadas pelas cláusulas de indeterminação, mais fechado será o sistema em questão. Ao revés, um sistema normativo aberto é aquele que possui os conceitos mais fechados, mais apurados” (Direitos fundamentais e direito policontextual: uma aproximação sociológica à

(...) em relação às regras, os princípios apresentam uma grande vantagem: a abertura, isto é, têm uma “estrutura dialógica” capaz de captar as mudanças da realidade. Não são, portanto, absolutos, pois, ocorridas as transformações no meio social, as interpretações dos princípios vão-se adaptando, vão-se moldando constantemente às mudanças do meio sociopolítico [proporcionando uma maior abertura cognitiva]. São manipuláveis e, por isso mesmo, não precisam esperar as alterações textuais (legislativas) das regras para impor [inclusive prestações positivas] ou orientar [funcionando como uma espécie de postulado] as decisões políticas dos membros da sociedade, ou seja, transcendem a literalidade da norma em que estão inseridos, permitindo que se mude o sentido, isto é, a interpretação dos textos, sem que seja necessário, para isso, alterar os seus enunciados normativos.<sup>306</sup>

Logo, podemos afirmar que, em dissonância com o pensamento luhmanniano, os princípios possuem importância fundamental para a modernidade. Porém, ao mesmo tempo que isso ocorre, também precisamos destacar que eles possuem o condão de facilitar a chamada “alopoiese jurídica”.

Para Marcelo Neves, “alopoiese social do direito” é a prevalência de outros códigos sobre o “direito/não-direito”, fenômeno mais evidente nas sociedades periféricas.<sup>307</sup> Ou seja, a maior imprecisão semântica dos princípios facilita uma corrupção sistêmica. Logo, torna-se imprescindível um maior controle de legalidade das leis e decisões judiciais em um sistema com abertura cognitiva mais acentuada.

Um ponto de discordância entre Luhmann e a doutrina majoritária atual é acerca da posição hierárquica dos princípios.

Para Paulo Bonavides, *v.g.*, os princípios são a expressão mais alta de normatividade, e vai além, alegando serem mais do que a justiça, são o Direito em toda sua plenitude, são as normas supremas do Ordenamento, as normas das normas.<sup>308</sup>

Para Luhmann, tanto os princípios quanto as regras se situam no mesmo patamar hierárquico, apenas com peculiaridades funcionais distintas.

(...) os princípios e os valores como elementos de um ordenamento jurídico devem estar simultaneamente arraigados numa memória (passado) e serem portadores de um projeto futuro; por isso, não podem ser hierárquicos, pois o futuro e a sociedade atual não são hierárquicos.<sup>309</sup>

---

questão da (des)igualdade. **Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade.** Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF, 2005, p. 83-111.

<sup>306</sup> DE MARCO, Anelise. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. **Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade.** Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF, 2005, p. 29-82.

<sup>307</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239.

<sup>308</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: 2007, p. 288 a 290.

<sup>309</sup> DE MARCO, Anelise. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. **Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade.** Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF, 2005, p. 29-82.

Diante do exposto, afirmamos que a abertura cognitiva acentuada, trazida à cena pela concepção funcional dos princípios na modernidade provoca uma maior aproximação com outros sistemas sociais, que pode ser de importância fundamental para a configuração da estrutura sistêmica atual, qual seja a configuração de ideologia garantista.

## 5.2 A Atual Configuração Sistêmica do Ordenamento Jurídico Brasileiro

Uma das críticas direcionadas à teoria dos sistemas é a de que ela é capaz de legitimar qualquer espécie de ordenamento jurídico, inclusive os de ordem anti-garantista.<sup>310</sup> Como afirmamos em momento oportuno, a observação é pertinente, visto que Luhmann se atém a explicar o funcionamento do sistema social, e ao se propor a isso, predispôs-se a explicar o funcionamento de qualquer espécie de configuração social.

O que deve assegurar as conquistas sociais em sede de direitos fundamentais não é a teoria dogmática que os explica, e sim a própria ideologia que é revelada pelas estruturas do sistema jurídico.

Também já fora abordado neste trabalho o fato de que o direito, ao se manifestar através da linguagem, utiliza-se muitas vezes de expressões polissêmicas, cujo sentido deve ser precisado ideologicamente, como não poderia deixar de ser. Destarte, é a defesa jurídica de uma ideologia garantista que preservará as conquistas obtidas nos últimos séculos, e a teoria sistêmica, como já foi observado por alguns de seus críticos, pode legitimar o princípio da proibição de retrocesso, mantendo uma configuração sistêmica garantista e protegendo os direitos fundamentais de modo mais efetivo que qualquer outra teoria que se alcinhe de “garantista”, quando em muitas das vezes usa desse fator para, em nome de direitos fundamentais, legitimar movimentos panpenalistas, como o de lei e ordem e a teoria das janelas quebradas.

---

<sup>310</sup> Rever item 2.3.3. Em relação às críticas, por todos, ver QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

### 5.3 Direito Penal e Interdisciplinaridade

Afirmamos ser teoricamente possível – e até útil – o manejo da complexidade remetida ao sistema jurídico em razão da axiomatização do direito. A utilidade se manifesta na inconveniência de se ter um ordenamento jurídico que contenha tão somente normas de semântica precisa, visto que “engessaria” o sistema, além de facilitar enormemente o surgimento de lacunas.

Tampouco se poderia ter um ordenamento composto tão somente por normas de semântica mais imprecisa, visto que provocaria uma atrofia do Poder Legislativo e poria em xeque a própria organização política do Estado.

O modelo mais adequado, indubitavelmente, para o formato político atual é o de um ordenamento composto quase que em sua totalidade por normas jurídicas de maior precisão semântica complementadas por normas jurídicas de menor precisão semântica.<sup>311</sup> Pensamos ser desnecessária a classificação entre regras e princípios, visto que ambas as normas funcionam do mesmo modo, diferenciando-se entre si no tocante à extensão semântica.

O próprio sistema jurídico é composto por normas procedimentais que legitimam a aplicação das normas jurídicas de maior imprecisão semântica pelo juiz, impedindo que ele rompa com a autorreferencialidade do direito (e com sua autopoiese). Tal processo possui importância ímpar para a completude do sistema e para sua autorreprodução.

O inconveniente advém de uma impossibilidade real de remeter tanta complexidade ao Poder Judiciário, o que demandaria a alocação de mais recursos a esse ramo do Poder, como, por exemplo, para assegurar uma média muito menor de habitantes por juiz, dentre outras medidas políticas. Os custos seriam muito elevados e certamente esbarrariam na chamada reserva do possível (já comentada em capítulos anteriores).<sup>312</sup>

Com efeito, o melhor modo de manter a estrutura ora apresentada, evitando-se a colisão com a reserva do possível, seria um aprimoramento dialógico entre o sistema político e os demais sistemas contíguos.

