

Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

Resumo: O trabalho afirma que a precária situação do sistema prisional se deve em grande parte à insuficiência do método de viés linear ou cartesiano empregado pelos operadores do direito ao tratar da questão. A partir desse marco, o artigo propõe a aplicação de certo método sistêmico ao direito da execução penal: a teoria de sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann. Desse modo, afirma-se que o direito é formado por processos comunicativos, a serem trabalhados com base nos elementos conceituais dos sistemas autorreferentes. Isso possibilitou eleger um código binário específico para o direito da execução penal, sem abandonar o ideal de ressocialização, mas ressignificando-o, a fim de lhe conferir o sentido de não dessocialização. E, da mesma forma, encontrar um programa correspondente a esse código binário. O emprego do referido método possibilita que os déficits de ressocialização sofram a ação de mecanismos de compensação, podendo resultar na diminuição quantitativa da pena (redução nominal do tempo) e na alteração do modo de cumprimento ou de extinção da pena.

Palavras-chave: Execução penal. Método. Teoria de sistemas. Niklas Luhmann.

Introdução

Inicialmente, a prisão não era um local ou uma instituição para o cumprimento de pena. Até o advento da Idade Moderna, de modo geral a prisão era destinada às pessoas que aguardavam sua sentença. Não existia a concepção de prisão-pena, salvo em raras situações. No século XVI, surgem as primeiras prisões destinadas ao cumprimento de penas: *House of Correction*, de Bridewel, Londres (1552); *Rasphuys* para presos, e *Spinshyes* para presas, na Holanda (1595 e 1597, respectivamente);

Recebido em 15/5/15
Aprovado em 12/6/15

Hospício de São Miguel, Roma (1703); *Maison de Force*, Bélgica (1775), entre outras.

O pensamento cientificista dominante até meados do século XIX direcionava o estudo das prisões preponderantemente para a estrutura física das penitenciárias. O questionamento daquele pensamento reinante – que pretendia explicar tudo no mundo mediante bases estritamente científicas – ensejou uma mudança de rumo, permitindo que a ciência penitenciária se voltasse mais para o estudo da pessoa destinatária das instalações prisionais: o preso. O primeiro congresso da Comissão Penitenciária Internacional ocorreu em Londres (1872). Outros vieram: São Petersburgo (1890) e Budapeste (1905). Em 1929, a Comissão Penitenciária Internacional tornou-se Comissão Internacional e Penitenciária. Seguiram-se importantes congressos, merecendo destaque o de Palermo (1933), em que ficou definido que “o direito penitenciário consiste num conjunto de normas jurídicas que regulam a relação entre o Estado e o condenado, desde quando a sentença condenatória legitima a condenação até que dita condenação se finde no mais amplo sentido da palavra” (MIOTTO, 2001, p. 443).

A par disso, desenvolveram-se profícuas discussões sobre os fins da pena, que até a presente data não terminaram. Deu-se notável enriquecimento de uma provocante questão: desvendar para quê, afinal, se aplica uma pena criminal. De todo modo, restam poucas dúvidas de que a pena deve ter uma finalidade. Não pode ser uma instituição desvinculada de objetivos.

A evolução experimentada pelo estudo da pena e pelo penitenciarismo propiciou as condições necessárias para que fosse erigido um notável marco normativo disciplinador sobre o modo e os limites da execução da pena privativa de liberdade: Regras Mínimas das Na-

ções Unidas para o Tratamento dos Reclusos (Regras Mínimas), em 1955.

Por outro lado, paralelamente, a evolução dos direitos humanos e a bem sedimentada afirmação desses direitos criaram campos dialogais estreitos com a execução da pena privativa de liberdade. Nenhuma dúvida resta de que a pena privativa de liberdade deve ser executada sem o uso de práticas abusivas ou degradantes, como tortura e maus tratos.

Por isso, surpreende que, apesar do tempo e dos estudos já realizados, ainda existam diversas dúvidas sobre a execução da pena privativa de liberdade.

1. Evolução e situação do tema

A persistência da prática de desumanidades, maus tratos e torturas no sistema prisional revela a necessidade de estudo jurídico e de efetivação de direitos. Sabe-se que o tratamento digno na prisão deve ser efetivado. Isso é uma necessidade de efetivação. Afirma-se que a ressocialização do preso deve ser concretizada. Isso também é uma necessidade de efetivação. Todavia, pouco se sabe sobre o conteúdo daquilo que se convencionou chamar de *ressocialização*. Eis, então, uma necessidade de delimitação conceitual e teleológica.

A busca dos conceitos e limites da pena em execução parece ter sido pouco profícuo até aqui. Mais de um fator contribuiu para essa frustração, a começar pelos esforços feitos pela dogmática, que se orientaram fortemente para o estudo dos fins da pena até o momento de sua imposição e, em menor intensidade, para a investigação do que se objetiva na fase executiva. O interesse da doutrina ocorreu preponderantemente relativamente aos contornos de uma pena considerada estaticamente, em detrimento de estudos sobre a pena em movi-

mento, isto é, da pena em seu momento dinâmico, quando é executada.

Também contribuiu para o pouco conhecimento sobre o tema o desencanto sobre os ideais *re*. O fim da Segunda Guerra e o advento de suas consequências negativas exigiram que os Estados se posicionassem abertamente em favor da recomposição e do amparo aos necessitados, que não se limitavam aos filhos da guerra, mas também de um novo mundo, debilitado produtiva e economicamente. O amparo aos que sofreram as consequências da guerra foi capitaneado pela política do *welfare state*, marcada pela geração de empregos, aumento da seguridade social, controle de mercados, distribuição de riquezas e regulação econômica. Nesse contexto, surgem condições para atribuir à execução da pena os fins de reinserção social do preso, reeducação do condenado, readaptação do detento, recuperação do interno ou, afinal, a ressocialização do sentenciado – dado que a reinserção do condenado na sociedade também passou a ser uma atribuição do Estado.

Todavia, o *welfare state* entra em crise nos anos 70, abalado pela nova ordem que forjou um mundo caracterizado por eficientismo, competitividade e materialismo. Daí foi pequeno o passo para ressuscitar os tons retributivos no sistema penal, com a retomada de políticas criminais totalitárias. Esfacelaram-se as bases das políticas sociais que propiciaram o modelo ressocializador e respectivos ideais *re* (ressocialização, reinserção e readaptação do condenado). Abriu-se, assim, espaço para a resignificação do encarceramento conforme os potentados vigentes na ordem econômica e política dominante (TEIXEIRA, 2006).

