

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

A ANÁLISE ECONÔMICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DE RICHARD A. POSNER

LOUISE TRIGO DA SILVA

**Itajaí-SC
2013**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

A ANÁLISE ECONÔMICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DE RICHARD A. POSNER

LOUISE TRIGO DA SILVA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí-SC

2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a todas as pessoas diretamente envolvidas nesse projeto. A minha mãe e ao meu namorado (futuro marido) por ouvirem as minhas lamúrias e sempre me incentivarem a ir mais longe, mostrando-me o quanto sou capaz. Ao meu pai e, mais uma vez, ao meu namorado, pelas “viagens” constantes à UNIVALI de Itajaí, a fim de que eu pudesse assistir às aulas quinzenais. Ao professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa, pela orientação e pelos livros disponibilizados.

Agradeço, ainda, àqueles que, embora não completamente envolvidos, sempre torceram pelo meu sucesso. Aqui, incluo o meu irmão, pela constante admiração e afeto, os meus amigos, por adequarem os nossos encontros as minhas possibilidades, e os meus colegas de trabalho, por “segurarem o tranco” nos momentos em que eu precisei me ausentar.

Agradeço, por último, mas não menos importante, aos funcionários do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, pela presteza e dedicação, e ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e à UNIVALI, pelas bolsas de estudos concedidas, que possibilitaram o desenvolvimento dessa pesquisa.

DEDICATÓRIA

À minha avó Maria Alice Barreto, que apesar do adeus, ainda se faz tão presente em mim... Até breve!!!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 25 de junho de 2013.

Louise Trigo da Silva

Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Law and Economics ou Análise Econômica do Direito
CLS	Critical Legal Studies ou Escola Crítica do Direito
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
CF	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
LEP	Lei de Execução Penal
LSN	Lei de Segurança Nacional
PCC	Primeiro Comando da Capital
RDES	Regime Disciplinar Especial de Segurança
GAECO	Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS CONCEPÇÕES DE RICHARD A. POSNER	14
1.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E POSTULADOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	14
1.1.1 <i>Ronald Coase e os custos de transação.....</i>	<i>16</i>
1.1.2 <i>A perspectiva de Guido Calabresi na responsabilidade civil</i>	<i>18</i>
1.1.3 <i>Análise econômica do crime Segundo Gary Becker.....</i>	<i>20</i>
1.1.4 <i>Henry Manne e a entrada da disciplina Direito e Economia nas faculdades de Direito dos Estados Unidos</i>	<i>21</i>
1.1.5 <i>Postulados metodológicos da Teoria Neo-institucionalista.....</i>	<i>22</i>
1.1.6 <i>A Teoria da Escola Pública e a análise econômica da ciência política</i>	<i>22</i>
1.1.7 <i>A Escola de New Haven e as políticas públicas</i>	<i>24</i>
1.2 A ESCOLA DE CHICAGO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SEGUNDO RICHARD A. POSNER	26
1.2.1 <i>Utilidade</i>	<i>26</i>
1.2.2 <i>A Análise Econômica do Direito no common law.....</i>	<i>28</i>
1.2.3 <i>Eficiência.....</i>	<i>29</i>
1.2.4 <i>A análise econômica positiva e normativa do direito</i>	<i>30</i>
1.2.4 <i>Aspectos destacados da Escola de Chicago.....</i>	<i>32</i>
1.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL DE RICHARD A. POSNER.....	36
CAPÍTULO 2 - MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	45
2.1 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL	45
2.1.1 <i>Direito penal mínimo.....</i>	<i>45</i>
2.1.2 <i>Direito penal máximo.....</i>	<i>51</i>
2.2 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	59
2.2.1 <i>Contexto de surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil.....</i>	<i>59</i>
2.2.2 <i>Estabelecimento do Regime Disciplinar Diferenciado (supermax) na cultura norte-americana</i>	<i>65</i>
2.3 CARACTERÍSTICAS E HIPÓTESES DE INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	69
CAPÍTULO 3 - CRÍTICAS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	78
3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO ...	78
3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	87
3.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DE RICHARD A. POSNER	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	106

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. O objetivo científico da dissertação é realizar uma análise econômica do Regime Disciplinar Diferenciado à luz de Richard A. Posner. Com este fim, apresenta inicialmente o desenvolvimento histórico e os postulados metodológicos da Análise Econômica do Direito, dando especial destaque à Escola de Chicago e à Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner, mormente no âmbito do direito penal. Logo após, examina os modelos de política criminal (direito penal mínimo e direito penal máximo), contextualiza o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil e do *supermax* nos Estados Unidos da América e explica as características e hipóteses de inclusão no aludido instituto. Por derradeiro, apresenta os argumentos contrários e favoráveis ao Regime Disciplinar Diferenciado, efetua a análise econômica de tal instituto sob a perspectiva de Richard A. Posner e encontra a resposta das hipóteses inicialmente propostas, quais sejam: o Regime Disciplinar Diferenciado é eficiente/justo? O Regime Disciplinar Diferenciado atingiu o seu objetivo? O Regime Disciplinar Diferenciado, tal como estabelecido, é economicamente viável?

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito – Regime Disciplinar Diferenciado – modelos de política criminal – Eficiência – Justiça.

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law. Its scientific aim is to carry out an economic analysis of the maximum-security prison system – supermax - in light of Richard A. Posner. With this purpose, the study initially presents the historical development and methodological postulates of Economic and Legal Analysis, with particular emphasis on the Chicago School and Economic Analysis of the Law as proposed by Richard A. Posner, particularly in the context of criminal law. It then examines the models of criminal law policy (minimum and maximum penal law), contextualizes the emergence of supermax in Brazil and in the United States, and explains the characteristics and hypotheses for inclusion in this institution. Finally, it presents the arguments for and against supermax, carries out an economic analysis of this institution in light of the methodological postulates of Richard A. Posner, and responds to the hypotheses initially proposed, namely: Is the supermax efficient/fair? Did the supermax reach its goal? Is the supermax, in its present form, established, economically viable?

Keywords: Law and economics – supermax – models of criminal policy – efficiency – justice.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

Em busca de um tema para a elaboração do presente estudo, percebeu-se que, na maioria das vezes, as decisões judiciais e as iniciativas legislativas ignoram ou deixam em segundo plano os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois os juízes e os legisladores são constantemente movidos por questões políticas e/ou econômicas.

Entre esses dois ramos do saber, optou-se pelo último, em razão do grande destaque que as questões econômicas vêm recebendo no mundo atual.

Todavia, precisava-se delimitar ainda mais o tema. Nesse momento, após a leitura de diversos artigos, percebeu-se que o Regime Disciplinar Diferenciado ora era tratado como legal/constitucional e ora como ilegal/inconstitucional. Assim, resolveu-se buscar, mediante um estudo mais aprofundado, as justificativas econômicas que levaram o Poder Legislativo a criar o aludido regime.

Para a elaboração do estudo em foco, escolheu-se tratar das premissas básicas da Análise Econômica do Direito à luz de Richard A. Posner, porque referido autor é apontado como um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito. Além disso, dedica um capítulo inteiro da sua obra *“Economic analysis of law”* ao direito penal.

Portanto, o objetivo científico da pesquisa em foco é realizar uma análise econômica do Regime Disciplinar Diferenciado à luz de Richard A. Posner e, ao final, concluir se as premissas básicas das teorias economicistas dos delitos e das penas justificam a submissão dos presos ao referido regime e se conseguem demonstrar a eficiência do aludido instituto no combate à criminalidade dentro dos presídios.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) O Regime Disciplinar Diferenciado é eficiente/justo de acordo com os conceitos de eficiência e de justiça de Richard A. Posner?
- b) O Regime Disciplinar Diferenciado atingiu o seu objetivo, qual seja: intimidar os detentos?
- c) O Regime Disciplinar Diferenciado, tal como estabelecido, é economicamente viável?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Inicia-se, no Capítulo 1, com a apresentação do desenvolvimento histórico e dos postulados metodológicos da Análise Econômica do Direito, abordando, sinteticamente, os seus principais mentores (Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker e Henry Manne) e suas principais escolas/correntes (Teoria Neo-institucionalista, Teoria da Escola Pública e Escola de New Haven).

Logo após, destaca-se os aspectos da Escola de Chicago e a Análise Econômica do Direito realizada por Richard A. Posner, oportunidade em que se explicam os conceitos de utilidade, eficiência e valor e as teorias positiva e normativa da *Law and Economics*.

Além disso, examinam-se, especificamente, as premissas da Análise Econômica do Direito penal formuladas por Richard A. Posner, tendo em vista que é o exame desse ramo do direito que interessa para a compreensão da lógica econômica do Regime Disciplinar Diferenciado, na medida em que aludido regime está inserido na fase de execução da pena.

Por sua vez, no Capítulo 2, trata-se de realizar um exame dos modelos de política criminal (direito penal mínimo e direito penal máximo) e demonstrar a influência desses postulados na esfera legislativa, seja para reduzir as penas e efetivar as garantias constitucionais dos cidadãos, seja para aumentar o rigor das sanções, criando-se novos tipos penais e reduzindo-se cada vez mais as garantias fundamentais dos indivíduos.

Em seguida, contextualiza-se o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil e do *supermax* nos Estados Unidos da América, oportunidade em que se observará se tal regime foi instituído com base nas premissas do direito penal máximo e se foi importado, em grande parte, do modelo criado nos Estados Unidos da América.

Após realizar a recomposição histórica do Regime Disciplinar Diferenciado, explicam-se as características e hipóteses de inclusão do preso neste instituto.

No derradeiro Capítulo, dedica-se a apresentar os argumentos contrários e favoráveis ao Regime Disciplinar Diferenciado, realizando a análise econômica de tal instituto à luz dos postulados metodológicos de Richard A. Posner.

Dessa forma, com todos os dados colhidos, busca-se responder às

hipóteses inicialmente propostas, isto é: se o Regime Disciplinar Diferenciado é eficiente/justo, de acordo com os conceitos de eficiência e de justiça de Richard A. Posner; se o Regime Disciplinar Diferenciado atingiu o seu objetivo, qual seja: intimidar os detentos; e se o Regime Disciplinar Diferenciado, tal como estabelecido, é economicamente viável.

Encerra-se com as Considerações Finais, em que são sintetizadas as contribuições do presente relatório de pesquisa para a comunidade científica.

O Método utilizado, na fase de Investigação, será o indutivo. Já na fase de Tratamento dos Dados empregar-se-á ora o método indutivo e ora o método dedutivo.

Portanto, primeiro realizar-se-á uma pesquisa, examinando-se a Análise Econômica do Direito à luz de Richard A. Posner e o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado e, ao final, formular-se-á uma conclusão geral dos dados colhidos e obter-se-ão as respostas às hipóteses inicialmente levantadas.

Para a elaboração da presente dissertação, empregar-se-ão as técnicas do Referente, da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria e do Cop (Conceito Operacional). O material colhido será submetido ao método Cartesiano, obtendo-se, após, a conclusão geral da pesquisa realizada e as respostas as questões propostas.

Por derradeiro, cumpre consignar que neste trabalho as categorias principais estarão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados ora no texto ora em notas de rodapé.

CAPÍTULO 1 - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS CONCEPÇÕES DE RICHARD A. POSNER

1.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E POSTULADOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A relação entre Direito e Economia é tão antiga quanto o próprio aparecimento dessas Ciências Sociais aplicadas. Já no século XVII, percebe-se claramente essa interação com a discussão de Hobbes¹ acerca da propriedade. No século seguinte, Adam Smith² estudou os efeitos econômicos resultantes da formulação das normas jurídicas e Jeremy Bentham³ já associava legislação ao utilitarismo, avistando uma integração dos fatos sociais entre o direito e a economia.

Para Richard Posner⁴, a evolução da Análise Econômica do Direito⁵ é dividida em dois períodos. O primeiro é anterior a 1960, também conhecido como a “velha” Escola, e centrava seus estudos em campos do direito ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário. O segundo período tem início a partir de 1960, momento em que uma “nova” Escola rompe com a antiga tradição, e passa a utilizar a análise econômica para explicar e criticar questões que antes eram eminentemente jurídicas, como as regras contratuais, de responsabilidade civil, de direito penal e processual penal, de direito administrativo, de direito constitucional, de direito de família, entre outras.

Na década de 70, segundo Alvarez, surgiram três tendências ou movimentos intelectuais: Law and Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), que analisa o direito sob um ponto de vista econômico; Critical Legal Studies (CLS) ou Escola Crítica do Direito, que examina o direito sob a perspectiva política;

¹ THOMAS, Hobbes. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Martin Claret. 3. ed. São Paulo: Editora Ícone.

² ADAM, Smith. **An Inquiry into The Nature and Causes of The Wealth of Nations**. Disponível em: <http://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2013.

³ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984.

⁴ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 55.

⁵ Denomina-se Análise Econômica do Direito (AED) o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, que busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito. (ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59).

e as Teorias denominadas “rights-based”, que apreciam o direito sob a mirada da filosofia moral e política, cujo foco é construir os referenciais constitutivos de uma sociedade justa, tendo como precursores Rawls, Nozick e Dworkin.⁶

As duas primeiras correntes apresentam características comuns e diferenças pontuais. Dentre os pontos de vista comuns, podem-se citar: - a rejeição do entendimento de que o direito era autônomo em relação às realidades sociais; - a utilização das ideias e métodos de outras disciplinas (economia e política) no exame da realidade jurídica; - a crítica à jurisprudência e à doutrina tradicional que não aceitavam a redução do direito à filosofia, à economia e à política; e - a continuação da tradição realista americana no que tange à crítica ao formalismo e à construção do conhecimento jurídico.⁷

As diferenças, por sua vez, gravitam em torno da: - concepção acerca da natureza do direito e da conduta humana, pois enquanto para a AED as pessoas são seres racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses, em todos os âmbitos da vida, para o CLS a conduta econômica racional depende de uma visão ideológica determinada que permita justificar e explicar as desvantagens e privilégios existentes, como se fossem fruto da escolha racional privada; - crítica ao modelo dominante de teoria e ensino do direito, uma vez que para a CLS o pensamento tradicional desempenha uma função ideológica, que facilita a criação e a legitimação das desigualdades econômicas e sociais, e as decisões jurídicas são indeterminadas, não existindo base objetiva que as justifique, motivo pelo qual a neutralidade é um mito. Já para a AED, apesar de reconhecer a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, as análises e justificações doutrinárias podem ser complementadas pela análise econômica, para alcançar maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Em outras palavras, o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juízes como padrão ético para determinar quando uma decisão particular pode ser considerada justa.⁸

⁶ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 49-50. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 01 de abril de 2013.