Sustentando opinião no mesmo sentido, Cláudio do Prado Amaral afirma que:

---

<sup>311</sup> No mesmo sentido, ver DE MARCO, Anelise. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. **Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade**. Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF, 2005, p. 29-82: “O direito exerce um papel importante na construção da modernidade. À proporção que ocorrem mudanças na estrutura da sociedade, há mudanças no direito, tendo em vista que a este compete assegurar a estabilidade social. Por isso, a reconstrução do pensamento jurídico exige do jurista repensar o direito dando especial atenção à interpretação dos textos e às transformações da sociedade. Não é, portanto, mais admissível somente uma absoluta e irrestrita adoção do positivismo (normativismo) e do estatismo (direito/Estado) jurídico.”

<sup>312</sup> Ver item 1.3.1.

A significação material e concreta dos conceitos normativos penais surgiria por meio de um processo dialogal entre o direito penal e as demais instâncias do conhecimento existentes (ou subsistemas, caso se queira usar a denominação de Luhmann). Isso não reduziria o direito penal à busca da eficiência empírica, mas, sim, proporcionaria ao direito penal a capacidade de buscar soluções legitimadas do ponto de vista das cambiantes expectativas sociais que recaem sobre a norma, o que só consegue mediante um expediente fundado na comunicação. A comunicação, assim, toma por base os dados extraídos dos diversos subsistemas da sociedade na troca com as informações de seus entornos e na troca entre os próprios subsistemas; e segue visando obter internamente o consenso necessário à manutenção da identidade social.<sup>313</sup>

Voltando a tratar especificamente do (sub)sistema penal, o aperfeiçoamento de sua comunicação com o sistema político (máxime no que tange à política criminal), com o sistema ciência (máxime com uma criminologia mais pragmática) e medidas protetivas de uma costumeira alopoiese permitiriam que o sistema penal fosse otimizado, sendo, então, capaz de manejar toda a complexidade interna do sistema.

Certamente uma descrição de medidas que concretizassem as sugestões teóricas supracitadas demandaria um esforço acadêmico incompatível com o presente trabalho, o que, todavia, não nos impedirá de fazê-lo em trabalhos futuros.

Por enquanto nos ateremos a sugerir medidas que possam contribuir tanto para a redução da complexidade social como para a compatibilização interna das normas do sistema jurídico.

#### **5.4 Limites Pragmáticos do Lexema “Dignidade da Pessoa Humana”**

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco histórico em comparação com as demais cartas constitucionais, outorgadas ou promulgadas, ao longo de nossa história. Pela primeira vez na história constitucional, passou a haver um destaque topográfico para os direitos fundamentais, além de uma notória ampliação dos axiomas, que passaram a adquirir *status* de norma constitucional.

Um dos valores que passou a fazer parte do texto constitucional foi a dignidade da pessoa humana, que, de acordo com o inciso III do artigo primeiro da Constituição, é fundamento do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>313</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 134.

Todavia, o fenômeno chamado de neoconstitucionalismo – a inserção de axiomas sociais no texto constitucional, independentemente de ser algo inovador ou simplesmente um novo uso da linguagem – traz a inevitável necessidade de delimitação semântica dos lexemas de alto poder conotativo, o que torna sua aplicação prática inviável.

Os limites semânticos aos lexemas empregados pelo texto normativo devem ser fornecidos pelo próprio sistema jurídico, ou seja, por meio das fontes de direito legitimamente reconhecidas (ou programas, na linguagem luhmanniana), quais sejam leis, decisões judiciais, doutrina, *e.g.*

Ocorre que, quando se trata de termo tão polissêmico quanto a locução “dignidade humana”, encontramos uma flexibilidade tão grande em sua utilização que ela pode ser usada tanto para fundamentar um recrudescimento das leis penais – em atenção à proteção da dignidade das vítimas – como para impor limites para sua aplicação.

O dever fundamental do Estado de prover segurança para seus cidadãos é o único cujo funcionamento implica restrição a direito fundamental de outrem.

Fato é que a dignidade humana não é algo qualificável, não há pessoas mais ou menos dignas que outras. Logo, para que o Estado possa realizar seu dever de proteção à dignidade humana dos cidadãos, penalizando aqueles que infringiram expectativas normativas oficiais, deve buscar a melhor forma possível para que possa, ao passo que assegure as expectativas normativas oficiais fundamentais, atingir o mínimo possível as expectativas normativas oficiais fundamentais do indivíduo infrator, tão somente a ponto de conseguir comunicar, por meio da linguagem simbolicamente generalizada da pena, a validade da norma infringida.

Outro aspecto de grande relevância para o presente trabalho é o fato de que quase todo o direito penitenciário em vigor fora positivado antes do advento da Constituição Federal de 1988.

A entrada em vigor da Carta Constitucional de 88 provocou inúmeras modificações no funcionamento do sistema jurídico brasileiro. No que tange às normas que já existiam no momento de sua entrada em vigor, todas tiveram necessariamente de ser analisadas sob a nova ótica constitucional. Aquelas cujos enunciados não se coadunavam, completa ou parcialmente, com as regras ou princípios constitucionais, ou simplesmente não foram recepcionadas pela Constituição, ou seja, foram expugnadas do sistema jurídico, ou precisaram ser reinterpretadas por meio dos novéis paradigmas.

No que diz respeito às normas do sistema penitenciário, em um primeiro momento não se percebeu a necessidade de se efetuar qualquer modificação, todavia, como afirmamos

no primeiro capítulo, as normas se submetem à chamada diacronização semântica,<sup>314</sup> daí a necessidade da constante re-análise como forma de controle de constitucionalidade.

### **5.5 A Ilusão do Romantismo: a Inadequação das Demais Teorias Fundamentadoras da Pena à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**

Pode parecer estranha a afirmação de que a função da pena, à luz de um ordenamento jurídico fundado na dignidade da pessoa humana, seja tão somente a de manter a vigência da norma, em um primeiro momento, e assegurar, mediatamente, a manutenção do bem jurídico protegido pela norma (ou seja, sua efetividade). Todavia, o escopo ao “desromantizar” a função da pena é dar ao condenado proteção muito maior do que qualquer outra teoria (leia-se ideologia) possa embasar.

O modelo dos sistemas autopoieticos parece mais ajustado para captar fenômenos como os limites estruturais do Judiciário para a escolha, o controle e a implementação de políticas públicas, para perceber as sobrecargas de prestações que o sistema político delega ao sistema jurídico em decorrência de um desempenho ineficaz e incompleto no campo de produção legislativa, ou para compreender as implicações políticas de um ativismo judicial no campo da corrupção da administração pública.<sup>315</sup>

Destarte, quando se afirma que a função da pena é a retribuição do mal pelo mal – conforme dispõe, em suma, as teorias absolutas – corre-se o risco de um regresso à lei de talião, ferindo de morte a proibição de retrocesso de normas que prescrevem direitos fundamentais.

As teorias que defendem a chamada prevenção geral igualmente se mostraram inadequadas para os padrões do sistema jurídico atual. Primeiramente, porque não é dever do direito penal espalhar o medo – por meio da intimidação –, e sim assegurar a vigência de expectativas comportamentais oficiais. Em segundo lugar, caso a intimidação funcionasse, aqueles crimes com penas mais severas tenderiam a diminuir gradualmente, e não a aumentar, como se constata.

As teorias abolicionistas, por sua vez, prescrevem uma realidade ainda não alcançável do desenvolvimento humano. O sistema penal ainda é fundamental para a

---

<sup>314</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 152.