Ainda, a escassez de interesse pelos fins da execução da pena privativa de liberdade deve-se às pressões sociais por segurança pública. O desenvolvimento das novas tecnologias surgidas com a Segunda Guerra e seu uso (ou

ameaça de uso) durante a Guerra Fria, as catástrofes ambientais, a volatilidade de mercados, o enfraquecimento das soberanias estatais que se curvaram à *lex mercatoria*, o aumento do terrorismo, entre muitos fatores, ditaram exigências por maior segurança pública, a qual foi prioritariamente reclamada por grupos que se sentiam inseguros diante dos diversos riscos que percebiam ao seu redor. Uma das características das pressões sociais de emergência é a irreflexão ou pouca racionalidade na definição de meios para alcançar a finalidade geral perseguida. O clamor por mais segurança pública não fugiu dessa regra. Diante das pressões sociais, os governos tendem a reagir de modo também objetivo e menos refletido, em busca de soluções que rapidamente acalmem as massas. Desse modo, fixaram-se pautas desatreladas de estratégias inteligentes e democráticas de prevenção e com enfoques fortemente beligerantes. Foram aumentados os tipos penais. Criaram-se novos crimes, muitos desnecessariamente. Diminuíram-se as exigências para o encarceramento. Prendeu-se mais, mesmo que o poder público não tivesse condições de dar fins preventivos ao encarceramento, não contasse com vagas em unidades prisionais, nem profissionais no sistema penitenciário em quantidade suficiente. O aprisionamento tornou-se socialmente satisfatório, desde que o autor do crime ou suposto autor do crime permanecesse afastado do meio aberto. Com essa prática, que ainda persiste, tenta-se atender às demandas sociais de maior segurança, embora se obtenha apenas a diminuição pública da *sensação* de insegurança pública.

2. Insuficiência metodológica

Um dos mais graves produtos desses contextos foi a compreensão da execução da pena

privativa de liberdade conforme racionalidades lineares, nas quais o contexto ou o relativo são desconsiderados ou mal apreciados, fazendo com que a prisão seja vista como o remédio para as aflições sociais. Revelou-se clara a preferência pelo método cartesiano de tratar a execução penal e o encarceramento.

Esse método, evidentemente, tem-se revelado insuficiente. Não foi capaz de inspirar reflexões maiores sobre os objetivos da execução da pena privativa de liberdade. Pior, quando o fez, levou o intérprete a conclusões equivocadas, a relações e ilações indevidas. Tome-se como exemplo, entre tantos, o que ocorre com o tratamento dado pelas câmaras criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) à insuficiência de vagas no regime semiaberto. Como se sabe, a progressão de regimes prisionais não admite saltos. Um preso que cumpre pena no regime fechado não pode passar diretamente ao regime aberto, devendo obrigatoriamente progredir, antes, para o semiaberto. Entretanto, não existem vagas suficientes nesse regime intermediário. Só são possíveis duas soluções: ou o sentenciado permanece no regime fechado enquanto não surge a vaga, ou é remetido pelo juiz ao regime aberto. A orientação pacificada no STF e no STJ é que haverá constrangimento ilegal caso o condenado aguarde no regime fechado. Conforme pesquisa que analisou mais de 550 acórdãos do TJSP, em 2011:

Das dezesseis Câmaras do TJ, a 1ª, 2ª, 7ª, 12ª e 16ª mostraram-se predominantemente favoráveis à determinação de alguma medida para fazer cessar o constrangimento ilegal de se submeter o sentenciado a regime mais grave do que o imposto na sentença. Isto é, a despeito do entendimento que vem se consolidando no STJ e no STF de que o apenado não pode aguardar vaga em regime mais rigoroso, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) apenas cinco das dezesseis Câmaras de Direito Criminal adotaram esse posicionamento como predominante (ISERI, 2012, p. 72).

Não raro, vincula-se a solução mais rigorosa e desfavorável ao sentenciado a questões de segurança pública. Assim, consigna o acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 0583209-58.2010.8.26.0000, da 3ª Câmara Criminal do TJSP, em 12/04/2011 que

não se mostra recomendável o seu imediato encaminhamento para P.A.D. ou regime aberto, mormente porque, além de desfavorecer o processo de reeducação, pode implicar risco social a colocação praticamente em liberdade de reeducanda cuja terapêutica penal não se sabe se foi por ela assimilada de modo a ser devolvida, de pronto, para o seio da sociedade, medida que exige maior cautela, a fim de que se evite comprometimento da segurança pública, seriamente abalada pela crescente onda de violência que toma conta das cidades brasileiras (SÃO PAULO, 2011).

Sobre os direitos discutidos na execução da pena de prisão, polarizando-os como direitos fundamentais (da pessoa presa) *versus* direito à segurança pública, serve de exemplo o acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 2014861-35.2015.8.26.0000, da 10ª Câmara Criminal do TJSP, em 05/02/2015:

A tensão entre o direito do paciente de ser transferido e a ausência de vagas adequadas no sistema prisional, por insuficiências ou deficiências estruturais da Administração Pública, não pode ser resolvida em prejuízo da sociedade em geral, em flagrante violação do mandamento constitucional de que todos têm direito à segurança e à ordem pública (SÃO PAULO, 2015).

Também, entre muitas decisões, no *Habeas Corpus* nº 0072242-69.2014.8.26.0000, da 16ª Câmara Criminal do TJSP, julgado em 16/12/2014, decidiu-se:

Com efeito, a questão é tormentosa, principalmente por cuidar de conflito de interesses primários: de um lado, o direito do sentenciado de cumprir a pena nos estritos limites da condenação, observados os incidentes da execução, e, de outro, o direito da sociedade à segurança e proteção do Estado (SÃO PAULO, 2014).

Na decisão acima citada, fica clara a polarização entre os direitos discutidos, a saber, de um lado a segurança da sociedade e de outro o direito à progressão.