⁷ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, p. 50-51.

⁸ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, p. 51-52.

Certo é que a Análise Econômica do Direito ganhou força na segunda metade do século passado, principalmente por três fatores: - a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi, Posner, entre outros); - a proeminência do discurso neoliberal; e – o imbricamento entre as tradições do *civil law* e do *common law*.⁹

1.1.1 Ronald Coase e os custos de transação

Grande parte dos estudos da Análise Econômica do Direito afirmam que o início do movimento se deu a partir da publicação, em 1961, no *Jornal of Law and Economics*¹⁰, da obra “*The problem of social cost*”, de Ronald H. Coase.

No aludido artigo, o autor demonstra que o problema principal do mercado reside na existência de custos de transação¹¹ e não na presença de externalidades negativas¹², como antes defendia Pigou em “*The economics of welfare*”.¹³

Logo no começo do ensaio, Coase expõe o problema a ser enfrentado da seguinte forma:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que **A** inflige um prejuízo a **B**, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir **A**? Mas isso está errado. Estamos lidando com um

⁹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 60.

¹⁰ O *Jornal of Law and Economics* foi fundado em Chicago, no ano de 1958, por Aarón Director, e tinha como objetivo central divulgar a concepção de que a regulação econômica é uma função própria do mercado e não do Estado.

¹¹ Genericamente considerados os custos de transação, ou custos transacionais, são todos os custos envolvidos em uma transação. Transação deve ser considerada aqui de maneira mais abrangente possível significando qualquer operação econômica apreciável da perspectiva jurídica, incluindo-se aí: compra, venda, troca, locação, arrendamento, empréstimo, construção, criação, agenciamento, investimento, emprego, prestação e qualquer outro tipo de contratação envolvendo bens, serviços, capitais, trabalho ou recursos naturais. Estes custos abrangem, dentre outros, os custos difusos (gasolina, telefone, papel) e os custos de difícil avaliação (como tempo, paciência, raciocínio, etc). (ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao Estudo da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2013).

¹² Uma **externalidade** é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada *externalidade negativa*, se for benéfico, é chamada *externalidade positiva*. (MANKIOW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Tradução 2. ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 208).

¹³ COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 18 de julho de 2012.

problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a **B** implicaria causar um prejuízo a **A**. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: **A** deveria ser autorizado a causar prejuízo a **B**, ou deveria **B** ser autorizado a causar um prejuízo a **A**? O problema é evitar o prejuízo mais grave.¹⁴

Se tomarmos como exemplo uma fábrica (**A**) que polui o ar da cidade (**X**), pela emissão de fumaça, prejudicando a saúde dos indivíduos (**B**) que ali residem, tem-se que, no problema proposto por Coase, a fábrica poluidora (**A**) não deve ser compelida a pagar um tributo correspondente ao dano causado e tampouco a instalar um aparelho capaz de eliminar a fumaça, se os custos da mudança dos indivíduos afetados pela fumaça (**B**) para outras localidades forem mais baixos. Nessas circunstâncias, conclui-se que, para que se tenha uma condição ótima, caracterizada pela maximização do valor da produção, aqueles que sofrem o dano pela fumaça não devem permanecer na cidade (**X**).¹⁵

Ronald Coase ressalta, ainda, que a regulação governamental das externalidades negativas nem sempre traz melhores resultados do que deixar que o próprio mercado resolva o problema, porquanto, em certos momentos, a regulamentação administrativa governamental não levará à melhora da eficiência econômica, podendo, inclusive, gerar mais custos do que a externalidade negativa que visa combater.¹⁶

No final do aludido ensaio, após abordar o problema do custo social de diversas formas, Coase conclui que seria bastante desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas em que o ganho gerado é mais importante do que a perda sofrida, mas, segundo o autor, deve-se ter em mente que uma mudança no sistema existente pode levar tanto a uma melhora, em algumas situações, como a uma piora, em outras. Além disso, segundo ele, devem-se levar em consideração os custos envolvidos para operar os diversos cenários sociais e os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao escolher entre cenários sociais, deve-se prestar atenção no efeito total. Isso, acima de tudo, é a abordagem defendida por Ronald Coase.¹⁷

De acordo com Richard Posner¹⁸ *“el ‘teorema de Coase’ sostiene que,*

¹⁴ COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, p. 02. Disponível em: <www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2012.

¹⁵ COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**, p. 34-35.

¹⁶ COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**, p. 15.

¹⁷ COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**, p. 37.

¹⁸ POSNER, Richard A. El análisis economic del derecho en el *common law*, en el sistema romano-

*cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán através de una transacción privada*¹⁹.

Do aludido teorema, extrai-se, ainda, dois corolários importantes. O primeiro é que o direito, enquanto responsável pela promoção da eficiência econômica, deveria procurar minimizar os custos de transação. O segundo é que, quando, apesar dos melhores esforços do direito, os custos de transação do mercado continuam sendo altos, o direito deveria simular a alocação de recursos do mercado atribuindo os direitos de propriedade aos usuários que mais os valorizam.²⁰

Como exemplo de efetivação do primeiro corolário, teríamos, então, a criação de medidas que facilitassem a transferência dos direitos de propriedade, bem como de soluções baratas e efetivas para resolver os problemas das violações contratuais. Relativamente ao segundo corolário, cita-se como exemplo a doutrina do *fair use*²¹, que permite que os escritores publiquem pequenas citações de um trabalho que possui direitos autorais sem negociar com o titular dos mesmos, pois os custos de tais negociações seriam proibitivos e, quando não fossem, o resultado da negociação geralmente seria permitir a citação do trabalho a um preço muito baixo.²²

Os dois ensaios de Coase, “*The nature of the firm*” (1937) e “*The problem of social cost*” (1960), foram os responsáveis por sua premiação no Nobel de Economia em 1991, além, é claro, de representarem os pontos centrais para o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito.

1.1.2 A perspectiva de Guido Calabresi na responsabilidade civil

Também merecem destaque os artigos de Guido Calabresi²³

germânico, y en las naciones en desarrollo. Revista de Economía y Derecho, v. 2, n. 7, invierno 2005, p. 9.

¹⁹ “O ‘teorema de Coase’ sustenta que, quando os custos de transação do mercado são zero, a alocação inicial de direitos é irrelevante para a eficiência, e que, se a alocação é ineficiente, as partes a retificam por meio de uma transação privada” (tradução livre).

²⁰ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo, p. 9.

²¹ É uma doutrina nos Estados Unidos que permite o uso de material protegido por direitos autorais em determinadas situações.

²² POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo, p. 9.

²³ Guido Calabresi foi Juiz da Corte de Apelação do Segundo Circuito dos Estados Unidos da América, Sterling Professor Emérito e Reitor da Universidade de Yale, sendo unanimemente reconhecido como um dos fundadores da Análise Econômica do Direito. (O cargo de professor

denominados “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” e “*The cost of accidents*”, em que Calabresi estabeleceu os fundamentos da análise econômica da responsabilidade civil.

Na visão de Calabresi, o principal objetivo das regras de responsabilidade civil é minimizar os custos dos acidentes. Roger Van den Bergh explica a proposta de Calabresi, asseverando que os custos dos acidentes podem ser divididos em três categorias: - os custos dos acidentes primários são determinados pelo número e gravidade dos acidentes; - os custos dos acidentes secundários materializam-se na ausência da ótima repartição de riscos; e – os custos dos acidentes terciários são os custos efetuados pelo sistema legal para estabelecer e fazer cumprir as responsabilidades.²⁴

Esse raciocínio é capaz de atender às preocupações de eficiência²⁵ e justiça. A eficiência é reforçada pela dissuasão de atividades nocivas e consequente redução dos custos primários de acidentes. Já as considerações de justiça encontram seu lugar quando a ótima repartição de riscos é avaliada.²⁶

Para reduzir os custos primários e terciários, Calabresi desenvolveu o conceito do “*cheapest cost avoider*”, segundo o qual a responsabilidade civil deveria ser do autor que está em melhor posição para fazer a análise do custo-benefício entre os custos dos acidentes e os custos de prevenção dos acidentes e tomar as medidas preventivas, se elas forem mais baratas do que os custos dos acidentes que visam combater.²⁷

A estrutura desenvolvida no “*The cost of accidents*” forneceu uma poderosa ferramenta para organizar a discussões acerca dos pontos fortes e fracos das regras divergentes de responsabilidade em várias áreas da responsabilidade civil, desde os acidentes de trânsito até as negligências médicas e os danos

Sterling é o grau acadêmico mais elevado da Universidade de Yale, sendo atribuído ao membro do corpo docente efetivo considerado um dos melhores em sua área).

²⁴ BERGH, Roger Van den. **Introduction: The impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship**, p. 02. Disponível em: <http://www.erasmuslawreview.nl/files/ELR_specialissue_01.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2012.

²⁵ Eficiência significa essencialmente ausência de desperdícios no emprego dos recursos na produção de bens e serviços, provendo o máximo destes bens e serviços com os recursos e a tecnologia disponíveis e incorrendo no mínimo custo. (ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao Estudo da Análise Econômica do Direito**, p. 15).

²⁶ BERGH, Roger Van den. **Introduction: The impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship**, p. 02.

²⁷ BERGH, Roger Van den. **Introduction: The impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship**, p. 02.

ambientais.²⁸

Guido Calabresi também escreveu, junto com Douglas Melamed, o artigo *“Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral”*. Neste ensaio, as ideias iniciais de Ronald Coase, vistas acima, foram ampliadas por Calabresi, que introduziu no “Teorema de Coase” a distinção entre regras de propriedade e regras de responsabilidade e avaliou a eficiência de ambas as regras na presença de custos de transação.

De acordo com Roger Van den Bergh²⁹: “This distinction, which can be seen as a sophisticated development of the Coase Theorem, has become one of the most prominent analytical tools for analysing protection of entitlements in various fields of law.”³⁰

Em síntese, Guido Calabresi revelou a importância da análise de impactos econômicos na alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja na esfera judicial ou legislativa. Seus artigos inseriram expressamente a análise econômica em questões jurídicas, demonstrando que uma análise jurídica adequada não dispensa o tratamento econômico das questões.³¹

Ronald Coase e Guido Calabresi deram o passo inicial para o surgimento do movimento da Análise Econômica do Direito, que, posteriormente, recebeu as contribuições de Richard Posner, Gary Becker e Henry Manne.

1.1.3 Análise econômica do crime Segundo Gary Becker

Em 1968, Gary Becker publicou a obra *“Crime and punishment: an economic approach”*³², em que defende que a prática ou não da conduta criminosa depende da probabilidade de ser capturado e depois punido. Segundo ele, os “criminosos” vêem que os benefícios dos seus crimes superam os custos, ou seja, a

²⁸ BERGH, Roger Van den. **Introduction: The impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship**, p. 02.

²⁹ BERGH, Roger Van den. **Introduction: The impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship**, p. 03.

³⁰ Esta distinção, que pode ser vista como um sofisticado desenvolvimento do Teorema de Coase, tornou-se uma das mais proeminentes ferramentas analíticas para análise da proteção de direitos em várias áreas da lei.

³¹ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 02.

³² BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An economic approach*. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: <<http://www.wu.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>. Acesso em: 07 de março de 2013.

probabilidade de apreensão e de eventual declaração de culpa e punição. Além disso, concluiu que os custos do aumento da vigilância são maiores do que os custos envolvidos no aumento da punição, de modo que seria mais eficiente no combate ao crime o aumento da pena.

Para Posner, qualquer lista dos fundadores da Análise Econômica do Direito estaria gravemente incompleta sem o nome de Gary Becker, pois a insistência de Becker na importância da economia para um conjunto surpreendente de comportamentos fora do mercado (incluindo a caridade, o amor e o vício), assim como suas contribuições pontuais na análise econômica do crime, da discriminação racial, do matrimônio e do divórcio, abriram para a análise econômica grandes campos do sistema legal que não haviam sido abarcados pelos estudos de Coase e Calabresi acerca dos direitos de propriedade e das regras de responsabilidade.³³

1.1.4 Henry Manne e a entrada da disciplina Direito e Economia nas faculdades de Direito dos Estados Unidos

Henry Manne, por sua vez, foi responsável por trabalhos econômicos referentes ao direito corporativo e autor das obras *“Economic police and the regulation of corporate securities”* e *“The economics of legal relationships: reading in the theory of property rights”*. Segundo Mackaay, Manne contribuiu de uma maneira diferente, organizando, a partir de 1971, curtos seminários de treinamento intensivo de economia, para advogados e juízes, e de direito, para economistas.³⁴

Os seminários organizados por Henry Manne, a partir de 1971, no *Economics Institutes for Law Professors*, a fundação, em 1972, da Revista de Estudos Jurídicos, bem como a primeira publicação da obra Análise Econômica do Direito, de Richard A. Posner, na Escola de Chicago, também em 1972, marcaram, na concepção de Mackaay, a entrada da disciplina Direito e Economia nas faculdades de Direito dos Estados Unidos.³⁵

A partir de então, a Análise Econômica do Direito vem evoluindo em ritmo acelerado, criando-se núcleos em diferentes universidades. Em decorrência disso existem várias correntes, que adotam postulados metodológicos diversos para a

³³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 56-57.