<sup>315</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 88.

manutenção das expectativas normativas de maior importância para a sociedade, e suas pautas de conduta não podem ser simplesmente “absorvidas” por outros ramos do direito.

Com efeito, ao desmascarar a pena, revelando-a como ela realmente é, a saber, expressão do poder de polícia do Estado<sup>316</sup>, propiciam-se condições para uma maior proteção dos direitos fundamentais do apenado.

(...) reconhecer que o direito penal é político compromete seriamente, e isto porque impõe a imediata definição de objetivos, bem como a consequente seleção dos meios para alcançá-los, obriga a delinear o sentido do exercício de poder que aspira a programar com seu sistema de regulação decisória, e arriscar-se a possíveis conflitos com as outras agências do sistema penal, quando não gera antagonismos e contradição com o outro exercício de poder, bem como para a prática do próprio poder.<sup>317</sup>

Finalmente, quais seriam os efeitos práticos da inserção do axioma “dignidade da pessoa humana” para o sistema penitenciário? É o que passaremos a expor no tópico seguinte.

## 5.6 Pragmática da Função da Pena à Luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos

Em decorrência da estrutura dialógica dos sistemas sociais, as modificações ocorridas dentro de um sistema nem sempre surtem seus efeitos tão somente dentro do próprio sistema; a tendência é que seus efeitos atinjam outros sistemas acoplados a ele, ou até mesmo todo o sistema social.

No que concerne ao advento do axioma “dignidade da pessoa humana” sendo inserido no sistema constitucional, por se tratar de norma jurídica de baixíssima densidade e alta polissemia, acaba por irradiar seus efeitos para além do sistema jurídico.

Assim sendo, quando se fala em efeitos práticos da função da pena à luz da teoria ora defendida, qual seja a dos sistemas autopoiéticos, a primeira afirmação que precisa ser feita é que as mudanças necessárias para que a pena se coadune com o sistema jurídico e surta seu efeito de “reintegração social” devem ser realizadas sistemicamente.

Explicamos. A operação de mudanças adaptativas tão somente no âmbito do sistema penitenciário, ou até mesmo do sistema penal, não surtiria o efeito necessário; é fundamental a mudança de todos os sistemas secundários vinculados ao mecanismo punitivo estatal.

<sup>316</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 115.

<sup>317</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 208.

Logo, mudanças fazem-se necessárias no sistema político – com a política criminal, ciência – com a criminologia, e, sobretudo, nos subsistemas jurídicos, como o processual e o penal.

A ousadia de apontar soluções para todo o sistema social poderia fazer com que o escopo deste trabalho, qual seja analisar a função da pena à luz do axioma “dignidade da pessoa humana”, perca seu foco. Daí que nos ateremos a apontar as modificações necessárias dentro do sistema penitenciário, deixando o apontamento das demais modificações – tão necessárias quanto as que serão aqui apontadas, frise-se – para trabalhos futuros.

Dessa forma, passaremos a delimitar os parâmetros da atuação do poder punitivo em face do axioma em comento.

#### 5.6.1 Propostas para Adequação do Sistema Jurídico com o Axioma “Dignidade da Pessoa Humana”

Fora constatado no primeiro capítulo que o sistema penitenciário não está conseguindo manejar a complexidade social que lhe compete. Em que pese o crime ser fenômeno normal e sua extinção ser utópica, os índices crescentes causam preocupação social e revelam as deficiências dos sistemas responsáveis pela sua manutenção em níveis sociais toleráveis.

Diante desse cenário, sugerimos algumas mudanças práticas para tanto poder harmonizar o sistema jurídico, ante o advento da “dignidade humana”, como aprimorar a capacidade do sistema de lidar com a complexidade social atual.

Passemos às propostas.

##### Proposta N. 1: A Extinção do Regime Fechado de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade como Possibilidade Inicial para a Maioria dos Delitos

Nossa proposta mais radical é a extinção da utilização do regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade como possibilidade inicial para praticamente todos os delitos. Em que pese aparentar ser uma sugestão leviana, passemos a fundamentá-la.

A ideia original pertence a Adolfo Borges Filho, que sugere a construção de estabelecimentos industriais e agrícolas, longe dos centros urbanos, próximos à natureza, onde

um programa multidisciplinar de socialização pudesse ser empregado. Afirma também o autor que não se pode mais admitir a prisão desumana do tipo “enjaulamento”, devendo essa espécie de sanção ser cumprida de forma digna e humana. Por fim, dispõe que todo o proveito do trabalho realizado pelo recluso deveria ter duas finalidades básicas: primeiramente, o sustento do próprio recluso, e, em segundo lugar, reparar os danos causados à vítima ou à sua família.<sup>318</sup>

Salientaremos agora os aspectos nos quais nos diferenciamos do pensamento do referido autor.

Apontamos no primeiro capítulo deste trabalho as principais mazelas que assolam o sistema penitenciário brasileiro – todas elas acentuadas pelo regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade. Não queremos afirmar com isso que as demais espécies de pena e regimes não tenham também problemas a ser corrigidos em prol de uma maior efetividade e adequação aos ditames constitucionais; o que queremos demonstrar é que o regime fechado é um atrator de infrações à dignidade humana.

Para Ferrajoli:

A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinqüência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão. Portanto, se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua.<sup>319</sup>

A complexidade das penitenciárias atingiu níveis tamanhos que o Estado praticamente perdeu seu controle interno.<sup>320</sup> A proposta apresentada permitiria um

<sup>318</sup> BORGES FILHO, Adolfo. **A prisão como pena alternativa**, Boletim IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, novembro de 2000.,p. 2/3.

<sup>319</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 378/9.

<sup>320</sup> No mesmo sentido, ver ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74: “(...) o sistema penitenciário não suporta a carga que lhe é destinada, disfunção à qual se alia uma legislação penal surpreendentemente liberal, no caso brasileiro, tornada ainda mais benevolente diante da ineficiência dos procedimentos forenses dogmáticos (estatais: legais e

esvaziamento das penitenciárias, permitindo, assim, que o Estado retomasse seu controle e pudesse lidar com a complexidade, então já em níveis razoáveis.<sup>321</sup>

Ainda que se atribua a razão dos problemas apontados à inefetividade da LEP, duas coisas precisam ser analisadas: primeiramente, faz-se mister frisar que a Lei de Execução Penal entrou em vigor em 1984; já se passaram 25 anos e ela jamais conseguiu efetividade plena; seria tão somente questão de tempo ou a lei foi feita para não ser cumprida, ou com propósitos indiretos? Já nos posicionamos acerca do tema, no capítulo um, para onde remetemos o leitor. Em segundo lugar, ainda que a LEP fosse rigidamente cumprida, ela prescreveria um regime fechado que teoricamente não infringe os ditames constitucionais – apesar de ser fato controverso – porém, na prática, ao se submeter a influências de fatores extrassistêmicos, tornam-na desumana, e, por consequência, inconstitucional.

“A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva”<sup>322</sup>, e tão somente em virtude do momento cultural em que nossa sociedade se encontra, é que ela deve ser mantida, porém apenas para situações extremas, quando nenhum outro meio possa ser utilizado.