O método usualmente empregado para tentar equacionar as intrincadas situações de execução penal gera a ilusão de que os direitos previstos na Lei de Execução Penal (LEP) são *benefícios* dos presos condenados, e não direitos. Em inúmeros pronunciamentos da jurisprudência consta que a progressão de regime prisional constitui um *benefício* do sentenciamen-

do, como se o mecanismo de passagem de um regime a outro fosse uma deferência ou um favor que o sistema penitenciário concede àquele que cumpre uma pena privativa de liberdade.

É perceptível não apenas o esgotamento do método cartesiano. Também é possível constatar que os operadores do direito sequer recorrem a conhecidos esquemas de hermenêutica, que pudessem dar alguma riqueza à apreciação dos casos. Não se observa, nem mesmo o uso das interpretações objetiva, subjetiva, teleológica, sistemática, histórica ou gramatical.

3. Processos comunicativos e direito

Diversos nomes foram cunhados para a sociedade contemporânea ou para o momento mundial: sociedade do risco (BECK, 1998), sociedade pós-moderna, modernidade amadurecida (GIDDENS, 1999), modernidade reflexiva (BECK; GIDDENS; LASH, 1997), sociedade da informação (CASTELLS, 2000) etc. Qualquer que seja o nome que se pretenda dar à sociedade contemporânea, fato é que a interpretação jurídica tradicional já não consegue dar respostas satisfatórias. Isso ocorre em razão das inusitadas e cambiantes situações que surgem todos os dias no palco da vida. Na feliz comparação de Giddens (1999, p. 59), “viver no mundo moderno é mais semelhante a estar a bordo de um carro de Jagrená em disparada do que estar num automóvel a motor cuidadosamente controlado e bem dirigido”.

Não é por outra razão que os métodos comunicativos têm ganhado espaço e simpatia entre os que se inquietam com o atual estado das coisas. Assim, por vezes, recorre-se à penetração da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas no campo jurídico; por outras tantas vezes, utilizam-se as bases da teoria de sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann.

Ainda que ambas as teorias sofram com as críticas que lhes são dirigidas, a dialética comunicativa metodológica proporcionada por suas propostas parece satisfazer às exigências para operar o direito hoje, uma vez que rejeitam apriorismos, realidades pré-determinadas e axiomas, abrem-se ao diálogo com as demais realidades e permitem a reordenação dos conhecimentos jurídicos e metajurídicos.

Também não é por outro motivo que o direito penal se vem “funcionalizando” e, com isso, tem-se tornado um direito penal 1) preponderantemente voltado para as consequências que provoca; 2) em busca de sua missão, e não mais dos fins da pena; 3) ponderador dos interesses em jogo; 4) previdente de perigos; e 5) promotor de programas flexíveis de decisão (HASSEMER, 1999, p. 32). Quanto ao sistema penal, tornou-se prioritário demonstrar que ele próprio desempenha satisfatoriamente suas funções, ao mesmo tempo produzindo resultados favoráveis e impedindo os desfavoráveis (HASSEMER, 1999, p. 35).

Seja Habermas ou Luhmann, nenhum deles está isento de críticas, e a polêmica entre ambos, por suas concepções, é conhecida. A maioria da doutrina aceita melhor o direito em Habermas. Aqui, ainda, preferimos Luhmann, devido a sua visão da sociedade como um sistema, sem resvalar na utopia em que Habermas acaba caindo quando fala sobre um consenso universal, ao qual chama de “U” universal (AMARAL, 2007, p. 140). Ademais, em Luhmann, “[...] ao menos no caso da teoria de sistemas, se refere sempre ao mundo real. O conceito de sistema significa, pois, algo que realmente é um sistema e, portanto, assume a responsabilidade da verificação de suas proposições em relação com a realidade” (LUHMANN, 1990, p. 41). Aqueles que rejeitam Luhmann o fazem geralmente por não conhecer a inteireza de sua obra, ou por conhecê-la mal (ALCOVER, 1993, p. 26-27).

4. Teoria de sistemas e direito

Expor detalhadamente a teoria de Niklas Luhmann nos limites deste trabalho seria impróprio devido à sua extensão e complexidade. Trata-se de uma teoria com pretensões de universalidade (LUHMANN, 1990, p. 47). Sugere-se a leitura do excelente resumo da teoria de sistemas de Luhmann feito por Ignacio Izuzquiza, em língua espanhola, na introdução à obra de Luhmann (1990), *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*.

Todavia, seria um erro metodológico deixar de discorrer aqui sobre a teoria de sistemas autopoieticos de Luhmann, mesmo que o façamos em termos muito resumidos, apenas para que possamos chegar a) aos conceitos de *complexidade*; b) aos mecanismos de *programa e código binário*; e c) até mesmo para provocar o leitor a aceitar a sugestão acima feita. Vejamos.

Para Luhmann, a sociedade é um sistema autorreferencial ou autopoietico, isto é, trata-se de um sistema que somente pode produzir operações na rede de suas próprias operações e, desse modo, o sistema produz a si mesmo (e não apenas suas estruturas), assim como um computador que fosse capaz de produzir o seu próprio programa, mas não pudesse criar-se a si mesmo. Logo, é o próprio sistema que determina o que é ou não relevante para si, não necessitando importar operações que se realizam no seu entorno. Um sistema, assim, apenas produzirá as operações que são necessárias para produzir mais operações (LUHMANN, 1996, p. 90). Com isso, opera-se na sociedade uma movimentação interna e fechada, que a faz vivamente referida a si mesmo, cada vez mais complexa e ao mesmo tempo retroalimentando-se dessa complexidade para tornar-se funcionalmente operante. Complexidade é a superabundância de relações, possibilidades e conexões, com tal intensidade que não é mais

possível uma correspondência biunívoca e linear de elemento para elemento (IZUZQUIZA, 1990, p. 16). O aumento da complexidade social produz subsistemas. Daí, existem os subsistemas político, educacional, jurídico, religioso, científico, econômico etc., sendo que um subsistema, ao tornar-se mais complexo, pode possibilitar a criação de outro(s) subsistemas(s). Isso não significa que a sociedade é um grande sistema formado por pequenos sistemas. A sociedade é o sistema, sendo que os subsistemas simplesmente existem como sistemas sociais diferenciados entre si que permitem acoplamentos estruturais entre si, por meio dos mecanismos de abertura/fechamento, sendo cada subsistema entorno em relação ao outro. É a diferença entre sistema/entorno que torna possível o sistema (LUHMANN, 1996, p. 97). Nesse esquema, a comunicação é a própria essência do sistema. É esta – a comunicação – a exata operação que realiza a autopoiese do sistema e que, desse modo, delimita o sistema em relação a todos os demais (LUHMANN, 1996, p. 217).