³⁴ MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**, p. 75. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2013.

³⁵ MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**, p. 76.

explicação da relação entre direito e economia. Destacam-se, entre elas: a Escola de Chicago, a Teoria Neo-Institucionalista, a Teoria da Escola Pública (Public Choice) e a Escola de New Haven.³⁶

1.1.5 Postulados metodológicos da Teoria Neo-institucionalista

A Teoria Neo-institucionalista ou, como chamada por alguns, a Nova Escola Institucional, propagou-se principalmente a partir das obras de Oliver Williamson e Douglass North, tendo como característica marcante o emprego da ciência econômica para examinar as normas e regras sociais que mantêm a atividade econômica.

Ela é chamada de “neo” (ou seja, nova) para demonstrar a oposição às teorias institucionalistas antigas, mormente as de John R. Commons e Thorstein Veblen. Na Nova Escola Institucional, o conceito central são os “custos de transação”, enquanto que, na Teoria Institucionalista original, são os “custos de produção”.³⁷

Bruno Meyerhof Salama³⁸ assevera que da Nova Escola Institucional surgem, pelo menos, três concepções importantes:

- (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”);
- (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escola Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e
- (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado).

1.1.6 A Teoria da Escola Pública e a análise econômica da ciência política

³⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**, p. 02.

³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008, p. 53.

³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**, p. 53-54.

Outra corrente que merece destaque é a Teoria da Escola Pública (Public Choice), que teve suas origens no final da década de 1940, principalmente pelas contribuições James Buchanam³⁹, e caracteriza-se pela adoção da perspectiva econômica na análise dos fenômenos políticos, introduzindo o individualismo metodológico e o instrumental matemático na ciência política.

O principal argumento utilizado pela Teoria da Escola Pública era que, tanto no mercado como na política, os indivíduos comportavam-se da mesma maneira, isto é, movidos pelas mesmas motivações (maximizadores do interesse próprio).

Dennis C. Mueller⁴⁰ define a Escola Pública como:

[...] the economic study of non-market decision-making, or simply the application of economic to political science. The matter of public choice is the same as that of political science: the theory of state, voting rules, voter behavior, party politics, the bureaucracy, and so on. The methodology of public choice is that of Economics, however. The basic behavioral postulate or public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational, utility maximize.⁴¹

Esta teoria admite que várias vezes os agentes do governo realizam suas atividades com as melhores intenções, visando o bem comum. Não obstante, reconhece que, às vezes, os agentes do governo praticam atos visando o interesse privado (riqueza, fama, poder, prestígio), isto é, priorizam o interesse privado em detrimento do público.⁴²

Como exemplo das análises realizadas pela Escola Pública, podemos citar o comparativo na relação entre governante *versus* eleitor e fornecedor *versus* consumidor, partindo-se da premissa de que o governante precisa do eleitor tanto quanto o fornecedor precisa do consumidor. Assim, o governante fornece subsídios (tarifas mínimas) aos setores da sociedade/eleitores (construção civil, comércio,

³⁹ James M. Buchanan Jr. Nasceu em Murfreesboro, Tennessee, no dia 3 de outubro de 1919 e durante a maior parte de sua vida acadêmica esteve ligado a George Mason University, no estado de Virgínia, onde foi diretor do Center for the Study of Public Choice, sendo em 1986, laureado com o Prêmio Nobel de Economia. (DIAS, Marco Antonio. **James Buchanam e a “política” da escola pública.** Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n6/artigos/pdf/pv6-16-marcoantonio.pdf>> Acesso em: 05 de março de 2013).

⁴⁰ MUELLER, Dennis C. **Journal of Economic Literature**: Public Choice: A Survey, v. 14, n. 2, jun./1976, p. 395-433.

⁴¹ “O estudo econômico das decisões tomadas fora do mercado, ou simplesmente a aplicação da economia à ciência política. O objetivo da Escola Pública é o mesmo da ciência política: a teoria do Estado, regras de votação, comportamento dos eleitores, política partidária, a burocracia e assim por diante. A metodologia da Escola Pública é a mesma da Economia. O postulado básico comportamental da Escola Pública, como o da economia, é que o homem é egoísta, racional e maximizador de utilidades” (tradução livre).

⁴² ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao Estudo da Análise Econômica do Direito**, p. 40.

agronegócio) que puderem lhe dar apoio político.

1.1.7 A Escola de New Haven e as políticas públicas

Por sua vez, a Escola de New Haven, liderada por Guido Calabresi, na Universidade de Yale, vê o direito como uma fonte de regulamentação de atividades e realização de políticas públicas. Aludida escola entende que a disciplina direito e economia teria como objetivo definir a justificativa econômica da ação pública, examinar de forma realista as instituições jurídicas e burocráticas e estabelecer papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas.⁴³ Portanto, o Estado, com suas ações reguladoras, deveria corrigir as falhas de mercado.

Para Bruno Meyerhof Salama, a Escola de Direito de New Haven buscou juntar a ética consequentialista da economia com a deontologia da discussão do justo, abrindo uma nova janela do pensar, que inclui novas metodologias ao estudo das instituições jurídico-políticas, de modo que o direito possa responder de forma mais eficaz aos anseios da sociedade. Além disso, procurou também enriquecer a gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que ajuda o formulador e o aplicador da lei na missão de utilizar o direito como ferramenta para a concretização do bem comum.⁴⁴

Nesta escola, o principal objetivo é a distribuição e a aferição do justo, ficando a eficiência em segundo plano. Mas, será que a Análise Econômica do Direito seria capaz de dizer o que é certo ou errado? Justo ou injusto? Ivo Gico Jr. acredita que não, pois essas categorias encontram-se no mundo dos valores, sendo, portanto, subjetivas. Não obstante, os juseconomistas defenderem que:

[...] não importa que políticas públicas uma dada sociedade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

Por derradeiro, cumpre consignar que os postulados metodológicos da Escola de Chicago serão examinados no próximo subtítulo, porquanto, referida

⁴³ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008, p. 59.

⁴⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**, p. 59-60.

escola tem como precursor Richard A. Posner, cujas ideias serão objeto de estudo mais aprofundado neste trabalho.

1.2 A ESCOLA DE CHICAGO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SEGUNDO RICHARD A. POSNER

Apontado como um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito, Richard A. Posner estabeleceu, por meio da obra “*Economic analysis of law*”, as bases para a criação do movimento da *Law and Economics*.

O autor, que ocupa o cargo de juiz do Tribunal de apelação da 7ª Região dos Estados Unidos da América e é professor da Universidade de Chicago, ressalta que a premissa básica da economia, que orienta a versão da análise econômica por ele proposta, é o de que, todas as pessoas, com exceção das crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais, em todas as atividades que impliquem em alguma escolha, exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes, decorrentes do abuso de álcool e drogas, são maximizadoras racionais⁴⁵ de suas satisfações.⁴⁶

Nesse sentido, a tarefa da economia consiste em explorar a suposição de que o homem procura, de forma racional, aumentar no máximo os seus fins na vida, isto é, as suas satisfações, o seu interesse próprio. Registre-se que a expressão “interesse próprio” não deve ser confundida com a palavra “egoísmo”, pois a felicidade de outra pessoa pode fazer parte também das nossas satisfações.⁴⁷

1.2.1 Utilidade

Para evitar confusões entre a expressão “interesse próprio” e a palavra “egoísmo”, os economistas preferem usar a palavra “utilidade”, que é aplicada na economia em dois sentidos bem diferentes:

No primeiro sentido, é empregada na análise do valor de um custo ou de um benefício incertos em oposição a um benefício seguro. A utilidade, nesse sentido, se liga a um conceito de risco. Por exemplo, suponha que se tenha um patrimônio médio de um milhão de dólares, estar-se-ia disposto a apostá-lo com 50% de

⁴⁵ “Racionalidad significa, para um economista, uma disposición a escoger, consciente o inconscientemente, un medio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge. En otras palabras, la racionalidad es la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse en la vida” (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 46).

⁴⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473-474.

⁴⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 25-26.

chance de ganhar dois milhões? Se a resposta for negativa, significa que o primeiro milhão é mais valioso que um segundo milhão e que provavelmente se tenha aversão ao risco. A aversão ao risco é um corolário do princípio da utilidade marginal decrescente do dinheiro, o que significa simplesmente que quanto mais dinheiro se tem, menos felicidade se obterá com o recebimento de mais dinheiro. Agora, imagine que se tenha um real, estar-se-ia disposto a apostá-lo com 50% de chance de ganhar dois reais? É bastante provável que sim.⁴⁸

Já no segundo sentido, é empregada como sinônimo de felicidade. Para explicá-lo, utiliza-se o seguinte exemplo de Posner: Suponha que uma família pobre tenha um filho anão, que precisa do medicamento **X** para crescer. Essa família não tem dinheiro para comprá-lo e nem sequer poderá pedir dinheiro emprestado para pagá-lo, pois não terá condições de adimplir o empréstimo futuramente. Agora, imagine uma família rica, que possui um filho de estatura baixa, que precisa do medicamento **X** para crescer mais alguns centímetros, esta família comprará o medicamento. No sentido da utilidade como felicidade, pode-se concluir que o remédio trará mais felicidade para a família pobre do que para a família rica. Todavia, o remédio é mais valioso para a família rica do que para a família pobre, porque o valor⁴⁹ se mede pela disposição de pagar.⁵⁰

Assim, a maximização da riqueza⁵¹ abrange diversas esferas da vida, não só no âmbito dos mercados (compra e venda), estando presente também quando: a) o “criminoso” decide se vai cometer outro crime; b) o litigante decide se faz um acordo ou ajuíza uma ação; c) o legislador escolhe se vai votar favorável à aprovação de uma lei; d) o juiz analisa a melhor maneira de sentenciar um caso; e) os estados decidem se vão conceder um medicamento; e etc.⁵²

Note-se que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização, e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser conscientes. Não se pode esquecer que racional indica

⁴⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 36.

⁴⁹ “El valor económico del algo es lo que alguien esté dispuesto a pagar por ello o, si y a lo tiene, la cantidad de dinero que pide para privarse de esse algo.” (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 36).

⁵⁰ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 37.

⁵¹ A ‘riqueza’, em ‘maximização da riqueza’ refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se predispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofía do direito**, p. 477).

⁵² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofía do direito**, p. 474.

adequação de meios e fins, e não meditação sobre as coisas, bem como que boa parte do conhecimento é implícita.⁵³

1.2.2 A Análise Econômica do Direito no *common law*

Para Posner, o sistema do *common law*⁵⁴ facilita as transações de maximização da riqueza, pois reconhece e protege os direitos de propriedade, protege o processo de troca e ainda estipula regras procedimentais para resolver litígios nas diversas áreas da vida com o máximo de eficiência possível.⁵⁵ Isso porque, no sistema no *common law*, são os juízes que criam e aperfeiçoam o direito, e não o legislativo e o executivo. Assim, a decisão a ser proferida em um caso dependerá das decisões que já foram tomadas em casos anteriores e influenciará as decisões a ser tomadas em casos futuros, razão pela qual se tem argumentado que o próprio sistema de precedentes é dotado de equilíbrio econômico, pois quanto maior for o número de precedentes recentes em uma área, menor será o número de ações levada a juízo.⁵⁶

Além disso, a existência de grande número de precedentes permite que as partes das demandas criem estimativas semelhantes acerca do resultado provável de um julgamento, de modo que, se as duas partes têm a mesma ideia sobre o resultado do julgamento, entrarão em um acordo. Não obstante, com menos ações em juízo, menor será o número de novos precedentes criados, e os existentes vão se tornar antiquados. Logo, o número de ações discutidas em juízo aumentará, produzindo mais precedentes e, dessa forma, levando novamente a uma queda no índice de litígios.⁵⁷

Todavia, apesar do sistema do *common law* facilitar as transações de maximização da riqueza, os campos do direito cuja elaboração fica a cargo dos juízes devem ser aqueles em que as pressões dos grupos de interesse são bastante fracas para desviar a legislatura da busca de interesse geral. Desse modo, o legislativo deve se concentrar no atendimento das exigências de distribuição da

⁵³ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, p. 474.

⁵⁴ No sistema do *common law* são os juízes que criam e aperfeiçoam o direito, e não o legislativo e o executivo. Assim, a decisão a ser proferida em um caso dependerá das decisões que já foram tomadas em casos anteriores e influenciarão as decisões a serem tomadas em casos futuros.

⁵⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, p. 479.

⁵⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, p. 481.

⁵⁷ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, p. 481-482.

riqueza, por parte dos grupos de interesse, e o judiciário no atendimento da grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança, da propriedade e da transação.⁵⁸

Portanto, segundo Richard A. Posner, a maximização da riqueza não é apenas uma guia para o julgamento com base no *common law*, mas também um valor social natural e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, pois ela oferece não apenas a chave para uma descrição precisa do que compete aos juízes fazer, mas também o referencial completo para a crítica e a reformulação.⁵⁹

1.2.3 Eficiência

Relativamente à eficiência, palavra tão utilizada no presente trabalho, cumpre consignar que esta pode ser analisada sob a ótica de Pareto e de Kaldor-Hicks.