Defendemos o máximo de efetividade das normas penais que garantam direitos para os reclusos.<sup>323</sup> Assim sendo, a LEP deve ser aplicada estritamente, tal qual preconiza a letra da lei, sem influências alopoiéticas que possam desconfigurar sua aplicação.

Por outro lado, em que pesem os fatores expostos, não podemos abrir mão por completo das penitenciárias, porém sugerimos sua restrição apenas para os casos abaixo mencionados:

- 1) Reincidentes em crimes com violência à pessoa;
- 2) Condenados à pena privativa de liberdade que não se adaptaram ao regime semiaberto, em virtude da prática de faltas graves.

jurisprudenciais).” “Apesar de reconhecermos o caráter liberal que permeia a legislação penal brasileira não compartilhamos do mesmo pensamento no que tange à pragmática da aplicação penal.

<sup>321</sup> Para Alberto Marques dos Santos, uma das principais medidas que devem ser tomadas para a redução da criminalidade é a retomada dos presídios pelo Estado. “O Estado precisa retomar o controle de uma parte de seu território, que hoje é comandada pelo governo do crime: os presídios. Enquanto o Estado não conseguir ter voz de comando nem mesmo dentro dos prédios públicos, como são os presídios, não terá autoridade para impor a lei nas ruas e nos morros. A retomada desse espaço depende de muito dinheiro, porque não se pode controlar as cadeias enquanto estiverem superlotadas e promíscuas.” (SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade: Causas e Soluções**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 104).

<sup>322</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 379/80.

<sup>323</sup> No mesmo sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 239.

Aqueles que se enquadrassem em uma das situações acima não poderiam ser mantidos em um ambiente de maior liberdade, em primeiro lugar por seu perfil violento, e, em segundo lugar, em virtude de não haver uma aceitação social para que indivíduos que tenham cometido crimes graves recebem sanções mais brandas.

Diferentemente do que propugna o autor, em nossa proposta devem-se privilegiar as colônias industriais em detrimento das agrícolas, visto tratar-se a sociedade brasileira de uma sociedade eminentemente urbana, permitindo assim uma maior adaptação do recluso às suas funções e uma melhor preparação profissional para se utilizar quando deixar a prisão.

Outra opção para os que nesse regime se inserissem seria a de se submeter, voluntariamente, a medidas de segurança terapêuticas, típicas da ideologia da prevenção social. Apesar de seu caráter duvidoso, só cerca de 3% das sanções são dessa natureza<sup>324</sup>, o que impossibilita uma avaliação concreta de seus efeitos.

Agora, frisemos, ainda que defendamos sua adoção, defendemo-la como modelo opcional, completamente voluntário; de outro modo haveria grande agressão à dignidade humana do apenado.

(...) O <<direito de não ser tratado>> é parte integrante do <<direito de ser diferente>> que não pode ser posto em causa nas sociedades pluralistas [leia-se, diferenciadas] e democráticas do nosso entorno cultural.

A afirmação do princípio do tratamento voluntário é, pois, uma evidência, segundo a dimensão de <<direito>> do recluso conferida à socialização entendida esta também como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>325</sup>

Finalmente, para o que chamamos de regime semiaberto, iriam todos os que fossem condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes hediondos e reincidentes específicos.

Todavia, o sistema ora proposto demandaria também uma reformulação nesse regime, que apesar de se utilizar do formato preconizado atualmente pela LEP, deveria importar alguns institutos do regime fechado, como a separação dos presos em razão do delito praticado, da idade e do sexo.

Ademais, em ambos os regimes deveriam ser adotadas práticas interdisciplinares não forçadas, com o intuito de proporcionar ao condenado meios legítimos de usufruir de sua estadia para poder seguir as expectativas normativas oficiais ao deixar o estabelecimento.

---

<sup>324</sup> ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. **Estudos der Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30.

<sup>325</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

Atualmente os presos têm a possibilidade de manifestar seu culto, sua arte, práticas esportivas, dentre outras atividades; sugerimos a administração de tais atividades pelo Estado, que, implantando programas adequados, estimularia (mas não condicionaria) a prática de esportes, atividades artísticas e religiosas.

A educação certamente ocuparia lugar de prestígio no sistema, conforme exporemos adiante.

## Proposta N. 2: A Utilização de Penas Restritivas de Direitos para Todos os Crimes Cometidos sem Violência à Pessoa ou Grave Ameaça

Uma grande quantidade de autores sugere uma melhor utilização das chamadas penas restritivas de direitos; nós sugerimos sua obrigatoriedade para todos os crimes que não se enquadrem nas características da proposta anterior.

Cada crime constitui uma unidade singular com características particulares de motivos, circunstâncias, motivos, consequências, vítimas, autores, etc.<sup>326</sup> Assim sendo,

(...) paradoxalmente, a lei (e o sistema), para ser igual, há de ser desigualmente aplicada *in concreto*, na medida em que, para ser verdadeiramente igual, tenha de atender à inevitável desigualdade dos casos, de sorte que, para tanto, é necessário flexibilizar; crescentemente, os modos de atuação do sistema penal como um todo – em especial, o direito e processo penal – confiando-se ao juiz e ao Ministério Público maior liberdade de decisão das “lides” penais, permitindo-lhes, dentro de um rol prefixado de possibilidades, optar por aquela menos injusta e menos inadequada para o caso concreto, sem prejuízo das garantias constitucionais.<sup>327</sup>

Com efeito, o rol provido pelas chamadas penas alternativas parece desempenhar tal papel com muita proficiência, que, devidamente ampliado, seria o meio mais efetivo de se adaptar a pena às particularidades da tríade crime/criminoso/vítima.<sup>328</sup>

As penas restritivas de direito, apesar de historicamente recentes no Brasil, têm demonstrado resultados satisfatórios. Os índices mundiais demonstram que a reincidência para os que cumpriram penas privativas de liberdade varia entre 70 e 85%, enquanto em

<sup>326</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 125.

<sup>327</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

<sup>328</sup> Roxin sugere que “no futuro deverá até forçosamente ser desenvolvida uma colorida paleta de sanções e reações, as quais, mesmo pressupondo uma ação punível, só em parte poderão ser denominadas penas” (ROXIN, Claus. *Tem futuro o direito penal?*. **Estudos der Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30).

relação àqueles que cumpriram pena restritiva de direito o resultado orbita em torno de 51%.<sup>329</sup> Dessa forma recomendamos seu uso como regra, e o encarceramento como exceção.

Como demonstramos no capítulo terceiro, partindo do pressuposto de que a pena tem como objetivo manter a vigência da norma infringida, a sanção precisa ser a menos intensa possível para, de acordo com a cultura local, manter sua efetividade.