Cada sistema é diferenciado, portanto, em relação ao outro, operando com diferentes códigos, os quais

asseguram a unidade operacional do sistema, pois é a partir de sua especificidade que o sistema se distingue de seu entorno. Contudo, o código, por si só não permite que o sistema se feche, mas, sim, apenas que ele crie os enlaces de suas operações. É assim que o código precisa ser complementado pelos programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, ao estabelecerem as regras de adjudicação dos valores do código, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores, permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta. [...] Os programas servem à função do sistema (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 202).

Cada sistema possui um código binário, o qual dá sentido à comunicação (no sentido de fazer sentido). No caso do sistema jurídico, esse código é lícito/ilícito.

O direito é um sistema normativamente fechado; todavia, ao mesmo tempo, apresenta abertura cognitiva, isto é, não está isolado de seu entorno. Ao contrário, abre-se, seletivamente, para este, o que possibilita suas operações autorreferenciais.

Desse modo, o direito representa uma expectativa normativa generalizada. As normas “são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (LUHMANN, 1983, p. 57). Assim, quando alguém age contrariamente à norma, emite uma mensagem no sentido de que não reconhece aquela norma violada como válida. A interpretação jurídica resultante dos processos decisórios formais que vier a consolidar-se no caso concreto reafirma a validade da norma violada e atualiza

seu sentido. Com isso, mantém as expectativas sociais que recaem sobre o direito.

Diversos estudos propõem a aplicação da teoria de sistemas ao direito penal, e seus resultados afirmam que a função do sistema jurídico-penal é a estabilização de certas expectativas sociais, com a finalidade de que aqueles que participam da vida em sociedade possam estruturar sua conduta sem excessivos riscos de se frustrarem. Tais expectativas podem dirigir-se tanto aos outros participantes da vida em sociedade, como também ao próprio sistema (ROCHEFORT, 2005, p. 292).

A doutrina já responde à indagação sobre o que a teoria de sistemas pode oferecer à ciência do direito penal, asseverando que o benefício é a formação de uma dogmática jurídico-penal na qual é possível “uma heterodescrição científica da realidade social do direito penal, mantendo tal dogmática acessível também para a construção teórica interna ao direito”. Dois benefícios decorrem daí para a dogmática. De um lado, ela se torna “mais adequada à sociedade”. De outro, “ganha essencialmente em complexidade e profundidade teóricas, porque faz comparáveis hipóteses fáticas que até agora se consideravam incomparáveis” (BLECKMANN, 2005, p. 383).

5. O código binário da execução da pena de prisão: não dessocialização/dessocialização

A execução da pena privativa de liberdade tem um código binário bem definido. A pena em seu momento executivo é realizada numa instituição predominantemente fechada para o mundo exterior, cujos sujeitos passivos não têm controle sobre as decisões que são tomadas na governança institucional, com pouca ou nenhuma capacidade de enfrentar os riscos

criados pela ambiência. Logo, trata-se de uma população vulnerável inserida em uma instituição total (GOFFMAN, 1990).

Apesar desse contexto (instituição total + população vulnerável), o cumprimento da pena deve manter uma finalidade, para não se reduzir à mera expiação do delito, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito:

Atualmente, sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, não parece razoável a aceitação de uma perspectiva exclusivamente retributiva da pena, uma vez que sua racionalidade é abstrata, no sentido de realizar um ideal de justiça ou de recompor o direito enquanto sistema normativo abalado (SALVADOR NETTO, 2009, p. 214).

De modo geral, a finalidade que normativamente se admite como devida na fase de execução da pena de prisão é denominada ressocialização. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é direito interno no Brasil de hierarquia supralegal e infraconstitucional, conforme decidiu o STF no recurso extraordinário nº 466.343/SP e no *Habeas Corpus* nº 87.585/TO. Diz a CADH (1969), em seu art. 5º, § 6º, que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. As expressões “reforma e readaptação social dos condenados” são claramente ideais reorientados à ressocialização.

A LEP, por sua vez, em seu art. 1º, usa a expressão “integração social”. Isso, contudo, não significa que não está presente o ideal de ressocialização. Ele está, pois a LEP deve ser interpretada à luz da CADH, que lhe é superior.

Seja como for, o ideal de ressocialização não é factível devido ao paradoxo da prisionalização. Como incutir novos ou diferentes valores de convívio social em quem está longe

da sociedade? De que modo se podem realizar ações de solidariedade ou integração social justamente para um ser humano que está afastado da sociedade pelos muros da prisão? E como seria possível impô-las contra a vontade do sentenciado? Disso resulta que todo tipo de encarceramento implicará algum grau de dessocialização.

A ressocialização exige sua própria ressignificação, pois não é um conceito que se sustenta em termos clássicos, nem ideais. Necessita de uma releitura:

O ponto de vista de como encaro o problema da ressocialização, no contexto da criminologia crítica, é aquele que constata – de forma realista – o fato de que a prisão não pode produzir resultados úteis para a ressocialização do sentenciado e que, ao contrário, impõe condições negativas a esse objetivo. Apesar disso, a busca da reintegração do sentenciado à sociedade não deve ser abandonada, aliás precisa ser *reinterpretada* e reconstruída sobre uma base diferente. Isso pressupõe, pelo menos, duas ordens de considerações (BARATTA, 1990, p. 150).

Tal releitura exige um conteúdo mínimo que seja factível mesmo estando o sentenciado atrás das grades e apartado da sociedade. Ademais, a ressocialização não pode ser compreendida como procedimento impositivo de valores devido à nossa opção política constitucional, que é a democrática.

O preso tem direito a um conteúdo mínimo de tratamento: o de não deixar a prisão em condições de socialização piores que aquelas do momento em que deu entrada no cárcere. Para que isso ocorra, é preciso: a) que a sociedade ingresse no cárcere, participando do cumprimento da pena; e b) que o recluso seja tratado com humanidade. Veremos tais ideias com mais desenvoltura no item seguinte.