No sentido de Pareto, uma transação seria eficiente quando melhorasse ao menos a situação de uma pessoa, não piorando a situação de ninguém. Todavia, tal postulado é uma metáfora, de impossível cumprimento prático, pois não há como coordenar todas as ações, obter todas as informações e implementar transações de custo zero ou com externalidades nulas a todo momento, assim como também é impossível controlar as decisões dos empresários. Sempre haverá a possibilidade de terceiros sofrerem os efeitos da negociação, não se podendo afirmar que não haverá danos para os não envolvidos no contrato.⁶⁰

Já para Kaldor-Hicks, se **A** está disposto a vender um relógio por 50 reais e **B** disposto a comprá-lo por 120 reais, ter-se-ia uma transação benéfica se os preços ficassem entre 50 e 120 reais. A um preço de 100 reais, por exemplo, **A** se considera 50 reais mais rico e **B** se considera 20 reais mais rico. Nesse contexto, segundo o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, uma transação seria eficiente sempre que o dano causado a terceiros não excedesse a 70 reais. Contudo, não se teria um “ótimo Pareto”, tendo em vista que, no exemplo em questão, a transação, apesar de melhorar a situação de **A**, que vendeu o relógio 50 reais mais caro, piorou

⁵⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, p. 482-483.

⁵⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, p. 484.

⁶⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 73.

a condição de **B**, que pagou 50 reais a mais do que **A** estava disposto a vendê-lo. Para Posner, a definição de eficiência na econômica não deve ser entendida no sentido de Pareto, pois, ainda que **A** estivesse disposto a vender o relógio a **B** por menos do que o valora, motivado pela falta de dinheiro e pela necessidade de se alimentar, a transação melhoraria tanto a situação de **A** como a situação de **B**.⁶¹

Ainda, segundo esse raciocínio, uma transação será eficiente sempre que os benefícios gerados forem suficientes para compensar a perda dos prejudicados.

Trazendo esse conceito para o âmbito do direito, tem-se que uma decisão será justa sempre que os benefícios gerados a uma das partes forem suficientes para recompensar os prejuízos sofridos pela outra em decorrência da decisão judicial. Destarte, compete ao juiz a análise do custo-benefício, a valoração dos riscos e a promoção da maximização da riqueza, sendo que as decisões judiciais que se basearem nessas premissas serão consideradas justas e as que não se pautarem injustas.

Além da compreensão dos conceitos de utilidade e eficiência para a teoria econômica do direito, mostra-se imprescindível apreciar os aspectos normativos e positivos da Análise Econômica do Direito.

1.2.4 A análise econômica positiva e normativa do direito

Posner considera que, apesar de um economista não poder dizer à sociedade que esta deve tratar de limitar o roubo, pode demonstrar à sociedade que seria ineficiente permitir um roubo de forma ilimitada; assim, um economista pode esclarecer um conflito de valores, demonstrando quanto de um valor (a eficiência) deve ser sacrificado para se alcançar o outro. Logo, se o objetivo da sociedade for limitar o roubo, o economista, segundo a teoria normativa da Análise Econômica do Direito, deve ser capaz de demonstrar que os meios que a sociedade tem empregado para alcançar essa meta são ineficientes, que a sociedade poderia obter melhor prevenção, a um custo menor, empregando métodos diferentes, desde que estes não prejudiquem outros valores socialmente desejáveis.⁶²

Portanto, a teoria normativa se preocupada com **o que deve ser**, estando

⁶¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 39-40.

⁶² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 57.

relacionada a um critério de valor. Já a teoria positiva se preocupa com **o que é**, estando relacionada a um critério de verdade. Destarte, enquanto a teoria normativa busca modificar as regras para torná-las melhores, a teoria positiva se preocupa em explicar as normas e os resultados legais dessas normas tal como são.

Ivo Gico Jr. elucida de forma bem clara a relação entre as duas teorias:

A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é possível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão.⁶³

Referido autor demonstra, ainda, de forma didática, as diferenças entre a teoria positiva e a teoria normativa⁶⁴:

Positivo	Normativo
É	Deve ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeiro/Falso	Bom/Ruim

Em síntese, a teoria positiva ajuda a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as consequências prováveis decorrentes da escolha de uma ou de outra norma, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva. Por sua vez, a teoria normativa, nos auxilia a escolher, entre as alternativas possíveis, a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dentro dos valores previamente definidos.⁶⁵

A teoria da Análise Econômica do Direito de Richard Posner é dividida em

⁶³ GICO JR., Ivo Teixeira. **Economic Analysis of Law Review**. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. V. 1, n. 1, jan.-jun, 2010, p. 18. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44> Acesso em: 27 de março de 2013.

⁶⁴ GICO JR., Ivo Teixeira. **Economic Analysis of Law Review**, p. 18.

⁶⁵ GICO JR., Ivo Teixeira. **Economic Analysis of Law Review**, p. 18.

duas partes, uma normativa e outra positiva, mas a Escola de Chicago, que tem como um dos grandes expoentes Posner, está intimamente ligada à noção positiva da Análise Econômica do Direito.

1.2.4 Aspectos destacados da Escola de Chicago

O campo direito e economia é sem dúvida o mais bem sucedido da economia e este sucesso foi em grande parte impulsionada por estudiosos da Universidade de Chicago. A Escola de Chicago foi a principal responsável pela multiplicação da Análise Econômica do Direito nas universidades, departamentos e salas de audiência dos Estados Unidos e, até mesmo, de todo o mundo.⁶⁶

A origem da Escola de Chicago se deu no final da década de 1930, quando a faculdade, sob a liderança de Dean Wilber Katz, instituiu um currículo de quatro anos, que incluiu cursos de economia, contabilidade e outros assuntos fora da esfera tradicional de formação jurídica (Katz 1937).⁶⁷

Acadêmicos como Henry Simons e Aeron Director, foram os responsáveis pela introdução e consolidação de um currículo interdisciplinar (direito e economia) num período de maturação que teve início no final da década de 1930 e se estendeu até meados de 1940. Nesse início, assuntos como antitruste e influência do direito na eficiência do sistema produtivo dominavam as pesquisas.⁶⁸

A visão de Simons, de que a lei deve ser estruturada de forma a promover a concorrência, refletiu a perspectiva que se tornou a pedra angular da Escola de Chicago. Também teve fundamental importância o papel que Simons desempenhou no estabelecimento do programa de direito e economia na Universidade de Chicago. Todavia, a sua contribuição mais significativa, juntamente com Friedrich A. Hayek e com o apoio financeiro do Fundo de Volker, foi trazer para a faculdade de Direito o indivíduo responsável por estabelecer firmemente a Análise Econômica do Direito da

⁶⁶ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**. Jun. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560941> Acesso em: 01 de abril de 2013, p. 01-02.

⁶⁷ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 06.

⁶⁸ FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação: tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/direito-economia/disciplinas/1/floresfilho-2007.pdf>> Acesso em: 01 de abril de 2013, p. 01-02.

Escola de Chicago – Aeron Director.⁶⁹

Director, assim como Simons, era um estudante de Frank Knight e havia sido membro da Faculdade de Economia em 1930. Em 1946, assumiu a diretoria de um centro universitário (afiliado à escola de direito), dedicando-se a realizar “um estudo do quadro jurídico institucional adequado para um sistema efetivamente competitivo” e, após a morte de Simons, assumiu a responsabilidade de ensinar seu curso sobre “A Análise Econômica das Políticas Públicas”.⁷⁰

Director também foi convidado por Edward Levi para colaborar no ensino do direito antitruste e, por meio dessa disciplina, teve uma influência significativa em estudantes de Direito da Universidade de Chicago, incluindo vários indivíduos, como por exemplo, Robert Bork, John McGee, e Ward S. Bowman Jr., que passaram a ser estudiosos proeminentes.⁷¹

Em 1958, Director fundou a Revista de Direito e Economia. As publicações de Director são mínimas e seu impacto sobre a Escola de Chicago é quase exclusivamente oral. Dentre as mensagens mais importantes transmitidas por Director aos estudantes, pode-se destacar a seguinte: O mercado, e não o governo, tem melhores mecanismos de coordenação e regulação, de modo que, para ele, a regulação econômica era função própria do mercado e não do Estado.⁷²

As contribuições da Escola de Chicago, nessa época, podem ser extraídas de uma carta que Henry Simons⁷³ escreveu a Hayek: “*A distinctive feature of Chicago economics as represented recently by Knight and Viner, is its traditional liberal political philosophy, its emphasis on the dispersion of economic power, free markets, and a political decentralization*”.⁷⁴

Após a segunda guerra mundial, os economistas de Chicago comprometeram-se em elaborar, ampliar e fortalecer essa tradição, demonstrando, em termos formais, o nexos detalhado entre mercados competitivos e resultados eficientes, surgindo, assim, uma segunda escola, tanto de pensamento econômico como de direito e economia. Liderados por Milton Friedman e George Stigler, os

⁶⁹ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 08.

⁷⁰ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 08.

⁷¹ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 08-09.

⁷² MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 09.

⁷³ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 12.

⁷⁴ “Uma característica distintiva da economia de Chicago, que foi representada recentemente por Knight e Viner, é a sua filosofia tradicional de política liberal, sua ênfase na dispersão do poder econômico, dos mercados livres e da descentralização política” (Tradução livre).

economistas reforçaram a teoria com uma pesquisa empírica para clamar por menos intervenção governamental, por menos políticas de distribuição de renda, por mais confiança na troca voluntária e no *common law* para mediar conflitos e pela promoção da iniciativa privada, todas estas medidas que, segundo as evidências das provas fornecidas pela pesquisa empírica, facilitariam a alocação mais eficiente de recursos.⁷⁵

Os trabalhos fundados nas premissas da segunda escola econômica de Chicago e nos artigos de Ronald Coase marcaram o surgimento da Análise Econômica do Direito, que teve como principais expoentes, em Chicago, Richard Posner e Gary Becker. Cumpre consignar, também, que o novo pensamento tinha como base a aplicação das técnicas da análise empírica e do individualismo metodológico para explicar a supremacia da regulação por instrumentos de mercado.⁷⁶

A Escola de Chicago, a partir dos estudos voltados para a Análise Econômica do Direito, se consolida como a pioneira da *Law and Economics*, mantendo uma metodologia fundada em três pilares básicos: a) as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações; b) “as normas legais são preços”; c) o direito deve ser analisado sob a perspectiva da eficiência.⁷⁷

Os itens a) e c) já foram examinados nesse subtítulo. A respeito do item b), ou seja, de que “as normas legais são preços”, a Escola de Chicago acredita que as normas podem impor constrangimentos legais, incentivos legais ou sanções premiais, que impedirão as pessoas de praticarem condutas indesejáveis. Essa dicotomia custo/incentivo gera uma estrutura similar a do mercado, em que os indivíduos decidem a sua postura em relação ao ordenamento jurídico, seguindo a mesma lógica pela qual se posicionam nas questões econômicas.⁷⁸

Note-se que todos os conceitos vistos acima (maximização da riqueza, utilidade e eficiência) foram descritos com base nas obras de Posner e, portanto, são constantemente utilizados pelo autor – apesar de recentemente, em face da

⁷⁵ MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**, p. 13.

⁷⁶ FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação**: tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro, p. 02.

⁷⁷ FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação**: tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro, p. 02.

⁷⁸ FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação**: tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro, p. 03.

crise de 2008, ele próprio ter relativizado a noção de maximização da riqueza⁷⁹ –, sendo de fundamental importância para a compreensão da metodologia empregada pela Escola de Chicago. Além disso, sintetizam a visão geral de Posner na relação entre Direito e Economia. Contudo, para o presente trabalho, torna-se importante examinar a aplicação desses conceitos em um ramo específico do direito, qual seja: o Direito Penal.

⁷⁹ POSNER, Richard A.. **A failure of capitalism**. Harvard University Press: Cambridge, 2009.

1.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL DE RICHARD A. POSNER.

A teoria economicista dos delitos e das penas é um das mais modernas teorias da criminalidade, que tenta explicar a origem do crime e a melhor maneira de evitar a criminalidade (custo-benefício) a partir de conceitos e princípios utilizados na economia, tais como eficiência, utilidade, custo-benefício e risco.

Aludida teoria tem como ponto de partida o exame feito pelo sujeito sobre o custo-benefício da prática de determinada conduta considerada lesiva pela sociedade; assim, tanto os “criminosos” como os encarregados da elaboração de políticas criminais e, até mesmo, o Poder Legislativo, devem utilizar tal análise para a investigação da criminalidade.⁸⁰

Partindo-se desse raciocínio, conclui-se que uma pessoa comete um crime, porque os benefícios esperados do delito para ela superam os custos. Os benefícios são as diversas satisfações tangíveis (dinheiro) e intangíveis (delitos passionais) derivadas do crime. Os custos incluem diversos gastos pecuniários (compra de ferramentas para a prática do crime), os custos de oportunidade do delito⁸¹ e os custos esperados da pena.⁸²

A Análise Econômica do Direito Penal de Richard Posner tem como foco central de estudo o exame dos custos esperados da pena, de modo que, segundo ele⁸³, *“la sanción penal debe estructurarse de tal modo que el delincuente vea empeorada su situación por la comisión del acto.”*⁸⁴

Portanto, considera que a pena equivale ao preço que o “criminoso” deve pagar pela prática de uma atividade ilegal, de modo que o sistema penal deve ser constituído por um conjunto de mecanismos que, de maneira semelhante a quaisquer outras atividades de natureza econômica, estabeleça preços que sejam

⁸⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal. v. 7, set. 2005, p. 67.

⁸¹ Como os recursos são escassos, mas os desejos e necessidades humanas não são, só se pode satisfazer uma necessidade se deixar de satisfazer outra. A alternativa que se abdicou é o que se chama de custo de oportunidade. (ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao Estudo da Análise Econômica do Direito**, p. 15). Assim, o custo de oportunidade do delito, é a quantidade de coisas a que se deve renunciar para praticá-lo, como exemplo, pode-se citar o trabalho legal, o convívio em sociedade e a educação.

⁸² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 349-350.

⁸³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 351.