Também sugerimos um melhor regramento na utilização de penas de natureza pecuniária, que surtem muito pouco efeito para aqueles que se situam em camadas economicamente mais baixas – a maioria da população brasileira – e para os que se situam nas camadas mais altas.<sup>330</sup>

### Proposta N. 3: A Fixação de um Período Máximo de 10 (Dez) Anos de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

Trata-se de proposta defendida por Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*, com a qual concordamos plenamente. Para o autor, todas as penas privativas de liberdade deveriam ser a curto prazos reduzidas a um máximo de dez anos, e a médio prazo a um limite ainda menor, pois:

“uma redução deste gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a idéia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou um talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão”.<sup>331</sup>

Para lançar mão dessa proposta, o autor aponta, paradoxalmente, as mesmas razões que estabeleceram a deslegitimação da prisão, a saber, a alta estigmatização provocada pela proliferação dos meios de comunicação, o progresso cultural que concebe a prisão, atualmente, como um sofrimento excessivo e inútil, e a relocação da função de prevenção geral para a polícia, em lugar de situá-la na aplicação penal.<sup>332</sup>

A pena precisa teoricamente corresponder em intensidade ao dano causado pelo crime. Ocorre que, em se proliferando a utilização da prisão como principal meio de

<sup>329</sup> MATTOS, Renata Soares Bonavides de. **Direitos do Presidiário e suas violações**. São Paulo: Método Editora, 2001, p. 170.

<sup>330</sup> Sustentando posição diversa ver ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. **Estudos der Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30.

<sup>331</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 381.

<sup>332</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 381.

penalização, torna-se difícil, se não impossível, quantificar a lesão resultante do ilícito penal em relação ao tempo que o condenado terá sua liberdade limitada legalmente.<sup>333</sup>

O legislador busca dominar o tempo como domina o espaço, delimitando o âmbito de deslocamento permitido para o apenado, como se, apesar de o tempo fora dos presídios ser relativo, passasse a ser absoluto dentro de seus muros.

Al construirse la prisión se pretende inmovilizar el tiempo de la pena. Separarlo del tiempo social que transcurre em el espacio social. La prisión es una construcción em el espacio para calcular de determinada manera el tiempo. Al fluir del tiempo se opone la firmeza del espacio. El orden jurídico, mediante la prisión, intenta dominar el tiempo. Parecería que el tiempo en el que transcurre la vida social normal fuese um tiempo relativo, y que el tiempo de la pena, que transcurre en la prisión, asumiera um carácter absoluto. (...) <sup>334</sup>

De fato o tempo intramuros se passa em uma velocidade diferente do tempo em sociedade; a rotina e a limitação espacial faz com que o tempo transcorra de modo muito mais lento; a repetição dos dias faz com que o condenado sinta cada segundo de forma muito mais intensa do que enquanto estava na sociedade.<sup>335</sup> “En la pena, la visión del presente se obscurece ante la expectación del futuro. El presente solo tiene valor como pasaje del futuro al pasado pues, como hemos visto, todo el ser está concentrado en la espera.”<sup>336</sup>

Com efeito, fixar-se a quantidade máxima de cumprimento de pena em 10 ou 30 anos não surte efeitos nem sob a perspectiva do indivíduo, que sente o tempo de forma relativamente diferenciada, nem sob uma perspectiva social, já que a sociedade moderna tem seu clamor apaziguado muito mais pela celeridade e eficiência processuais do que por penas excessivas, que muitas vezes terminam de ser cumpridas em gerações diversas das que clamaram por sua aplicação.

Ademais, como exposto mais de uma vez, se o propósito da sanção é manter a validade da norma, nossa linha de pensamento é sempre a mesma: deve ser executada da forma menos gravosa possível, que não impeça a absorção social da mensagem transmitida. Dessa forma entendemos que o limite proposto por Ferrajoli de 10 anos, cumpridos

---

<sup>333</sup> Nesse sentido, ver MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001, p. 20/1. Messuti fala da generalização do uso da prisão como principal meio de sanção, e a compara à aparição da moeda nas relações comerciais. Em termos luhmannianos, a pena se torna um meio de comunicação simbolicamente generalizado. Mais detalhes sobre “meios de comunicação simbolicamente generalizados em LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998, p. 149-150.

<sup>334</sup> MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001, p. 27.

<sup>335</sup> Nesse mesmo sentido, ver MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001, p. 35.

<sup>336</sup> MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001, p. 38.

integralmente no regime para onde o condenado fora destinado, coaduna-se perfeitamente com os valores de nosso sistema jurídico.

#### Proposta N. 4: O Fim da Progressão de Regimes

Apesar de limitar o cumprimento da pena em 10 anos, conforme defendido por Ferrajoli, ela deveria ser cumprida integralmente no regime para onde o condenado fora destinado.

O sistema de progressão de regimes, além de ser impraticável na maioria dos estados brasileiros, em face da simples insuficiência de estabelecimentos para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto, ou provoca um falso sentimento de esperança no condenado, que ao esperar passar para um regime mais brando é frustrado pela necessidade de permanecer onde se encontra em razão de sua inexistência, ou frustra a própria execução penal, ao realizar a progressão por saltos, ante a inexistência do regime intermediário.

Logo, em consonância com as propostas anteriores, podemos afirmar que a certeza do máximo de tempo de pena a ser cumprido apazigua mais as tensões penitenciárias do que a promessa de uma progressão discricionária, falha e até, algumas vezes, arbitrária.

#### Proposta N. 5: A Regularização do Uso de Novas Tecnologias pelo Sistema Penal

O direito sempre foi muito resistente à utilização de novas tecnologias à disposição. Ocorre que a complexidade social surte um duplo efeito: tanto provoca um crescimento no número e intensidade de problemas sociais, como também de tecnologias para minimizá-las.

Ao resistir a elas, o sistema jurídico acaba por ter de enfrentar problemas modernos com recursos obsoletos. Logo, afirmamos que toda tecnologia à disposição que não infrinja as normas vigentes deve ser amplamente usada para facilitar a execução da pena, não só no momento de sua aplicação, como também para a prevenção de delitos.

Claus Roxin afirma que é

(...) justificado que uma incessante vigilância através de câmeras ou a presença policial controlem instalações públicas, ruas e praças, nas quais se

saibam ocorrerem ações criminosas, bem como que rondas policiais protejam moradias privadas do perigo de arrombamento.<sup>337</sup>

Não só na prevenção, mas, principalmente, na execução das penas o uso de tecnologias poderia contribuir para reduzir a contingência social, auxiliando o Estado na efetividade da aplicação de suas penas. O uso de *chips*, satélites, câmeras, dentre outras tecnologias à disposição, desde que não conflite com a legislação vigente, em que pese representem um custo maior para o Estado, só tendem a contribuir com seu dever social.<sup>338</sup>

Ademais, lembremos que um preso custa em média oitocentos reais por mês,<sup>339</sup> ou seja, a adoção de tecnologias, se racional e proporcionalmente empregadas, poderia representar uma economia para o Estado.

#### Proposta N. 6: Proteção Maior à Imagem do Acusado/Condenado

Todo o processo penal, desde o inquérito à execução da pena, é extremamente constrangedor e aviltante. A pena só será aplicada do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o próprio processo não pode ser uma espécie de pena.

Com efeito, a imagem do acusado deve ser totalmente preservada até sua condenação definitiva, impedindo qualquer veiculação midiática de dados pessoais seus. E mesmo após o trânsito em julgado de sua condenação, a mídia deve ser autorizada a prestar as informações de utilidade pública, jamais a explorar a imagem do condenado em uma espécie de “*freak show*” que visa angariar mais público e, conseqüentemente, mais lucro.