Além disso, não se pode obrigar alguém a mudar seu modo de ser contra sua vontade. Portanto, a ressocialização somente pode ser um processo dialógico de convencimento, isto é, não uma imposição do Estado ao sentenciado, no sentido de tentar convencê-lo de que, no momento em que vier a obter sua liberdade, terá mais vantagens caso não volte a delinquir.

A afirmação de que se trata de um processo dialógico não significa que se trate de um procedimento exclusivamente verbal. É também, tanto quanto, um procedimento de ações voltadas à sociabilidade do sentenciado; por exemplo, com oferta de trabalho remunerado que possibilite sua continuidade em meio aberto, cursos profissionalizantes para serviços que tenham boa demanda de mercado, educação continuada etc.

Caberá exclusivamente ao sentenciado a decisão de acolher ou não os argumentos que lhe são colocados pela administração penitenciária e tentar não reincidir, com o suporte de políticas públicas voltadas ao egresso.

Assim, pode-se chegar à seguinte conclusão: o processo de ressocialização é uma atividade dialógica, de convencimento, e não de imposição de valores, que tem como conteúdo mínimo a preservação da sociabilidade originária do preso em relação ao momento de seu ingresso no estabelecimento penal.

Disso resulta que toda ação de ressocialização está regrada pelo código binário *não dessocialização/dessocialização*. A partir dessa premissa, também é possível concluir que as decisões judiciais proferidas nos processos de execução de pena privativa de liberdade devem ser regradas pelo mesmo código binário, de tal modo que somente se considerará *devido* o processo de execução cujas decisões sejam tomadas de acordo com esse código.

Conforme já se afirmou, todo código binário pede um programa, sob pena de inoperân-

cia sistêmica, uma vez que a execução penal se funcionalizaria em níveis inadmissíveis.

6. O programa da execução penal

A busca de um programa para o código binário *não dessocialização/dessocialização* parte do pressuposto de que a fase executiva da pena de prisão representa um momento da pena em dinamismo, diferentemente do momento em que foi aplicada, na qual foi apenas projetada com base nos fatos representados no processo criminal de conhecimento. A pena aplicada é, assim, apenas uma expectativa jurídica a ser cumprida. Uma expectativa legitimada pelo procedimento, mas, assim mesmo, uma expectativa.

Na fase de aplicação da pena privativa de liberdade, a racionalidade decisória é orientada conforme o fim de prevenção geral positiva (estabilizadora ou integradora). Tal concepção conta com a maior adesão e é a mais aceita. Afirma que o fim da pena é influenciar positivamente a sociedade para que cumpra as normas jurídico-penais e, assim, reforçar o sentimento social de respeito ao direito:

isto é, em qualquer caso, é uma proposta que desfruta enorme expansão posterior que a levou a converter-se na opção mais seguida pela doutrina moderna. Para tal crescimento, contribuiu, sem dúvidas, a crise da ressocialização e a pretensão de evitar, ou ao menos limitar, as antinomias e conflitos que se deram entre os distintos fins da pena – e, portanto, em cada um dos estágios desta – surgidos com as teorias ecléticas (MULAS, 2000, p. 61).

A pena dinamizada (em fase de execução) não pode receber a mesma apreciação e tratamento que a pena estática (cominada ou projetada). Essa diferença de tratamento dá-se não somente em razão do movimento, mas também em razão do sujeito passivo – antes réu e depois condenado. A pessoa em execução de pena *não é a mesma* que foi alvo das considerações feitas no momento da sentença penal condenatória, pois a passagem do tempo quase sempre opera modificações na maneira de o ser humano ver, compreender e agir no mundo. E, com mais intensidade, é também alguém modificado em relação ao momento da prática do delito.

Devido a esses fatos, a execução da pena privativa de liberdade não está mais preponderantemente orientada pela prevenção geral positiva. Opera-se uma modificação para a prevenção especial positiva, cujo conteúdo é a ressocialização. A prevenção especial positiva também

pode ser designada como prevenção de ressocialização. Essa, conforme acima alinhavado, tem um *conteúdo mínimo de não dessocialização* e um código binário correspondente:

Nessa esteira, atribui-se finalidades distintas a cada um dos três momentos – comunicação, aplicação e execução – do fenômeno penal: a finalidade utilitarista da ressocialização orientaria prevalentemente a fase executiva e mediatamente a fase de aplicação da pena, a retribuição legal e proporcional seria critério de limitação da fase aplicativa, e a prevenção geral justificaria a cominação (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 151).

Por último, na execução da pena passa totalmente ao primeiro plano a prevenção especial (ROXIN, 1999, p. 97).

Como acaba de se indicar, as teorias da prevenção especial da pena se elaboram visando o sujeito que delinuiu para tentar que não volte a fazê-lo. Por isso se entende que a prevenção especial não pode operar, como se fosse a geral, no momento da cominação legal, mas sim no da execução da pena (BEIRAS, 2006, p. 191).

Na fase de execução da pena privativa de liberdade, deve ser realizada delicada tarefa, que consiste em cumprir a sentença penal condenatória e, ao mesmo tempo, sobretudo observar o fim de prevenção especial positiva ou de ressocialização.

Dito de outro modo, a ordem de encarceramento contida na sentença penal condenatória deve ser cumprida de tal modo que seja preponderantemente realizada a atividade de não dessocialização. Delineia-se a equação que deve ser respeitada pela execução da pena de prisão: dar concretude à pena privativa de liberdade e ao mesmo tempo priorizar a ressocialização. Essa equação consiste no próprio programa a ser aplicado ao código binário.

Sem dúvida, é uma tarefa das mais difíceis no direito. De um lado, a efetivação do encarceramento preserva a confiança social no sistema de justiça e, afinal, no próprio ordenamento jurídico, pois a sociedade percebe que o poder público é capaz de cumprir o ordenamento jurídico. De outro lado, concretiza-se o fim de ressocialização, atribuindo-se uma finalidade lógica à execução da pena privativa de liberdade, que consiste em não permitir que o sentenciado deixe a penitenciária em condições de sociabilidade mais negativas que aquelas de sua entrada na prisão.

Sublinhe-se, contudo, que a atividade de ressocialização ou de não dessocialização consiste no limite do encarceramento, pois prepondera sobre este. A manutenção do sentenciado na prisão deverá ter em conta que não poderá ser realizada em tal nível que piore sua sociabilidade. Isso também comprometeria a expectativa social de validade do sistema de justiça penal, que produziria mais resultados negativos que positivos.