⁸⁴ “[...] A sanção penal deve estruturar-se de tal modo que o ‘criminoso’ veja piorada a sua situação pela prática do crime” (Tradução livre).

capazes de inibir a atividade economicamente ineficiente (delitos). Ademais, deve também incentivar as transações que suponham o mínimo custo e a maior utilidade, fazendo o melhor uso dos recursos disponíveis à conservação da paz pública.

Seguindo esse raciocínio, percebe-se claramente que, a quantidade da pena imposta e a efetiva possibilidade de condenação e prisão está intimamente relacionada com a quantidade e o tipo dos delitos que são praticados, porquanto, as mudanças nos benefícios e nos custos da prática de um determinado tipo de crime podem ter efeitos sobre outros tipos de crime. Destarte, se a probabilidade de ser condenado por extorsão aumenta, alguns infratores podem mudar para o roubo; em outras palavras, o “criminoso” substitui um crime por outro, da mesma forma que as pessoas passam a comprar mais maçãs quando o preço da laranja aumenta.⁸⁵

A hipótese de que as pessoas comprem menos os bens quando seus preços aumentam recebeu o nome de “Primeira Lei da Demanda”. Já a ideia de que as pessoas cometem menos um crime quando a pena esperada aumenta, pode ser chamada de “Primeira Lei da Dissuasão”.⁸⁶

Não obstante, o legislador, ao majorar a pena de um delito, deve considerar que, por exemplo, se o roubo for castigado tão severamente como o homicídio, o ladrão poderá facilmente assassinar a sua vítima para eliminar uma testemunha. Da mesma forma, se a pena do roubo de bicicletas for igual à pena do roubo de automóveis, o ladrão poderá facilmente optar pelo roubo de automóveis. Portanto, o aumento da severidade do castigo de um delito deve ser feito com cautela, pois poderá incentivar o “criminoso” a substituir esse delito por outro mais grave.⁸⁷

Em síntese, o “criminoso” se considera um agente maximizador, que analisa racionalmente as expectativas do custo-benefício que lhe oferece a prática do delito. A pena, como já foi dito, é o preço resultante do equilíbrio entre a demanda por segurança e a oferta de delitos. Logo, o sistema de justiça penal é um autêntico mercado, em que se resolvem esses tipos de transações e se otimizam todos os recursos, públicos ou privados, necessários para se alcançar uma combinação

⁸⁵ EIDE, Erling; Rubin, Paul H.; Shepherd, Joanna M.. **Foundations and Trends in Microeconomics. Economics of Crime**. v. 2, n. 3, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1912073>> Acesso em: 03 de abril de 2013, p. 226.

⁸⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 480.

⁸⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 354.

perfeita entre a segurança e os gastos mais eficientes.⁸⁸

Observa-se, portanto, que a Análise Econômica do Direito penal parte do pressuposto de que o delinquente age racionalmente⁸⁹, isto é, tem plenas condições de entender o caráter ilícito da conduta e de examinar os custos e os benefícios advindos com a prática delitiva, agindo, assim, de acordo com as conclusões obtidas.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que todos os cidadãos têm conhecimento das leis penais, inclusive de suas alterações, do alcance dos tipos penais, do montante das penas cominadas e das formas de execução da sanção, pois só assim poderão calcular o custo-benefício da prática da conduta delitiva.⁹⁰

Nesse sentido, Gary Becker⁹¹ entende que:

The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resource at other activities. Some persons become "criminals", therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ.⁹²

Acerca da racionalidade do apenado, Richard Posner assevera que, apesar da noção do "criminoso" como um calculador racional parecer pouco realista para muitas pessoas, mormente quando aplicada ao apenado com pouca instrução ou a delitos que não são cometidos por ganância pecuniária (crimes passionais), há uma grande produção literária empírica sobre o delito, revelando que os "criminosos" respondem às mudanças nos custos de oportunidade, na probabilidade de apreensão, na severidade do castigo e de outras variáveis relevantes, como se fossem efetivamente os calculadores racionais do modelo econômico, independente do delito ter sido cometido por ganância pecuniária ou por impulso passional, ou por

⁸⁸ MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. **La Economía Del Delito y de las Penas**. Granada: Comares, 1998, p. IX.

⁸⁹ Robert Cooter e Thomas Ulen chamam o "criminoso" de "pessoa racional e amoral", ou seja, alguém que determina cuidadosamente os meios de se produzir fins criminosos sem ser limitado pela culpa ou por uma moralidade internalizada. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**, p. 480).

⁹⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 74.

⁹¹ BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. Journal of Political Economy, 1968. Disponível em: <<http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>> Acesso em: 03 de abril de 2013, p. 176.

⁹² "A abordagem adotada aqui segue a análise usualmente feita pelos economistas acerca das escolhas e pressupõe que uma pessoa comete um delito quando a utilidade esperada para ela ultrapassa a utilidade que ela poderia obter usando seu tempo e seus recursos em outras atividades. Alguns indivíduos se tornam "criminosos", portanto, não porque a sua motivação básica é diferente da de outros indivíduos, mas porque os seus benefícios e custos são diferentes" (Tradução livre).

peessoas instruídas ou pouco instruídas, ou até mesmo por menores.⁹³

Assim, verifica-se que o comportamento do apenado é semelhante ao comportamento de qualquer pessoa quando precisa tomar decisões em quaisquer esferas da vida. Se os ganhos superarem os custos, muda-se de emprego, da mesma forma que, se os benefícios superarem as perdas, a conduta criminosa será praticada.

Note-se que o cálculo a ser feito pelo apenado leva em consideração elementos monetários (renda auferida, despesas com a aquisição de ferramentas à prática do crime e etc.) e não monetários (encarceramento, exclusão social, satisfação pessoal, prestígio na comunidade criminosa, prazer pelo perigo e etc.).

Todavia, o crime não gera custos apenas para o infrator; há custos arcados pela vítima, de ordem monetária (prejuízo econômico, sobretudo nos delitos patrimoniais) e não monetária (abalo moral e psíquico) e custos suportados pela sociedade, que também podem ser econômicos (despesas utilizadas para a manutenção do sistema de justiça criminal) e não econômicos (custo institucional afeto ao Estado, enquanto mantenedor da paz pública).⁹⁴

Ademais, de acordo com Calabresi e Melamed⁹⁵, *“the thief not only harms the victim, he undermines rules and distinctions of significance beyond the specific case”*⁹⁶, de modo que, na maioria das vezes, não se tem certeza se será economicamente eficiente fazer com que o autor do roubo devolva apenas o dinheiro roubado, assim, a pena deve exceder à reparação do dano, evitando-se com que a punição pela violação das regras de propriedade seja reduzida tão somente às regras de responsabilidade civil.⁹⁷

Não bastasse isso, Cooter e Ulen sustentam que “fazer com que os autores de desfalques devolvam o dinheiro roubado sempre que forem pegos pode não ser o suficiente para dissuadi-los”, devendo a pena real exceder à restituição perfeita, pois “o criminoso pode não ser detectado ou apreendido, ou não ser

⁹³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 350.

⁹⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 71.

⁹⁵ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral**. Harvard Law Review, v. 85, 1972. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1983/> Acesso em: 03 de abril de 2013, p. 1126.

⁹⁶ “O ladrão não causa apenas danos na vítima, ele também viola regras e valores protegidos pela norma” (Tradução livre).

⁹⁷ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral**, p. 1126.

condenado depois de apreendido”. Registre-se, ainda, que se a sanção penal (multa superior em 20% ao valor do objeto roubado) sempre for maior do que benefício auferido com a prática do crime (objeto roubado no valor de R\$ 1000,00 – mil reais), o “criminoso” verá que o ato delitivo piora a sua situação, o que impedirá com que o roubo ocorra.⁹⁸

Dessa forma, percebe-se que, como o que interessa é a redução dos custos, fica claro que toda a Análise Econômica do Direito penal tem como fundamento a função dissuasória da pena, tendo em vista que é muito mais barato trabalhar com a tendência da intimidação, evitando-se que os delitos sejam cometidos, do que recuperar e neutralizar o apenado, medidas que geram vultosos investimentos.⁹⁹

Richard A. Posner também segue essa linha, considerando que a teoria da sanção penal nada mais é do que uma teoria da dissuasão, em que o Estado reduz a demanda do delito, fixando um preço baixo, isto é, um custo esperado (pagar uma multa ou ir à prisão por cometer delitos). Na realidade, busca-se com a pena de multa e com o encarceramento apenas manter a credibilidade da dissuasão. Todavia, para o autor, essa concepção deixa de explicar muitos aspectos importantes sobre o sistema de justiça penal.¹⁰⁰

Um desses aspectos está relacionado à tentativa, pois, se o propósito do direito penal é de obrigar o “criminoso” a levar em consideração os custos de seus atos, porque este deveria ser castigado quando a sua conduta não gera nenhum custo, porquanto restou frustrada? Na maioria das vezes, pensa-se que a prisão, além de buscar a dissuasão, visa impedir novos atos criminais por parte do apenado que está encarcerado. Contudo, se o sistema da justiça penal mantém uma lista apropriada de preços para os atos ilícitos, porque alguém deveria se preocupar que o infrator, se não for encarcerado, mas castigado com severidade equivalente, poderá cometer novos delitos? Provavelmente só o fará se os seus atos estiverem justificados pelos custos sociais e privados.¹⁰¹

É verdade que o fato do apenado ter chegado tão perto do intento criminoso, indica que é muito provável que o tente de novo, a menos que sua

⁹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**, p. 475-476.

⁹⁹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 76.

¹⁰⁰ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 362.

¹⁰¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 362.

liberdade seja restringida. O infrator não pode ter certeza de que sua tentativa será exitosa e, se fracassar, além de perder os benefícios de um roubo exitoso, também incorrerá em custos adicionais (castigo). Portanto, se incrementa o custo esperado pelo delito consumado, sem aumentar a severidade do castigo deste delito.¹⁰²

Há duas razões econômicas para não se punir a tentativa tão severamente como o delito consumado. A primeira delas é dar ao infrator a chance de desistir de praticar o delito no último minuto. A segunda é reduzir os custos de se condenar um inocente, pois há uma maior probabilidade de que o acusado por um delito tentado seja inocente do que um acusado por um delito consumado. Ademais, se o castigo para a tentativa de homicídio, por exemplo, for o mesmo do que para o homicídio consumado, alguém que erre um disparo, poderia intentá-lo novamente, uma vez que, se tiver êxito, será castigado com a mesma severidade da tentativa infrutífera.¹⁰³

Relativamente à reincidência, Richard Posner entende que, se o objetivo do direito penal é a redução da quantidade de delitos, devemos cobrar mais das pessoas que mais valorizam a atividade criminosa, existindo, assim, várias justificativas econômicas para a imposição de castigos mais severos aos infratores reincidentes.¹⁰⁴

A primeira é que o efeito do estigma do castigo pode diminuir com as penas sucessivas. A outra é que o fato do acusado ter praticado delitos anteriormente, aumenta a confiança de que ele seja efetivamente culpado pelo crime que está sendo acusado, de modo que o risco de erros pelo judiciário é menor. A terceira é que, em decorrência da reiterada prática de crimes, o transgressor fica mais hábil e experiente, tornando-se mais difícil a sua apreensão e consequente punição. E, a última, consiste no argumento de que o castigo mais severo, para os reincidentes, busca eliminar o “criminoso” da carreira criminosa, antes que ele atinja a idade em que a ameaça da prisão tenha um efeito dissuasivo menor, em decorrência da expectativa de vida.¹⁰⁵

Além da análise econômica feita pelo Estado na fixação das sanções penais, que parte da investigação da racionalidade do “criminoso” no exame do custo-benefício do ato a ser praticado e vai até o exame dos crimes tentados, da

¹⁰² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 365.

¹⁰³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 365-366

¹⁰⁴ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 364.

¹⁰⁵ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 364.

reincidência e de outras situações semelhantes que aqui deixamos de analisar, cumpre ainda verificar os custos derivados da proteção privada, a fim de que se possam demonstrar os diversos tipos de custos envolvidos, a serem levados em conta pelo infrator quando da realização do ato criminoso, e os benefícios advindos da aplicação das penas de multa, assunto que ocupa grande parte da Análise Econômica do Direito Penal de Richard A. Posner.

Pois bem. Os custos derivados da proteção privada consistem nas precauções tomadas pelas vítimas, que são cada vez mais frequentes, objetivando diminuir as probabilidades de vitimização.

Essas precauções são criticadas, às vezes, por deslocarem o delito ao invés de reduzi-lo. Isso porque, impõem um custo externo, na medida em que as pessoas que não tomam precauções se tornam mais atraentes para o “criminoso”. Para Posner, a validade dessa crítica pressupõe que o infrator tenha ciência das precauções tomadas pela vítima, antes de praticar o delito. Se o “criminoso” não tem conhecimento das precauções, estas apenas importarão no aumento do custo esperado do crime, o que significa que foram tomadas precauções insuficientes.¹⁰⁶

Não obstante, se as precauções tomadas pela vítima forem eficazes para a prevenção do delito, a taxa dos delitos pode ser resistente aos esforços governamentais para reduzi-la. Suponha-se que a taxa de delinquência é elevada, apesar das vítimas potenciais estarem tomando muitas precauções, porque a taxa elevada de delinquência lhes dá um incentivo para tanto. Se o governo trata de diminuir a taxa de delinquência, fornecendo recursos ao sistema da justiça penal, a princípio terá êxito, ou seja, a taxa da delinquência baixará. Mas, à medida que a taxa baixa, as vítimas potenciais do delito tomarão menos precauções, porque o benefício esperado de tais precauções é menor do que o auferido pela baixa taxa de delinquência. Em consequência, a taxa da delinquência aumentará. Por esse raciocínio, conclui-se que é perfeitamente possível que os gastos públicos de prevenção de delito simplesmente tenham substituído os gastos privados.¹⁰⁷

Como se pode observar, há uma variada gama de custos (diretos e indiretos, monetários e não-monetários), que devem ser considerados pelo infrator quando decide ou não pela execução de um crime, assim como por aqueles cuja função é evitar a prática delitiva (Estado). Nesse contexto, o economista busca

¹⁰⁶ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 382.