Se as normas jurídicas que genericamente protegem a honra e imagem do preso não são efetivas, torna-se necessário um regramento mais preciso semanticamente, em que conste exatamente até onde vai o direito público à informação e onde começa o direito pessoal à não exposição.

Zaffaroni defende a “neutralização do aparelho de propaganda violenta do sistema penal, ou seja, a introdução de mensagens diferentes nos meios de comunicação em

---

<sup>337</sup> ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. **Estudos der Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30.

<sup>338</sup> Máxime se confrontado com os prejuízos advindos do custo total dos delitos praticados. Mais detalhes em CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

<sup>339</sup> Valor obtido através da divisão do gasto total realizado pelo sistema penitenciário no período de 1 mês dividido pelo número de reclusos no sistema. Dados encontrados em <[WWW.depen.mj.gov.br](http://WWW.depen.mj.gov.br)> acesso em 28 de março de 2009.

massa”.<sup>340</sup> De certa forma, ao defender um “controle técnico” de notícias e a exigências de “papéis menos violentos” dos meios de comunicação em massa, Zaffaroni está pregando a censura – tão repudiada em nossa sociedade, em razão da ditadura ocorrida em passado histórico recente. Todavia o autor se defende ao expor que:

O amplo direito à informação não é limitado quando não se impede a circulação das notícias, mas quando se proíbe inventar fatos violentos não ocorridos, mostrar pela televisão cadáveres despedaçados, explorar a dor alheia surpreendendo declarações de vítimas desoladas e desconcertadas, violar a privacidade de vítimas humildes e outros recursos semelhantes, como a incitação de brigas entre vizinhos de bairros populares, invenção de pseudo-especialistas em matérias que desconhecem totalmente, apresentação de profissionais desconhecidos como catedráticos, etc., isto é, a propagação de mensagens irresponsáveis que constituem uma deslealdade comercial com o simples objetivo de obter audiência, numa competição viciada que se considera normal na região.<sup>341</sup>

Devemos lembrar que os meios de radiodifusão são concessões do Estado, e, longe de ter de desempenhar funções meramente utilitárias, devem ao menos se abster de induzir e instigar ideologias atentatórias a direitos protegidos pelo próprio Estado.

#### Proposta N. 7: Novo Regramento do Trabalho Carcerário

Anabela Miranda Rodrigues propõe, em seu livro “Novo olhar sobre a questão penitenciária”, que o trabalho não seja imposto como obrigação para o condenado, e sim estimulado para os que optarem pela sua prática.<sup>342</sup> Concordamos plenamente.

O sistema atual confere “benefícios” ao recluso que trabalha. É a chamada remição, que se traduz no desconto de uma dia da pena a ser cumprida por 3 dias de trabalho prisional. Ocorre que esse modelo camufla o caráter coativo da execução penal, acentuando seu aspecto disciplinar.<sup>343</sup>

O preso tem direitos que devem ser assegurados, os quais não se podem confundir com benefícios, fornecidos quando o indivíduo provê mais do que se espera dele, seja em

<sup>340</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 175.

<sup>341</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 176.

<sup>342</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 94-101.

<sup>343</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 172.

matéria de comportamento, trabalho ou qualquer outro ato que contribua para sua socialização.

Para nós, um modelo a ser copiado foi o adotado pela Latchmere House, na Grã-Bretanha.

(...) a execução da pena assenta num contrato que os reclusos recém-chegados têm que assinar, fixando objectivos por um certo período de tempo. O não cumprimento destes objectivos implica, em último termo, o regresso a uma prisão fechada. Ao longo do tempo de cumprimento da pena, o recluso vai desenvolvendo o seu sentido de responsabilidade e autonomia. Uma progressiva abertura ao exterior – por exemplo, visitas às famílias – acompanham a evolução positiva do recluso.<sup>344</sup>

O trabalho, como também o estudo, não podem ser obrigatórios, mas devem ser amplamente estimulados, até mesmo como fatores decisivos na hora de conceder benefícios como a saída externa desacompanhada, *e.g.*

Concordamos com Anabela Miranda Rodrigues quando afirma que a base da socialização do preso é o consensualismo. Sem o aceite do próprio recluso, os efeitos sociais pretendidos são extremamente improváveis.<sup>345</sup>

Para lidar com tanta complexidade e contingência criminal, torna-se necessário uma gama maior de formas de cumprimento da sanção, partindo sempre de certa “liberdade negocial” do recluso. Daí ser importante haver formar de trabalho, estudo e cursos técnicos diferentes, à disposição dos reclusos, para, em escolhendo se e o que deseja fazer, poder se dedicar melhor e extrair melhores resultados, socialmente falando.

## 5.7 Fundamento, Legitimação, Objetivos e Finalidade da Pena

Por fim, convém fazermos uma breve análise de alguns aspectos presentes nas construções dogmáticas acerca das penas, já apresentados.<sup>346</sup>

Em que pesem as inúmeras divergências apontadas quando comparamos as referidas construções dogmáticas, cremos que há sérias confusões entre fundamentos, legitimação, objetivos e finalidade da sanção.

<sup>344</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 174.

<sup>345</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

<sup>346</sup> Ver item 2.

Fundamento é a base, o que constitui, de onde se origina; legitimação é o que torna determinada sanção aceita pela sociedade onde ela é aplicada; objetivos e finalidade, apesar de poderem ser utilizados como sinônimos em grande parte das vezes, comportam uma distinção meramente acadêmica para nossa explanação: objetivos são a razão de ser da sanção, enquanto finalidade se traduz no que ela deve alcançar. Podemos afirmar que o objetivo é o ser, e a finalidade o devir.

Como já afirmamos, o fundamento da pena é o poder de polícia do Estado. A pena não é, nem poderia ser, outra coisa senão a própria expressão máxima do poder que a sociedade atribui ao Estado de manter a segurança social.

É na legitimação que se situam os maiores perigos das construções doutrinárias em comento. Ao longo dos séculos, as teorias têm sido capazes de justificar as mais variadas espécies de penas, das mais brandas às mais desumanas; aliás, esse é o objetivo das teorias legitimantes. O cuidado que deve ter o cientista do direito é de verificar se elas se coadunam com os objetivos e finalidades que o sistema jurídico prevê para a sanção.

Os objetivos, como mencionamos no terceiro item deste trabalho, podem ser divididos em primários e secundários. Primariamente a sanção tem como objetivo a manutenção da vigência da norma, e, secundariamente, resguardar o valor protegido pela norma (assegurando que ela atinja sua efetividade).

Por fim, o lexema “finalidade” está sendo empregado por nós como “sentido a ser contínua e perseverantemente buscado”. Certamente possui uma carga ideológica maior em sua semântica. Com efeito, a ideologia que permeia o sistema jurídico moderno é a de total proteção aos direitos e garantias fundamentais do apenado. Logo, outra não poderia ser a finalidade da sanção senão a tentativa de assegurar o mínimo de lesão aos direitos e garantias fundamentais do apenado, e a máxima efetivação dos direitos de todos.