O fato de a atividade de ressocialização impor limites ao encarceramento traçado pela sentença penal condenatória não deve causar espanto. A pena estática, isto é, a aplicada na sentença penal condenatória já nasce sabendo que sofrerá alterações, seja por sua diminuição em tempo efetivo ou modificações em termos de ambulatorios. Isso significa que a pena privativa de liberdade aplicada será inexoravelmente alterada em quantidade (por exemplo, por meio da remição) como também em amplitude de locomoção (por exemplo, por meio da progressão de regime ou do livramento condicional).

A pena, portanto, não é uma certeza matemática. É uma certeza funcional. Não cumpre uma inexorável conta aritmética. Cumpre uma inexorável exatidão funcional.

7. A ressocialização ou a não dessocialização

Afirma-se correntemente que a execução penal é uma das áreas mais espinhosas do direito, devido às situações inusitadas e às duras realidades que expõe. Isso não significa que tais realidades sejam insolúveis. Aliás, essa é uma das vantagens do uso da teoria de sistemas autopiéticos, a qual apresenta pretensões de universalidade e permite reduzir complexidades sistêmicas empregando os mesmos mecanismos em qualquer que seja o (*sub*)sistema social em consideração.

Para que as complexidades da execução da pena de prisão sejam reduzidas, é necessário delimitar melhor o conteúdo da ideia de *não dessocialização*. Assim, quando se afirma que o conteúdo mínimo na ressocialização é o direito do apenado a não ser dessocializado, não se está a afirmar que se trata de uma atividade neutra ou vazia de conteúdo que consista na

abstenção de atos. Isso poderia esvaziar o sentido da pena em execução e, inclusive, reduzi-la ao mero retribucionismo.

A atividade de não dessocialização é intensa, positiva e deve levar em conta a natureza gregária do ser humano. Assim, os mecanismos que permitem a não dessocialização do condenado consistem: a) na promoção da participação da sociedade no cumprimento da pena; e b) no tratamento humano do preso.

Vejamos a primeira.

As atividades capazes de levar a comunidade ao cárcere, participando ativamente da execução da pena de prisão, consistem num mandamento que ocupa posição tópica na LEP, cujo art. 4º determina que o Estado “deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena”.

Ao utilizar a expressão “deverá recorrer à cooperação da comunidade”, a LEP impõe ao Estado o dever de criar, desenvolver e fomentar programas de solidariedade social, em busca de ações solidárias voltadas aos presos e às prisões, sob pena de deslegitimar e deslegalizar a execução penal.

Esse mandamento, por sua vez, decorre da orientação geral contida nas Regras Mínimas para o Tratamento do Recluso, cujo art. 61 assevera que:

O tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela. Para este fim, há que recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas (NAÇÕES UNIDAS, 1955).

O sentido inverso do contato entre cárcere e sociedade também é válido e, mais que isso, é devido. Isto é, a administração penitenciária-

ria também deve promover atividades para os condenados realizarem extramuros, as quais permitam que os sentenciados saiam da unidade prisional, para determinadas atividades de contato social e familiar.

As ações de aproximação sociedade-cárcere são, também, funções que a doutrina reconhece como indispensáveis para o cumprimento minimamente honesto e coerente de uma pena privativa de liberdade.

Sobretudo, é importante, primeiramente, a abertura do cárcere para a sociedade, inclusive por meio de colaboração das entidades locais e, mais ainda, mediante a cooperação dos detentos com as organizações do movimento obreiro, com o fim de limitar as consequências que a instituição carcerária acarreta na divisão artificial de classe, de recolocar o condenado na classe, e por meio do antagonismo da classe, na sociedade (BARATTA, 2004, p. 216).

Vejamos o segundo mecanismo: o trato humano da pessoa encarcerada, cuja efetivação é essencial para que não se promova a sua dessocialização. A pessoa presa deve ser tratada com dignidade humana, assegurando-se atenção à saúde, alimentação adequada, manutenção dos vínculos familiares, educação, ao trabalho etc. As garantias constitucionais e as assistências previstas na LEP cumprem essa função quando são efetivadas.

Basta um só tratamento indigno, para que o ser humano encarcerado imediatamente seja colocado na zona perigosa da dessocialização.

Em conclusão, o conteúdo da atividade de não dessocialização consiste em ações de solidariedade social voltadas ao cárcere (intra ou extramuros) associadas ao tratamento humanitário digno. Sempre que esses vetores não forem cumpridos haverá atividade de dessocialização e, como tal, o programa não se cumpre, pois apenas será realizado no modo

encarceramento, isto é, apenas será realizado o cumprimento matemático da pena privativa de liberdade projetada pela sentença penal condenatória. E isso não é lícito.

O trato humanitário e as atividades de aproximação cárcere-sociedade, além de não permitirem a dessocialização, também estimulam a sociabilidade. E então, qualquer acréscimo de sociabilidade será um ganho. Conforme já dito, a aderência a novos valores de sociabilidade ou de melhor convívio social é uma decisão que cabe exclusivamente ao condenado. Todavia, estarão presentes as condições para a sua tomada de decisão.

8. Mecanismos de compensação

Sempre que não estiverem sendo aplicados o código binário e o programa devidos na execução penal, o sistema deverá recorrer a medidas compensatórias, isto é, o encarceramento deverá sofrer medidas que compensem a disfuncionalidade sistêmica, as quais poderão ser de três ordens: 1) diminuição da pena quantitativamente (redução nominal do tempo); 2) alteração do modo de cumprimento, inserindo o condenado em maiores espaços deambulatórios (por exemplo, por meio da colocação do sentenciado em regime aberto ou livramento condicional); 3) extinção da pena. As duas primeiras medidas podem ser combinadas, isto é, pode haver redução nominal do tempo de pena e concomitante inserção do sentenciado em âmbitos mais abertos para cumprimento de pena.

Tais compensações permitem que o mandamento contido na sentença continue sendo perseguido seriamente, sem significativa perda de confiança social no sistema de justiça.