¹⁰⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 383.

monetizar todos esses custos, transformando todos eles em moeda corrente, sendo exatamente nesse momento que a pena de multa e a pena privativa de liberdade aparecem como as de maior importância, dentre todas as utilizadas pelo direito penal.¹⁰⁸

Dessa forma, torna-se necessária a busca de valores equivalentes em moeda corrente para todos os custos e benefícios decorrentes do delito, mormente para fixar a quantidade da pena privativa de liberdade e da pena de multa que deverão ser impostas.¹⁰⁹

Richard A. Posner acredita que se deveria estimular o uso da pena de multa, pois ela é economicamente mais eficiente que a pena privativa de liberdade, porque a prisão, além de não gerar nenhuma arrecadação para o Estado, como as multas, gera custos sociais muito maiores do que os custos decorrentes da cobrança das multas. O encarceramento implica em despesas com a construção, manutenção e operação das prisões, além do indivíduo ficar inabilitado para o convívio social, aumentando a probabilidade de que venha a cometer novos delitos depois de solto. Contudo, não se deve esquecer que o encarceramento gera um benefício importante que a multa não gera, qual seja: impede que o apenado cometa novos delitos enquanto estiver encarcerado.¹¹⁰

Destarte, a pena de multa ganha destaque nas teorias economicistas do direito penal, pois os custos gerados com a sua imposição serão, na maioria das vezes, menores do que os provenientes da aplicação de pena privativa de liberdade. Nesse contexto, a pena de multa chega a ser considerada como um fator que anula os custos sociais decorrentes do crime, porquanto, além do baixo custo de imposição e arrecadação, funciona como uma compensação para o ofendido, ou para a sociedade, dos prejuízos suportados pelo ilícito penal, transferindo-se renda do condenado para as vítimas (diretas ou indiretas).¹¹¹

Registre-se, todavia, que a pena de multa só será eficiente quando os acusados forem solventes, caso contrário, a pena de multa também será custosa para o Estado, que deverá mover todo o aparato judiciário para perseguir bens do

¹⁰⁸ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 72.

¹⁰⁹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 72.

¹¹⁰ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 355-356.

¹¹¹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 77.

condenado, a fim de buscar o cumprimento da sanção penal.

Assim, como a maioria dos condenados por ilícitos penais não têm condições de pagar as multas fixadas, acaba-se utilizando a pena privativa de liberdade na maioria das vezes, que, para ser economicamente eficiente, deve mostrar ao apenado que o crime não é viável, fazendo com que ele escolha a prática de atividades lícitas.

Feitas as necessárias considerações sobre a Análise Econômica do Direito, sobretudo do direito penal, cumpre, agora, apreciar os modelos de políticas criminais (direito penal mínimo e direito penal máximo) e o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, que foi criado com o intuito de demonstrar ao apenado que o custo das rebeliões e da formação de facções dentro dos presídios é muito elevado, de modo que, seguindo a ótica das teorias economicistas dos delitos e das penas, é mais benéfico escolher se portar adequadamente, de acordo com as regras da execução penal, mantendo a paz dentro dos presídios.

CAPÍTULO 2 - MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.1 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL

O aumento da criminalidade é visto de diferentes formas pelos estudiosos. Grande parte deles acredita que o recrudescimento da legislação penal é a solução para acalmar a “população exaltada”, que assiste diariamente na televisão os horrores que um cidadão é capaz de fazer ao outro, de modo que o simples fato de retirar o apenado do convívio social, conferindo-lhe longas e pesadas penas, já é o suficiente para tranquilizar a opinião pública. São esses os adeptos do direito penal máximo.

A outra parcela deles, em sentido diametralmente oposto, entende que o direito penal precisa estar em consonância com os princípios e garantias fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portanto, qualquer sanção penal, por mais grave que tenha sido o crime cometido, deve observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanização das penas, da legalidade, da igualdade e etc. Esses últimos são os defensores do direito penal mínimo.

2.1.1 Direito penal mínimo

Nos anos 80, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro os movimentos reformistas descriminalizadores, com o objetivo de despenalização e descarcerização, sobre a ideia de que a incumbência do direito penal era a defesa dos direitos humanos, devendo para tanto, ser mínimo e garantista.

Nessa época, o direito penal liberal e suas garantias ressurgiram a todo vapor. Não somente as garantias formais, mas, sobretudo, as garantias materiais que estavam inseridas no próprio centro da ideia de Estado Democrático de Direito. Portanto, aceitar esse tipo de pacto fundador significava, ao mesmo tempo, reconhecer a legitimidade de princípios, tais como os da humanidade da pena, da

culpabilidade, da ressocialização, entre outros. O novo paradigma, então, pode ser resumido em duas palavras: o “garantismo” e o “direito penal mínimo”.¹¹²

É nesse contexto que aparecem as reformas penal e penitenciária de 1984, com as leis n. 7.209 e 7210. Esta objetivando a reabilitação do apenado à sociedade e, aquela, inovando com as penas de restrição de direitos, de prestação de serviços à comunidade, de limitação de final de semana e de interdição temporária de direitos, tendo em vista que antes só existiam as penas privativas de direitos e a pena de multa.

Quatro anos depois, a Constituição Federal de 1988 determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais (inciso I do art. 98), que foram instituídos somente sete anos depois, com a Lei n. 9.099/95, que introduziu a possibilidade de conciliação sobre danos materiais, a suspensão condicional do processo e a transação penal, isto é, formas de extinguir a punibilidade do infrator.

Além disso, observa-se que a própria Constituição Federal de 1988, ainda que não na sua totalidade¹¹³, adotou o modelo garantista e o princípio da intervenção penal mínima.

Note-se que todas as medidas acima citadas estão de acordo com as garantias e os princípios preconizados pela Constituição Federal de 1988. Todavia, há em nosso ordenamento jurídico uma série de leis e disposições que tomaram o caminho inverso, baseando-se na ideia de um direito penal máximo.

Segundo Luiz Flávio Gomes, para que o direito penal tenha coerência com o modelo de Estado que foi adotado no Brasil (Estado Constitucional¹¹⁴ e Humanitário de Direito), não há outra forma senão fazê-lo cumprir, com todas as

¹¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 07.

¹¹³ Eugênio Raúl Zaffaroni adverte que na própria Constituição Federal de 1988 o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima não o foram acolhidos em sua inteireza, admitindo-se algumas interferências: “Como entender que possa estar em consonância com o paradigma constitucional uma figura como a do ‘crime hediondo’? Como considerar em coerência com um sistema democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, tipos imprescritíveis? Como admitir numa Constituição de inspiração liberal que se determine a espécie de pena que o legislador infraconstitucional deve cominar para determinado delito? Como estabelecer, em nível constitucional, que o legislador ordinário deve necessariamente criminalizar condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente ou a menores? Por meio dessas infiltrações, verdadeiros ovos de serpente, é posto em cheque o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral v. 1, p. 10).

¹¹⁴ A esse propósito, ler: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A consolidação do estado constitucional de direito no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 03 de junho de 2013.

garantias, a todos os limites decorrentes da constituição vigente.¹¹⁵

Esses limites nada mais são do que os princípios constitucionais penais que restringem o *ius puniendi* do Estado, dos quais podemos citar o da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, legalidade, igualdade, humanização das penas, entre outros.

Tais princípios formam o denominado *Corpus Iuris* básico do sistema político criminal minimalista e devem ser rigorosamente observados para se obter um direito penal garantista de intervenção penal mínima.¹¹⁶

Embora o direito penal mínimo e o garantismo sejam convergentes e complementares, eles não se confundem. Isso porque, o minimalismo penal é um instrumento para dar efetividade ao garantismo, que é muito mais amplo. Enquanto o garantismo visa resguardar a todos os direitos e garantias fundamentais inerentes ao indivíduo na hora da aplicação da sanção penal, o minimalismo baseia-se no princípio da intervenção penal mínima, buscando a aplicação da pena somente como *ultima ratio*, quando outras medidas (esfera civil e administrativa) não forem cabíveis. Assim, na atualidade, são indivisíveis o minimalismo e o garantismo.

De acordo com os adeptos dessa corrente, o direito penal mínimo é o único instrumento razoável para que o Estado consiga aplicar de forma escoreta o seu *ius puniendi*, sem agir de modo tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos.¹¹⁷

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli assevera que:

[...] o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos.¹¹⁸

Logo, pode-se dizer que garantismo significa a tutela dos direitos fundamentais que constituem o objetivo justificante do direito penal, isto é, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das vedações e das sanções, a

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Leituras Complementares de Processo Penal**: limites do “jus puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 53.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Leituras Complementares de Processo Penal**: limites do “jus puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal, p. 54.

¹¹⁷ ROGÉRIO, Greco. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 35.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 102.

defesa dos fracos por meio de regras iguais para todos, a dignidade do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive mediante o respeito a sua verdade.¹¹⁹

Ainda, Luigi Ferrajoli ressalta que da palavra garantismo podemos distinguir três significados¹²⁰ diversos, sendo importante para o presente estudo apenas o primeiro deles, o qual dispõe que garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente no que tange ao direito penal, o modelo da estrita legalidade, determinando três esferas de limite ao Estado de Direito:

[...] sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.¹²¹

Portanto, falar em direito penal mínimo é edificar uma ordem jurídica compatível com os direitos de humanidade, negando ao Estado uma liberdade irrestrita para castigar, condenar e punir, o que apenas seria legítimo em regimes arbitrários e ditatoriais, onde os indivíduos são estimulados a verem o outro como um inimigo, dissolvendo-se, assim, os vínculos em sociedade, pois a negação do outro destrói a ideia de sociedade e, conseqüentemente, o próprio direito.¹²²

Assim, busca-se a menor intervenção estatal na restrição das liberdades, e para tanto, aplica-se a regra *in dubio pro reo*, utilizando o direito penal somente como *ultima ratio*, ou seja, deve-se buscar a melhor forma de reintegração social e somente em último caso aplicar as penas mais agressivas.¹²³

O direito penal mínimo, assim, possui como postulado central, o princípio da intervenção mínima, o qual teve suas origens no final do século XVIII, através do movimento iluminista¹²⁴, e está inserido no contexto de afirmação política da

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal, p. 312.

¹²⁰ “Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ [...] próprio do *Estado de direito*, [...] Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ [...] Segundo um terceiro significado, por fim, ‘garantismo’ designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesse dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal, p. 312).

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal, p. 312.

¹²² FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p.156-177, 2007, p. 83.

¹²³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal, p. 75.

¹²⁴ Movimento que pretendeu reduzir a legislação em geral, e especialmente a penal, com poucas,

burguesia, que reagia contra o sistema penal do absolutismo¹²⁵. Nessa época, na elaboração de novos postulados, podemos destacar: MONTESQUIEU, assentando que “quando um povo é virtuoso bastam poucas penas”; e BECCARIA, advertindo que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”. No mesmo sentido, a declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, em seu art. 8º determinava que “a lei apenas deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias”.¹²⁶

Surgia, assim, o princípio da intervenção mínima, pregando que a criminalidade de um fato só é legítima se constituir meio necessário para a proteção de um bem jurídico. Se houver outras formas de sanção suficientes para a tutela desse bem, a criminalização não é adequada.¹²⁷ Isto é, a sanção penal só será legítima se for usada como *ultima ratio*, caso não haja outras formas de proteção dos bens jurídicos.

O princípio da intervenção penal mínima limita o poder incriminador do Estado, pregando que a criminalização de uma conduta só será legítima se for meio necessário para proteger certos bens jurídicos. Enquanto outras formas de controle social forem suficientes, o direito penal não deverá ser aplicado. Se, para o restabelecimento da ordem jurídica violada, for suficiente a aplicação de medidas civis ou administrativas, estas devem ser aplicadas, e não a sanção penal.¹²⁸

Esse princípio impõe que o Estado intervenha na sociedade, por intermédio do direito penal, tão-somente quando todos os demais meios de controle falharem, revelando o caráter subsidiário¹²⁹, fragmentário¹³⁰ e acessório do direito

porém claras e simples leis. (LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 41).

¹²⁵ 1. Sistema de governo em que o governante se investe de poderes absolutos, sem limite algum, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania. 2. Dominação, despotismo, tirania. [...] (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1986, p. 16).

¹²⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 757, p.402-411, nov. 1998, p. 402.

¹²⁷ LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**, p. 39.

¹²⁸ BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p.81-88, 1996, p. 82.

¹²⁹ O princípio da [...] subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deveria intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material do Estado de Direito democrático. O uso excessivo da sanção criminal (inflação

penal. Em que pese se tratar de um princípio do direito penal hodierno, o que se percebe é que os Estados contemporâneos cada vez mais têm feito uso dessa forma de controle social, sem antes esgotarem as demais possibilidades. Esse fenômeno é conhecido, entre outras palavras, de inflação legislativa no campo penal, e é fortemente criticado pela doutrina penal.¹³¹

Note-se que, para que referido postulado se torne efetivo, é necessário que sejam criminalizadas somente as condutas ofensivas aos bens jurídicos indispensáveis a convivência humana e que devem ser protegidos pela força coatora do Estado por meio da sanção penal, como é o caso da vida, liberdade, integridade corporal, propriedade, entre outros.¹³²

O princípio em análise é admitido de forma geral nas constituições de diversos países. No Brasil, a constituição vigente diz serem invioláveis os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à propriedade (art. 5º, *caput*), colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Extrai-se, inegavelmente, dos postulados constitucionais acima citados, que a privação e restrição desses direitos invioláveis só será legítima quando a sanção penal for rigorosamente necessária para a tutela de bens jurídicos fundamentais ao ser humano, bem como de bens fundamentais indispensáveis para a sua realização social. Dessa forma, apesar de não estar explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção penal mínima se deduz de normas expressas na nossa constituição, sendo assim, um princípio nela inegavelmente existente.¹³³

Ainda acerca da intervenção penal mínima, cumpre consignar que, apesar

penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa. (BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 138-139).