Analisando sob essa perspectiva, percebemos que as teorias acerca da pena não são de todo inconciliáveis e podem ter alguns de seus aspectos somados, contribuindo sempre para uma maior proteção dos direitos fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

Os problemas surgidos na execução das penas privativas de liberdade são de conhecimento popular. Logo após a proliferação dessa espécie de pena (entre o final do século XVII e o início do XVIII), os grandes pensadores da área já consideravam essa espécie de pena como fracassada e buscavam meios alternativos para substituí-la.

Existem vários estudos que buscam revelar os reais problemas do sistema prisional brasileiro e/ou apontar-lhe soluções efetivas, todavia, ao adentrarmos no século XXI os problemas são os mesmos, e em intensidade gradualmente maior.

Neste estudo utilizamos uma abordagem inédita: a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann como forma de salientar os aspectos da execução da pena privativa de liberdade que contrariam o sistema jurídico, bem como a resposta que o sistema jurídico deve fornecer para reagir às agressões aludidas.

O funcionalismo-sistêmico de Luhmann permite uma análise desromantizada e sistêmica da deslegitimação do sistema prisional. Ao se minimizar implicações ideológicas em discursos retóricos sobre a “falência” da pena de prisão, o que resta é uma realidade que nos mostra empiricamente o desrespeito à Lei de Execução Penal, que está atravessando um quarto de século e é uma afronta às normas constitucionais.

Em uma análise não totalmente desprovida de um cunho ideológico, mas utilizando a ideologia que o próprio sistema jurídico se atribui em sua Carta Constitucional, qual seja a que garante a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, obtivemos as seguintes conclusões:

1. Em que pese a Carta Constitucional vedar a aplicação de penas cruéis, a pena privativa de liberdade, sobretudo em seu regime fechado de cumprimento, produz fatores que, analisados de forma sistêmica, criam um ambiente nocivo à dignidade do apenado, onde imperam a falta de estabelecimentos devidos, a insalubridade dos estabelecimentos, a precariedade da alimentação, a proliferação de doenças contagiosas, a prisionalização – modificação da personalidade em virtude do enclausuramento prolongado –, a insuficiência de assistência jurídica, insuficiência de atividades laborais, a ocorrência de maus-tratos, a inconsistência do direito às visitas, a exploração da imagem do apenado pelos veículos de comunicação em massa, o aviltamento da pessoa do preso, perturbações de ordem psíquica, o estigma do egresso do sistema prisional, o comprometimento da família, que recebe

reflexamente os efeitos danosos referidos, do emprego, dentre outros não abordados por este trabalho.

2. No cenário descrito acima, a norma jurídica que veda as penas cruéis não está sendo observada. O termo “cruéis”, empregado no texto constitucional, não admite interpretação relativizada, ante a lesividade provocada pelo ato do apenado, *e.g.*. Logo, deve ser interpretada de forma absoluta, não admitindo a aplicação de sanções que, de acordo com sua semântica-diacrônica, sejam concebidas como cruéis.

3. Diante disso, resta-nos indagar por que o Estado não cumpre literalmente o que preconiza a LEP, tentando produzir um ambiente menos inóspito (e agressivo à dignidade) para o apenado. A resposta se restringe à chamada “reserva de possível”, insuficiência de recursos para concretizar o que a lei abstratamente dispõe. Todavia, demonstramos que pelo menos em três exercícios orçamentários, quais sejam 2003, 2004 e 2005, as verbas destinadas ao sistema prisional não foram completamente aplicadas, sendo em um deles, no ano de 2004, empregado apenas 50% do que fora destinado. Fulminando o argumento da reserva do possível, percebe-se que o que falta é vontade política de se colocar em prática o que a lei dispõe, é mero descumprimento voluntário da lei, como se a função social das leis que asseguram direitos aos apenados tivesse papel meramente simbólico.

4. Ao longo dos séculos, uma série de estudos foram realizados com o intuito de buscar os fundamentos da aplicação da pena pelo Estado, o que resultou em um grande número de teorias, a maioria apenas legitimantes do poder estatal, que buscavam revelar a real função da pena. Dentre elas destacamos as teorias que tiveram maior recepção científica e apontamos suas falhas. As teorias absolutas, cujos maiores expoentes foram Kant e Hegel, colocam o apenado como mero sujeito passivo da força estatal; a pena reduzida a seu caráter retributivo se assemelha à vingança, valor que não pode ser recepcionado por um sistema jurídico que proteja de forma mais intensa os chamados direitos fundamentais. No que concerne às teorias relativas, demonstramos que a teoria da prevenção especial “romantiza” a execução penal, mas confunde fundamento, função e finalidade. Outros autores importantes a incorrer no mesmo erro foram Claus Roxin e Luigi Ferrajoli. Roxin criou uma teoria rica, plurifuncional, para a pena, entretanto, longe de explicar sua função, legitimava o uso da força pelo Estado. Ferrajoli desenvolve uma teoria moderna, sólida e em consonância com os ditames de um Estado garantista, porém, da mesma forma, confunde fundamentos, objetivos, função e finalidade da pena, desenvolvendo uma teoria descritiva de uma aplicação penal garantista.

5. Dentre os teóricos da pena, os que se aproximaram mais da visão “desromantizada” da pena foram Günther Jakobs, Saulo de Carvalho e Hans Welzel, este último em menor escala. Jakobs foi o autor que transportou o pensamento sistêmico de Luhmann para o direito penal, e acabou sendo alvo de inúmeras críticas, sobretudo pela insuficiência, por parte de seus críticos, de conhecimento mais aprofundado na teoria dos sistemas. Outra parte de suas críticas se dá em virtude de Jakobs ter se utilizado do Luhmann em sua primeira fase, quando este mesmo autor declarou que sua teoria estava incompleta. Apenas quando desenvolve sua teoria dos sistemas autopoieticos Luhmann considera sua teoria completa, porém precisando ser eternamente aperfeiçoada. Hans Welzel, teórico classificado juntamente com Jakobs nas teorias da prevenção geral da pena, peca, sobretudo, ao atribuir à pena a função primordial de defesa dos bens jurídicos protegidos pela norma. A função da pena é, na verdade, bipartite, primordialmente protege a norma de sua perda de vigência, e, secundariamente, acaba por resguardar o bem jurídico protegido pela norma. A contribuição de Saulo de Carvalho é em relação aos fundamentos da pena. Em uma análise crítica, Carvalho concebe a pena como expressão do poder de polícia do Estado. Com efeito, concebemos a pena como, fundamentalmente, sendo expressão do poder estatal, mas tendo como objetivos defender a norma jurídica de sua perda de validade (objetivo primário), e os valores protegidos pelas normas em um segundo momento (objetivo secundário), sempre tendo como fim a “reintegração harmônica do condenado em sociedade”.

6. A Constituição Federal situa a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, porém a imprecisão semântica do lexema “dignidade” torna difícil o controle de sua aplicação jurídica, convertendo tal norma, muitas vezes, em mera norma programática, o que não é juridicamente tolerável no Estado moderno. Sua precisão semântica se mostrou tarefa hercúlea, o que nos fez concluir que a efetividade da dignidade humana, por se tratar de um verdadeiro plexo de direitos fundamentais, dá-se pela efetividade de todos os direitos fundamentais. No que tange à questão penal, a proteção da dignidade humana do apenado ocorre com a efetivação de todos os seus direitos fundamentais pelo menos em seu mínimo existencial.