A aplicação dessas medidas ao direito da execução penal tem como marco inicial um

mecanismo universal da ciência do direito, qual seja, o de compensações. É de conhecimento comezinho e principiológico que toda ação praticada em desacordo com a norma jurídica gera um fato desajustado que deve ser recomposto. Por exemplo: aquele que colide seu veículo com o de outro deve pagar o prejuízo sofrido por quem não deu causa ao acidente. Dessa lógica não escapa o direito da execução penal. Aquele que cumpre a pena privativa de liberdade em desacordo com as normas constitucionais e legais que asseguram a *ressocialização* ou a *não dessocialização* e o *trato humano* devem ter compensadas suas situações.

Os mecanismos de compensação correspondem àquilo que a teoria clássica classificaria como sanção pelo descumprimento da norma.

Sob o aspecto legal, tais mecanismos estão implicitamente positivados no artigo 185 da LEP, o qual prevê as figuras do “excesso ou desvio de execução”, sem, todavia, dizer do que se trata.

As compensações podem chegar ao extremo da extinção da pena privativa de liberdade, por exemplo, por excesso. Alguém duvidaria de que uma presa gestante que aborte por falta de acompanhamento pré-natal (que deveria ser dispensado pela administração penitenciária) deva ter sua pena declarada cumprida por ter sofrido sanção muito mais severa (em verdade, cruel) que aquela desenhada pela sentença penal condenatória?

A desconfiança no sistema de justiça não ocorre somente quando não se cumpre a ordem de prisão contida na sentença penal condenatória. Ela também ocorre – e talvez com maior intensidade – quando a sociedade percebe que o sistema de justiça não é capaz de realizar a execução da pena de prisão cumprindo o programa de ressocialização (solidariedade social + tratamento humanitário). Não passa ao largo de uma simples reflexão que o tratamento desumano gerará mais violência que paz social e, por isso, será contraproducente e mais oneroso socialmente.

Os fatos geradores que autorizam a compensação têm fundamento no demérito do Estado, por ação ou omissão. São fatos cuja responsabilidade é da administração penitenciária, os quais geram compensação sobre a pena. É o caso, por exemplo, do sentenciado que cumpre pena em um *container* superlotado.

As espécies de mecanismos de compensação não estão expressamente previstos na LEP. Para as inusitadas (e frequentes) situações provocadas pela incapacidade da administração penitenciária cumprir a Constituição Federal e a LEP, caberá ao juiz da execução penal usar seu prudente arbítrio e criatividade, a fim de dar a solução adequada, em regular processo de excesso ou desvio de execução.

Diante das situações em que o preso condenado estiver sofrendo dessocialização, o juiz deverá aplicar, assim, uma das três formas de

compensação citadas. Por exemplo, poderá conceder o regime aberto ou o livramento condicional antecipados, prisão domiciliar humanitária, remição da pena fora dos casos legalmente previstos, extinção da pena por tratamento cruel ou desumano etc.

A aplicação desses mecanismos pelo juiz não deve causar espanto. Como já dito, a pena aplicada é apenas um projeto, uma expectativa a ser cumprida, congenitamente concebida com a consciência de que sofrerá alterações. Ademais, é exatamente para isto que existe a figura do juiz da execução penal: garantir os direitos dos presos.

Se houvesse que ser concentrada a determinação da natureza primordial da função jurisdicional do Juiz de Vigilância Penitenciária em um adjetivo paradigmático que a definisse, este deveria ser sem nenhum gênero de dúvidas o de 'tutelar'. Esta acepção condensa exemplarmente a razão de ser, a natureza, a orientação e o funcionamento de dito órgão jurisdicional, e não poderia ser outra, a fim de dar resposta a todas as facetas de sua fisionomia, que a tutela dos direitos coletivos dos apenados reclusos em estabelecimentos penitenciários (DIZ, 2002, p. 121).

Em conclusão, as medidas compensatórias incidentes sobre a pena privativa de liberdade são legitimadas por um mecanismo universal de adequação do fato ao direito. Esse mecanismo empresta tamanha força ao programa da execução penal, que o torna capaz de alterar severamente o conteúdo prisional da sentença penal condenatória, até a própria aniquilação desse conteúdo, em casos extremos. Caberá ao juiz da execução penal efetivar tais mecanismos.

9. Consequências para a realidade brasileira

Os mecanismos compensatórios não são desconhecidos dos tribunais brasileiros. O STF e o STJ, por exemplo, têm admitido a possibilidade de concessão de prisão domiciliar humanitária quando o condenado está acometido de doença grave que necessite de tratamento médico em unidade hospitalar adequada ou que não possa ser oferecido no estabelecimento prisional.

Mais recentemente, o STF já acena com a possibilidade de aplicação de redução nominal da pena, numa espécie de remição por desumanidade carcerária, conforme voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, proferido em 6 de maio de 2015.

De maneira geral, as medidas de compensação ainda não são empregadas de modo uniforme e coerente, isto é, como ferramentas universais

para a correção das anormalidades do sistema penitenciário, mas aleatoriamente ou em casos emblemáticos que ganham repercussão midiática.

A falta de uniformidade na aplicação dos mecanismos de compensação conduz a graves incoerências. Veja-se, assim, que o sistema de execução penal previsto pela LEP pressupõe uma organicidade ideal, isto é, que tudo o que ela prevê esteja sendo cumprido. Portanto, que todas as garantias e direitos dos presos sejam respeitados e efetivados. Uma vez que, no plano da realidade, os fatos revelam aprisionamentos desumanos e dessocializadores, não é jurídico exigir do preso o bom comportamento prisional como fator para obter progressão de regime. Como exigir o chamado *requisito subjetivo* para a progressão de um indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em condições absolutamente divorciadas não somente do sistema concebido pelo ordenamento jurídico, mas também divorciadas do minimamente razoável?

Salvo raras unidades prisionais, a consequência da amarga realidade prisional brasileira é a ilicitude da exigência de bom comportamento carcerário do condenado como requisito de progressão. Essa conduta meritória somente poderia ser devida se o sistema estivesse operando conforme foi previsto pela LEP. É uma ingenuidade achar que um preso que cumpre pena em uma cela com mais 30 pessoas (embora a capacidade seja para 10), que dorme ao lado de uma latrina fétida e imunda, com variados e diversos insetos no mesmo local, sujeito quase sempre a um líder de ala ou pavilhão, teria bom comportamento durante a vida intramuros.