¹³⁰ Já no postulado da *fragmentariedade*, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídico atribuída à lei não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressões, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar penalmente indiferente. (BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 138-139).

¹³¹ KIST, Dário José. Fundamentos do direito penal democrático. **Revista de Estudos Criminais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.110-137, 2001, p. 111.

¹³² KIST, Dário José. Fundamentos do direito penal democrático. **Revista de Estudos Criminais**, p. 127-128.

¹³³ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**, p. 40.

de haver uma concordância entre os especialistas do direito penal sobre a sua utilidade para que o Estado seja efetivamente liberal e democrático, priorizando as iniciativas individuais e tomando como base a vontade geral dos cidadãos, o que se observa, na realidade, é um movimento inverso, isto é, uma tendência dos Estados em preferirem, por se economicamente viável e fácil de ser implementado, o recurso à criminalização, tendo em vista que, efetivamente, é muito mais difícil educar para determinadas condutas e incentivar sua prática, por meio de formas promocionais. Destarte, a intervenção mínima ainda é um ideal, cuja realização plena parece distante.¹³⁴

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, o discurso do direito penal brasileiro, atualmente, é baseado na intervenção penal mínima, porém, não existe nenhuma correlação entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para solucionar alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da procura, no âmbito processual, de formas idôneas para suspender o processo de forma a solucionar o conflito de modo não punitivo, parte-se para um desordenado processo de criminalização, no qual a primeira e única resposta do Estado, tendo em vista o surgimento de um conflito social, é a aplicação da via penal. Para o autor, descriminalização e despenalização são conceitos fora de moda, em desuso. A palavra de ordem no momento é criminalizar, muito embora a função punitiva tenha uma finalidade meramente simbólica, como veremos a seguir.¹³⁵

2.1.2 Direito penal máximo

Quando se fala em aumento da criminalidade, o primeiro instrumento lembrado é o direito penal, conseqüentemente, como resposta a uma suposta violência globalizada, criam-se novos tipos penais, aumentam-se as penas e restringem-se cada vez mais as garantias fundamentais, colocando, certas pessoas, diante dos atos praticados, como “inimigos” do Estado.

O que se acaba de demonstrar nada mais é do que o chamado

¹³⁴ KIST, Dário José. Fundamentos do direito penal democrático. **Revista de Estudos Criminais**, p. 136.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral v. 1, p. 11.

“eficientismo penal” ou “direito penal máximo”, que será objeto de estudo neste momento. Para tanto, importante estabelecer o marco de surgimento desse tipo de Política Criminal.

O movimento da lei e da ordem apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos, na década de 70, como resposta ao aumento crescente da criminalidade. De acordo com Alberto Silva Franco, essa corrente encontrou suporte e força para se expandir devido a alguns fatos que ocorreram nas décadas de setentas e de oitentas do século passado:

a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestro de pessoas abandonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo a mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc) que atormentam o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, onnipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência para seu uso político.¹³⁶

Já na década de noventas, as campanhas da Lei e da Ordem se intensificaram com a criação da política de *tolerância zero* – guiada pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani –, que ganhou ares de cientificidade com a propagação da teoria *das janelas quebradas*.¹³⁷

Aludida teoria acredita que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública, evita o desencadeamento dos grandes atentados criminais, restabelecendo um clima sadio de ordem, pois demonstra a existência de uma autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em outras palavras: *“prender ladrões de ovos permite frear, ou simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei”*.¹³⁸

¹³⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 84.

¹³⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do sistema de controle penal. Rio de Janeiro: 2011, p. 33.

¹³⁸ WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 46, 2004, p. 244. De acordo com Loïc Wacquant, “essa autodenominada teoria é tudo menos científica, pois foi formulada vinte anos

Portanto, os seguidores dessa teoria sustentam que o combate à criminalidade deveria iniciar-se por meio da rigorosa repressão e perseguição dos pequenos delitos, como forma de conter a violência pela raiz e evitar a “primeira janela quebrada”.¹³⁹

A doutrina de *tolerância zero* se expandiu e conquistou adeptos em todo o mundo, denotando-se, em grande medida, que na globalização neoliberal é observada a intensificação de um fenômeno de uniformização e padronização das ideias e dos costumes das sociedades contemporâneas. As práticas características da cultura dominante eliminam a diversidade, impondo-se como modelo universal.¹⁴⁰

É fato que a mídia tem sido uma das maiores influentes para a organização de um movimento de endurecimento penal, na medida em que apresenta ao público todos os horrores que um homem pode ocasionar ao outro, inclusive, invertendo a máxima de que a inocência deve ser presumida ao passo que a culpa deve ser comprovada, apresentando o “criminoso” capturado à sociedade, sem, contudo, apresentar soluções para o problema da criminalidade. Desse modo, pode-se concluir que os meios de comunicação são responsáveis, se não pelo crime, mas pela dimensão que a ele tem se dado e pelo induzimento da população a recorrer aos benefícios inerentes à maximização penal.¹⁴¹

O movimento da lei e da ordem cresceu nesse contexto e, por essa razão, acredita que o crime é o lado patológico da sociedade, a criminalidade uma doença infecciosa e o “criminoso” um ser daninho. Para essa política criminal a sociedade divide-se em pessoas sadias, incapazes de praticar atos desviados e pessoas doentes, prontas para executar atos transgressivos. O segmento sadio da sociedade não poderia conviver ao lado do segmento contaminado, visto que poderia ser contagiado pelo vírus da criminalidade. Dessa forma, era preciso uma declaração de

atrás pelo cientista político ultraconservador James Q. Wilson e seu acólito George Kelling (antigo chefe da polícia de Kansas City, reconvertido depois em Senior Fellow no Manhattan Institute), sob a forma de um curto texto de nove páginas publicado, não em uma revista de criminologia, submetido à avaliação de pesquisadores competentes, mas no semanário cultural de grande triagem Atlantic Monthly (espécie de cruzamento entre L'Express e Marianne). E que desde então não recebeu o menor início de prova empírica.” (WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 46, 2004, p. 244-245).

¹³⁹ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do sistema de controle pena, p. 34.

¹⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do sistema de controle pena, p. 36.

¹⁴¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 86.

guerra, uma luta contra a parte doente da sociedade. Portanto, toda a sociedade deveria se mobilizar para acabar com o tripé: crime, criminalidade e criminoso.¹⁴²

Destarte, a sociedade, tomada por esse objetivo, deveria se unir para restabelecer a lei e a ordem, única forma capaz de fazer justiça aos homens de bem, aos que não delinquem e não possuem comportamentos desviados.¹⁴³

Na estrutura da *Law and Order*, criam-se tipos penais novos, exacerbam-se as penas dos tipos já existentes, alarga-se a esfera de atuação da polícia, aumentam-se as medidas cautelares, suprimem-se as garantias processuais, ou seja, reforça-se a repressão em detrimento da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias. As leis criadas nesse ambiente não precisam ser eficazes para a tutela de bens jurídicos, pois visam apenas dar tranquilidade, ainda que aparente, ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função puramente simbólica.¹⁴⁴

Fala-se em função puramente simbólica, porque as estatísticas demonstram e a realidade revela que o endurecimento das penas e a eliminação das garantias no processo penal não diminuem a criminalidade, simplesmente porque perduram, apesar desse rigor, níveis de pobreza que definham e enfraquecem o sistema. “Se tratar uma doença significa, primeiramente, diagnosticar as suas causas, para combatê-las, o direito penal máximo, desconsidera essa necessidade, simplesmente despreza os motivos e prescreve sanativos aleatoriamente”.¹⁴⁵

Não obstante, apesar de exercer uma função puramente simbólica, o Movimento da Lei e da Ordem trouxe tranquilidade à “população exaltada” e acabou se expandindo e conquistando adeptos em vários países, que têm encontrado como mecanismo de resposta a essa criminalidade crescente o endurecimento da legislação penal, tendo em vista que isso satisfaz a opinião pública, que acredita que o aumento da punição é a solução do problema.¹⁴⁶

No Brasil, as legislações de emergência, que visam acalmar a população

¹⁴² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 88.

¹⁴³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 89.

¹⁴⁴ FRANCO FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

¹⁴⁵ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 84.

¹⁴⁶ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 862, ago. 2007, p. 430.

e/ou conter um determinado tipo de criminalidade, por meio da relativização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, demonstram claramente o caráter repressivo que o direito penal vem adotando.

Um grande exemplo de legislação de emergência – além da Lei n. 10.792/03, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, alterando o art. 52 da Lei de Execução Penal, cujas disposições serão analisadas mais adiante –, é a Lei dos Crimes Hediondos, que surgiu com o objetivo de dar uma resposta à sociedade¹⁴⁷, porém sem nenhuma efetividade no âmbito penal, conforme assevera Alberto Silva Franco¹⁴⁸: “A Lei 8.072, na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à idéia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório”.

Isso porque, o direito penal máximo serve apenas para enfraquecer os direitos e garantias fundamentais e para acabar com a ideia de direito penal mínimo, dando causa à incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um direito penal autoritário.¹⁴⁹

A pressão da sociedade, amedrontada com a crescente criminalidade, tem servido como justificativa para o aumento da força do Estado, que passa a exercer o controle penal, criando, como dito alhures, novos tipos penais, enrijecendo as penas e suprimindo os direitos e garantias constitucionais, chegando até a se falar de um “direito penal do inimigo”, visando, pura e simplesmente, conter a criminalidade.¹⁵⁰

Para Günther Jakobs¹⁵¹, é considerado inimigo aquele indivíduo que não admite ser obrigado a ingressar no estado de cidadania, dessa forma, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Como exemplo de um ato característico de inimigo, o doutrinador cita o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001.

¹⁴⁷ “[...] a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8.072/90, p. 502).

¹⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 104.

¹⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, p. 104.

¹⁵⁰ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**. p. 433.

¹⁵¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

Continuando seu raciocínio, Jakobs ressalta que há dois modos do Estado tratar os apenados, pode vê-los como pessoas que delinquem ou como pessoas que tenham praticado um erro ou, ainda, como pessoas que devam ser impedidas de exterminar o ordenamento jurídico, mediante coação, pois, quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não pode esperar ser tratado como pessoa, e o Estado também não deve tratá-lo, já que do contrário, vulneraria o direito à segurança dos demais indivíduos.¹⁵²

Para o autor, determinados tipos de transgressores (como os terroristas, que atentam contra a segurança nacional), não devem ser tratados como pessoas pelo Estado, porquanto, esse tratamento não respeitaria o direito à segurança dos demais cidadãos. Desse modo, em um direito penal do inimigo¹⁵³, o Estado velaria pela proteção da segurança dos cidadãos e, conseqüentemente, o legislador ameaçaria os inimigos do Estado, com a imposição de penas mais rigorosas, supressão das garantias fundamentais entre outros.¹⁵⁴

Nesse passo, importante mencionar os ensinamentos de Manuel Cancio Meliá¹⁵⁵, o qual caracteriza o direito penal no inimigo em três elementos, são eles:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referencia: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

A pergunta que se faz é: o direito penal do inimigo seria compatível com um Estado Democrático de Direito, na medida em que suprime do indivíduo, considerado inimigo, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira e nos tratados internacionais de direitos humanos? Por óbvio que não, já que o direito penal legítimo apenas pode estar vinculado à Constituição democrática de cada Estado. Assim, as medidas preconizadas pelo direito penal do inimigo somente podem ser utilizadas em tempos excepcionais, tais como estado de

¹⁵² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 42.

¹⁵³ “O direito penal do inimigo seria um direito penal despreocupado com seus princípios fundamentais, uma vez que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.” (GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 22).

¹⁵⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 42.

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 67.

sítio, de defesa, entre outros, para que se possa falar em compatibilidade deste ao Estado Democrático de Direito¹⁵⁶. Todavia, não é o que se observa na prática.

É certo que o Estado pode privar o indivíduo de sua cidadania, mas isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, isto é, de sua qualidade de portador de todos os direitos que possui o ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa implica nessa privação.¹⁵⁷

Assim, não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um indivíduo sem afetar a sua condição de pessoa, pois essa é incompatível com puras contenções, as quais só são admitidas quando passageiras ou diante de condutas lesivas, em curso ou iminentes, que devam ser detidas a título de coerção direta.¹⁵⁸

Esse direito penal de exceção, pregado por Jakobs, é contrário aos princípios liberais basilares do Estado de Direito. Por mais grave e desumana que seja a conduta de um infrator, a ninguém, nem mesmo ao Estado, é legítimo tratá-lo como um ser privado dos direitos fundamentais, pois, a partir do momento em que se permite essa violação, abre-se perigoso precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos¹⁵⁹. O que caracteriza um verdadeiro retrocesso de anos de luta para o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais.

Diante do acima exposto, observa-se que o direito penal máximo caracteriza-se por ser um modelo incondicionado e ilimitado, além de ser excessivamente severo, diante da incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, assim, configura-se como um sistema incontrolável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação, uma vez que ele não obedece nem mesmo às garantias e aos direitos fundamentais inerentes ao homem e previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados de Direitos Internacionais.¹⁶⁰

¹⁵⁶ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**. p. 436.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 19.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. **O Inimigo no Direito Penal**, p. 19.

¹⁵⁹ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**. p. 438.

¹⁶⁰ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. p. 76.

Desse modo, embora a base do direito penal brasileiro seja a intervenção penal mínima, verifica-se uma tendência ao enrijecimento do sistema e à supressão de direitos e garantias fundamentais do cidadão considerado inimigo do Estado. Nesse cenário, objetivando o isolamento do condenado que participa de organização criminosa e provoca rebeliões nos presídios, atentando contra a ordem do estabelecimento penitenciário, surge o Regime Disciplinar Diferenciado.