7. Um dos pontos de crítica da teoria luhmanniana é em relação à visão dos axiomas na teoria dos sistemas. Sumariamente, o discordo se dá entre a posição hierárquica das normas axiomáticas, visto que Luhmann não prevê sua ascendência hierárquica. Concordamos com seu posicionamento, mas, em que pese não poderem ser consideradas hierarquicamente superiores, são normas dotadas de grande importância, pois proporcionam uma maior abertura

cognitiva do sistema jurídico para os demais sistemas, podendo fornecer uma maior proteção aos direitos fundamentais.

8. Analisando a execução penal brasileira, constatamos que, ainda que a LEP seja aplicada em seu inteiro teor, o que parece tarefa de resolução no mínimo bastante improvável, se não impossível, ela produz uma série de malefícios não previstos no plano teórico, mas que surgem da pragmática da execução, produzindo os efeitos danosos mencionados no primeiro item desta conclusão. Destarte, em que pese normalmente não ser nosso maior problema a produção de leis, e sim sua aplicação, algumas mudanças precisam ser feitas para harmonizar o sistema jurídico, ou seja, para que a legislação infraconstitucional acerca da execução da pena – quase toda anterior à Carta de 1988 – se coadune com os valores preconizados pela Constituição. Certamente as medidas tomadas não podem ser restritas à seara da execução penal, porém assim o fizemos por questões metodológicas. Para efetuar-se a harmonização referida, sugerimos sete propostas, a maioria já defendida por outros estudiosos, a saber, a extinção do regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade como regime inicial para praticamente todos os delitos, a intensificação do uso das penas restritivas de direito, tanto em sua aplicação judicial como no aumento do rol de espécies pelo legislador, a limitação em 10 (dez) anos do tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, o fim da progressão de regimes, a regularização do uso de novas tecnologias pelo sistema penal, uma proteção jurídica maior à imagem do acusado/condenado e, por fim, um novo regramento ao trabalho carcerário, primando pela voluntariedade e pluralidade de atividades laborais.

A pena de prisão tem de ser extinta, mas a sociedade brasileira, em sua estrutura atual, ainda não está pronta para essa medida. Consequentemente, precisamos limitá-la gradativamente, até sua completa extinção. As medidas sugeridas são concretizáveis no momento histórico-cultural em que vivemos e, apesar de provavelmente provocar reações sociais, o que é normal quando se trata de mudanças bruscas, mostram-se de extrema importância para a harmonização das normas jurídicas de execução penal com o axioma dignidade da pessoa humana. A permanência da configuração atual dá azo à existência de normas simbólicas, o que provoca uma gradual perda de efetividade do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- AIDS no Presídio: Uma bomba epidêmica sob as grades. Disponível em <<http://www.arcadenoe.org.br/aids/presidios.htm>>. Acesso em 28 de março de 2009.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal, v. 1: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: 2007.
- BORGES FILHO, Adolfo. **A prisão como pena alternativa**, Boletim IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, novembro de 2000.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.

BUTA, Cirelene Maria da Silva; LINHARES NETO, Benon. O recluso: objeto ou sujeito da execução da pena privativa de liberdade?. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, vol. 1, n. 19, jul./06-dez/06, p. 51-55.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Podium, 2008.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

\_\_\_\_\_. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. **As formas do conteúdo**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Cláudia de Miranda Avena. Ver. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, R. E. Participação da comunidade na execução penal: realidade e perspectivas. In: **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, v. 1, n. 17, jul./04-dez/04, p. 154-169.

FREUD, Sigmund. **Além do princípio do prazer**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XVIII. Rio de Janeiro. IMAGO 1974.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar na civilização**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XXI. Rio de Janeiro. IMAGO 1974.

\_\_\_\_\_. **Totem e tabu**. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, v. 1. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direitos fundamentais e direito policontextual: uma aproximação sociológica à questão da (des)igualdade. **Autopoiese e constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade**. Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF, 2005, p. 83-111

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad, Edson Bini – São Paulo: Edipro, 2003.

LEMGRUBER, Julita. Combate ao tráfico no Complexo do Alemão completa um ano sem diminuir violência. **DiviNews: o seu jornal on line**. 2 de maio de 2008. <<http://www.divinews.com/brasil/54-geral/637-combate-ao-traffic-no-complexo-do-alemao-completa-um-ano-sem-diminuir-violencia.html>>. Acesso em 27 de maio de 2009

\_\_\_\_\_. Controle da criminalidade: mitos e fatos. **Revista Think Tank**. São Paulo: Instituto Liberal do Rio de Janeiro, 2001. Disponível em <[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade\\_mitos%20e%20fatos\\_Lemgruber.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade_mitos%20e%20fatos_Lemgruber.pdf)>. Acessado em 27 de maio de 2009, p. 11 a 17.

\_\_\_\_\_. Criminalidade: sete teses equivocadas. **ARP**. 2 de julho de 2009. Disponível em <[http://www.arp.org.br/publicacoes\\_art.php](http://www.arp.org.br/publicacoes_art.php)>. Acesso em 27 de maio de 2009

LIMA, Alberto Jorge C. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. In: **Revista do Ministério Público – Alagoas**. Nº 6. Julho/Dezembro de 2001.

LISZT, Franz Von. **A idéia do fim no direito penal**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Editora Rideel, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da ‘Reserva do Possível. **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos Editorial Del Hombre, 1996.

\_\_\_\_\_. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MARCO, Anelise de. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. **Autopoiese e constituição**: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF, 2005, p. 29-82.

MATTOS, Renata Soares Bonavides de. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método Editora, 2001.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

MERTON, Robert. **Teoría y estructura sociales**. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. USP. São Paulo, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11.7.1984**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. Florianópolis: Ed. da UFSC/Assembléia Legislativa de Santa Catarina, 1984.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal** – Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Léo Peixoto. A (des)estruturação das estruturas e a (re)estruturação dos sistemas: uma revisão epistemológica crítica. **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann**: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais. Léo Peixoto Rodrigues; Daniel de Mendonça (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 35-67.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30.

SÁ, Alvion Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Pacto de San José da Costa Rica**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade**: causas e soluções. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VELOSO, Joe Tennyson. Política criminal e complexidade. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**, v. 1, n. 19, jul./06-dez./06, p. 102-132.

VERSIGNASSI, Alexandre *et alii*. Evolução da Evolução. **Superinteressante**, São Paulo, n.º 240, p. 60 – 68. jun 2007.

VILHENA, Oscar Vieira (Org.). **Direitos Humanos** – normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.

VILLAS BÔAS, Bruno. IBGE: desemprego fica estável em 8.8% em maio. **O globo: economia**. 25 de junho de 2009. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2009/06/25/ibge-desemprego-fica-estavel-em-8-8-em-maio-198902.asp>>. Acesso em 29 de junho de 2009.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

WWW.depen.mj.gov.br (acessado em 28 de março de 2009)