Tampouco se pode exigir exame criminológico. A discussão que se travou poucos anos atrás sobre a possibilidade de ser exigido esse exame passou longe do método devido.

Tal exame não pode ser exigido em unidades prisionais que não cumprem a Constituição Federal e a LEP porque, em se tratando de uma prova técnica, sempre apresentará um resultado corrompido, devido à inexistência de funcionalidade do sistema de execução da pena de prisão. Estando o meio corrompido, por exemplo, por precária assistência à saúde ou devido às inúmeras consequências decorrentes da hiperlotação, é evidente que o indivíduo que cumpre pena em tal meio refletirá as comunicações trocadas nessa ambiência. Um exame criminológico que fizesse qualquer diagnóstico sobre a pessoa que vive nesse meio só poderia exibir um resultado equivocado.

Conclusão

A apreciação do direito da execução da pena privativa de liberdade à luz da teoria de sistemas autopoiéticos remete a reflexões profundas sobre o que se considera lícito e ilícito nesse campo jurídico.

A prática de atos de administração penitenciária e de atos processuais conforme o código binário dessocialização/não dessocialização e orientada pelo programa de aproximação cárcere-sociedade e de trato humanitário faz cumprir a coerência projetada para o sistema prisional. Essa coerência efetivada aumentaria a confiança social no sistema de justiça, uma vez que a sociedade o perceberia como capaz de produzir mais resultados positivos que negativos. É bem verdade que as ordens de prisionalização contidas em inúmeras sentenças penais condenatórias seriam flexibilizadas, em alguns casos, até o extremo. Todavia, os mandamentos prisionais contidos nessas sentenças já são concebidos cientes de que serão alterados.

O STF já acena nesse sentido. É o que se pode verificar no voto do Ministro Luís Ro-

berto Barroso, consignado no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, datado de 6 de maio de 2015, no qual sugere a redução nominal da pena por motivo de condições desumanas de encarceramento.

Para que essas alterações possam ser feitas sobre a pena, é preciso recorrer aos expedientes de excesso ou desvio de execução, nos quais o juiz das execuções penais aplicará mecanismos de redução nominal do tempo de pena, alteração da ambiência prisional para contextos de maior liberdade ou extinção da pena. Por mais de uma vez, os tribunais superiores já reconheceram que os direitos humanos se colocam acima da ordem de encarceramento contida na sentença. Falta, apenas, sistematizar tais orientações, para que não sejam usadas em casos esparsos ou casuais. Todavia, não se pode perder de vista que esse “apenas” que resta por fazer implica firme vontade de política criminal e penitenciária.

Sobre o autor

Cláudio do Prado Amaral é doutor em Direito Processual Penal e em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor do doutorado, mestrado e da graduação da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Criminal e Vara da Infância e da Juventude de São Carlos, SP, Brasil.
E-mail: cpamaral@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

A NEW METHOD FOR THE EXECUTION OF THE CRIMINAL PENALTY OF IMPRISONMENT

ABSTRACT: The study says the precarious situation of the prison system is due in large part to the insufficiency of the linear or cartesian method used by lawyers when dealing with respective issues. From this point, the article proposes the establishment of a certain systemic method to the execution of the sentence of imprisonment law, namely, that the theory of autopoiesis systems of Niklas Luhmann. Thus, it asseverates that the right is formed by communication processes, to be worked out based on the conceptual elements of self-referential systems. This made it possible to elect a specific binary code to the execution of the imprisonment law, without abandoning the ideal of rehabilitation, and nevertheless giving new meaning to it, in order to give you the sense of not desocialization. And similarly, finding a corresponding program for this binary code. The use of this method enables the re-socialization deficits suffer the action of compensatory mechanisms, which may result in the reduction of the sentence quantitatively (nominal reduction of the penalty time), changing the mode of compliance or termination of the sentence.

¹ Sem revisão do editor.

KEYWORDS: IMPRISONMENT EXECUTION. METHOD. SYSTEMIC METHOD. NIKLAS LUHMANN.

Referências

ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Bosch: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1993.

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 [no 44], 2007.

BARATTA, Alessandro. Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminología crítica*. [Fórum Internacional de Criminología Crítica]: 141-157. Belém: CEJUP, 1990.

_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade del Riesgo: hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo, Editora UNESP, 1997.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciária*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

BLECKMANN, Frank. Derecho penal y teoría de sistemas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. (Colección Estudios de Derecho Penal).

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, 13 jul. 1984.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). San José de Costa Rica, em 22 out. 1969.

DIZ, Fernando Martín. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada: Comares, 2002. (Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, v. 6).

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 6. ed. São Paulo, Editora UNESP, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 3. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990.

HASEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ISERI, Amanda Yumi. *Pesquisa: posicionamentos do STF, STJ e TJSP sobre a falta de vagas no regime semiaberto*. 2012. Dissertação (Monografia) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-51-40/pesquisas-publicadas/22-pesquisa-posicionamentos-do-stf-stj-e-tjsp-sobre-a-falta-de-vagas-no-regime-semiaberto>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990. (Colección Pensamiento Contemporáneo, v. 8).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*: I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Universitário, 75. Estudos alemães).

_____. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990. (Colección Pensamiento Contemporáneo, v. 8).

_____. *Introducción a la Teoría de Sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. 1. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, Antropos, 1996.

MIOTTO, Armida Bergamini. Direito penitenciário, lei de execução penal e defensoria pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 794, dez. 2001.

MULAS, Nieves Sanz. *Alternativas a la pena privativa de libertad: análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: COLEX, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*. 1955. [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. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social 1955].

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidade abordable desde una perspectiva sistémico-construtivista? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. (Colección Estudios de Derecho Penal).

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1: fundamentos: la estructura de la teoría del delito.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0583209-58.2010.8.26.0000*. Relator: Ronaldo Sérgio Moreira Silva. DJ, 12 abr. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?jsessionid=4A62A4DC5C25D15AF909A9E86A557CCE.cjsg3?nuProcOrigem=05832095820108260000&nuRegistro>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 16ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0072242-69.2014.8.26.0000*. Relator: Otávio de Almeida Toledo. DJ, 16 dez. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=00722426920148260000&nuRegistro>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 2014861-35.2015.8.26.0000*. Relator: Nuevo Campos. DJ, 5 maio 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=20148613520158260000&nuRegistro>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.