2.2 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.2.1 Contexto de surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil

O Regime Disciplinar Diferenciado surge a partir do momento em que o Estado percebe que, o simples fato do “criminoso” estar atrás das grades, não é suficiente para impedir que este cometa novos delitos. Isso porque, os apenados estão cada vez mais especializados em burlar o sistema prisional, de modo que, mesmo encarcerados, conseguem comandar as ações criminosas dos grupos a que pertencem, utilizando-se, sobretudo, do auxílio de tecnologias e da ajuda dos agentes penitenciários que, em decorrência do baixo salário auferido, são facilmente corrompidos. Assim, observa-se que o sistema prisional é ineficiente para deter os “criminosos”, que continuam na atividade ilícita mesmo depois de encarcerados.

A especialização e a organização dos apenados têm sua origem no Brasil no final dos anos 70 e início dos anos 80, época em que uma parte da sociedade civil, movida por ideais revolucionários e descontentes com o regime militar, pegou em armas para se manifestar contra o sistema em vigor. No referido período, os assaltos a bancos se tornaram corriqueiros, pois os revolucionários precisavam angariar fundos para investir na revolução. Dessa forma, o Estado regulamentou, por meio do art. 27 do decreto-lei n. 898 de 1969, a inclusão desse tipo de crime na Lei de Segurança Nacional (LSN), passando, a partir de então, a serem julgados pelos Tribunais Militares.¹⁶¹

Destarte, o bandido comum e o preso político foram colocados no mesmo nível, sendo todos reunidos no Presídio da Ilha Grande – Rio de Janeiro. Por meio dessa interação, os presos políticos apresentaram aos presos comuns os conceitos coletivistas e a noção de organização para a prática de ações criminosas. Livros como Guerra de Guerrilhas (Che Guevara) e Manual do Guerrilheiro Urbano (Marighela) passaram pelas mãos dos presos comuns (bandidos).¹⁶²

Tempos depois, em decorrência da anistia, os presos políticos

¹⁶¹ LIRA, Jamerson Pereira de. **Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.** Regime Disciplinar Diferenciado: A (in)constitucionalidade do “regime” cautelar. v. 3, n. 27, jan./jun. 2008, p. 224-225.

¹⁶² LIRA, Jamerson Pereira de. **Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.** Regime Disciplinar Diferenciado: A (in)constitucionalidade do “regime” cautelar, p. 224-225.

conseguiram a liberdade, e com eles foram-se os ideais, ficando com os bandidos comuns apenas o conceito de coletivismo e a capacitação para melhor articular as ações.¹⁶³ Dessa mistura entre presos políticos e presos comuns, surgiram as facções criminosas, com alto grau de organização, das quais merecem destaque o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho. O conceito de coletivismo e a capacitação para melhor articular os atos ilícitos, fez com que seus líderes, mesmo encarcerados, conseguissem comandar as ações criminosas *extramuros*, arquitetando sequestros, determinando roubos, homicídios e etc.

Nesse contexto, o Estado, com o objetivo de dar uma resposta à sociedade aflita com os horrores praticados pelas facções criminosas, edita um regime de cumprimento de pena mais rigoroso que o fechado, isolando totalmente o preso da sociedade e, conseqüentemente, frustrando a sua empreitada criminosa, qual seja: o Regime Disciplinar Diferenciado.

A primeira experiência com aludido regime se deu no início de 2001, no Estado de São Paulo, como resposta à *megarrebelião* que envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 04 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado.¹⁶⁴

Aludida rebelião, diferentemente dos conflitos carcerários ocorridos até aquela data, tinha motivações mais amplas, pois não se restringia à simples denúncia das deficiências do sistema carcerário, mas, sobre grande influência de grupos organizados, buscava dar uma resposta às ações governamentais que tentavam dissuadir o Primeiro Comando da Capital (PCC),¹⁶⁵ ao transferir seus principais líderes para locais distantes da capital do Estado.

As principais reivindicações da *megarrebelião*, portanto, eram pedidos de retorno para a Casa de Detenção de São Paulo (Complexo Carandiru) de líderes do PCC que haviam sido recentemente transferidos para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, onde as regras disciplinares eram extremamente severas. Somente no segundo dia da rebelião é que foram apresentadas denúncias relativas às péssimas condições dos presídios, maus tratos contra os presos, ausência de assistência médica e judiciária, péssima qualidade da alimentação, arbitrariedades praticadas

¹⁶³ LIRA, Jamerson Pereira de. **Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape**. Regime Disciplinar Diferenciado: A (in)constitucionalidade do “regime” cautelar, p. 225.

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 272.

¹⁶⁵ Facção criminosa criada e ainda hoje existente nos presídios de São Paulo.

pelas autoridades, e etc..¹⁶⁶

O conflito durou dois dias e durante este período os meios de comunicação divulgaram ao vivo as imagens da *megarrebelião* para milhares de espectadores. O impacto provocado pela transmissão destas imagens foi enorme, principalmente porque milhares de visitantes e familiares dos presos se encontravam nos presídios quando da ocorrência do movimento.

Assim, a Secretaria de Administração Penitenciária paulista, como resposta à opinião pública e, na tentativa de assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional, diante do alto grau de organização das facções criminosas no Estado de São Paulo, mesmo dentro dos presídios, editou três resoluções.

A primeira delas foi a Resolução SAP/SP n. 26, de 04 de maio de 2001, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)¹⁶⁷ que, inicialmente, restringiu-se a 05 (cinco) unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. No decorrer do ano de 2001, as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o RDD, pois fora adaptado exclusivamente pra esse fim o Centro de Reabilitação Penitenciária de Presidente Bernardes, inaugurado em 02/04/2002.¹⁶⁸

Referida resolução previa, em síntese, que: o RDD seria aplicável, apenas nas unidades penitenciárias acima citadas, aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exigisse tratamento específico (art. 1º); o Diretor Técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, deveria solicitar a transferência do preso para o RDD, perante o Coordenador Regional das unidades prisionais que, se estivesse de acordo, encaminharia o pedido ao Secretário Adjunto, para decisão final (art. 2) e; o tempo máximo de permanência, na primeira vez, era de 180 dias, sendo que, nas demais, de 360 dias (art. 4º).¹⁶⁹

A segunda resolução editada foi a SAP/SP n. 49, de 17 de julho de 2002, que buscava limitar: o número de visitas, no máximo duas pessoas por dia de visita,

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**, p. 272-273.

¹⁶⁷ Sanção disciplinar que tem como objetivo isolar os líderes das organizações criminosas que se encontrem dentro do sistema prisional, enfraquecendo, assim, as ações criminosas

¹⁶⁸ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**, p. 273.

¹⁶⁹ Resolução SAP-026, de 04/05/2001. Diário Oficial – São Paulo, v. 111, n. 84, de 05/05/2001.

sem contar as crianças e com duração máxima de duas horas (art. 2º) e; as entrevistas dos presos com seus advogados, que deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento escrito ou oral, à Direção do estabelecimento, que designaria data e horário para o atendimento reservado dentro dos 10 dias subsequentes (art. 5º). Ficavam sujeitos às diretrizes da aludida Resolução, nos termos do seu art. 6º, todos os presos que cumprissem pena em Regime Disciplinar Diferenciado, ainda que em trânsito em outra unidade.¹⁷⁰

Ademais, em 19 de agosto de 2002, foi editada a terceira Resolução SAP/SP n. 59, que instituiu o regime disciplinar especial no complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia). A resolução destinava-se aos presos provisórios e condenados da região de Campinas, cuja conduta no convívio carcerário estivesse incluída em algumas das seguintes situações: incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; tentativa de fuga; participação em facções criminosas; posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa e; prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento. Além disso, a resolução previa que o tempo máximo de permanência no regime disciplinar especial era 360 dias, não havendo, ao contrário da Resolução SAP/SP n. 26, diferenciação de prazo máximo de permanência entre a primeira e as demais inclusões.¹⁷¹

Portanto, verifica-se que o Estado de São Paulo foi um dos primeiros a estabelecer padrões de conduta para os presos nas penitenciárias, consolidando um regime de disciplina e de punições administrativas nos presídios brasileiros, que são fixadas de acordo com a conveniência e a oportunidade da administração.

Não obstante, analisando-se a origem do Regime Disciplinar Diferenciado, verifica-se que a experiência inicial não ocorreu somente no Estado de São Paulo, mas, também, no Estado do Rio de Janeiro, em dezembro de 2002, quando, imediatamente após o término de uma rebelião liderada por Fernandinho Beira-Mar, no Presídio de Bangu I, os líderes foram isolados e os demais participantes foram colocados em regime disciplinar especial de segurança (RDES).

¹⁷⁰ Resolução SAP-049, de 17/07/2002. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_geral/leg_geral_resolucoes/ResolSAP49_02.htm> Acesso em: 08 de abril de 2013.

¹⁷¹ Resolução SAP-059, de 19/08/2002. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=12858&AnoMes=20028> Acesso em: 08 de abril de 2013.

Aludido instituto, em julho de 2003, foi reeditado pela Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, que generalizou o regime disciplinar de segurança (RDES) para outras penitenciárias.¹⁷²

Na época, o Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, Astério Pereira dos Santos, manifestou-se favoravelmente à implantação, tanto no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, do regime disciplinar especial de segurança, entendendo que se tratava, além de um imperativo de disciplina:

[...] de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode comprovar na semana passada. Na verdade, a greve de fome arquitetada pelas lideranças do Comando Vermelho não era bem quista pela grande maioria dos que a ela aderiu, mas que assim agiram por medo das retaliações que poderiam sofrer por insubordinação. Afastar essa liderança de opressores dos demais presos, quase sempre criminosos ocasionais e eventuais, de escassa ou nenhuma periculosidade é, sobretudo, em ato de humanidade.¹⁷³

Ao analisar o discurso, percebe-se claramente uma grande diferenciação entre os “criminosos” eventuais, de pouca periculosidade, e as lideranças opressoras das organizações criminosas. Observa-se, por esse lado, que a punição disciplinar ganha um aspecto de proteção da massa carcerária mais frágil, tendo em vista que os líderes das facções criminosas, que comandam as rebeliões nos presídios, quando da aplicação da medida disciplinar, ficariam isolados da massa.

Note-se que o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado por meio de uma Resolução (SAP/SP n. 26), primeiramente no Estado de São Paulo e, logo após, no Estado do Rio de Janeiro. Na época da sua aprovação, a resolução foi criticada por diversos órgãos¹⁷⁴, entre eles a Ordem dos Advogados do Brasil, que ingressou com

¹⁷² CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**, p. 274.

¹⁷³ SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial: legalidade e legitimidade**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/asterio_santos.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2013, p. 03.

¹⁷⁴ O Conselho Nacional de Política Criminal, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e também responsável pela execução da pena no Brasil, divulgou, assim que a resolução foi aprovada, manifesto público, asseverando que o regime disciplinar diferenciado viola os princípios básicos que regem as diretrizes de política criminal e penitenciária nacional e os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, relativamente aos direitos humanos, manifestando-se, também, pela sua inconstitucionalidade, arguindo que o regime fere o princípio da ressocialização, tendo em vista que impede o preso de trabalhar, de estudar e de receber visitas dos seus familiares. Ademais, considerou que o regime disciplinar diferenciado era um castigo físico e mental, que, ao invés de

recurso no Tribunal de Justiça, sustentando, em síntese, a inconstitucionalidade da resolução e buscando a sua anulação, pois a via normativa escolhida não era a adequada para a criação do instituto.

Ocorre que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi instigado a se manifestar sobre o assunto e, ao analisar o caso, afastou a alegada inconstitucionalidade, reconhecendo que os Estados-membros são autorizados pela Constituição Federal, no seu art. 24, I, a legislar sobre direito penitenciário.¹⁷⁵

Note-se que essas resoluções, criadas pela administração penitenciária do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro, tiveram grande repercussão nacional, sobretudo pela cobertura e apoio da imprensa, o que fez com que o parlamento fosse provocado a universalizar o Regime Disciplinar Diferenciado por meio de alteração na legislação Federal.

A medida de agravamento disciplinar foi a ferramenta encontrada pelo poder público de demonstrar o seu controle sobre os estabelecimentos prisionais. O exemplo mais nítido da incapacidade estatal ocorreu no episódio *Fernandinho Beira-Mar*.

[...] Naquele momento, a construção do *anti-herói nacional* – personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho – associada ao homicídio de dois Magistrados de Varas de Execução Criminais – 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) – agregaram o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização. O fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência e a vinculação da impunidade ao “excesso de direitos e garantias” dos presos (provisórios e condenados).¹⁷⁶

Em meados do primeiro semestre de 2003, como resposta a esses acontecimentos, foram divulgados pela imprensa projetos de alteração da estrutura normativa da política penitenciária, o que assombrou a comunidade jurídica nacional, comprometida com a garantia dos direitos fundamentais expressos na Constituição. Propagou-se nos meios de comunicação que a experiência nada comum do Regime Disciplinar Diferenciado, instituído em São Paulo e no Rio de

conter a violência e a insegurança pública, contribuiria para o seu aumento. (NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 99).

¹⁷⁵ MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, Vitória, 2007, p. 619.

¹⁷⁶ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**, 2007, p. 275-276.

Janeiro para “conter” conflitos carcerários, seria universalizada por Lei Federal.¹⁷⁷

Destarte, após algumas tentativas de legalizar o Regime Disciplinar Diferenciado (Medida Provisória n. 28, de 04/02/2002), o Poder Executivo Federal elaborou o Projeto de Lei n. 5.073/2001, que foi aprovado, originando a Lei n. 10.792/03, publicada em 02 de dezembro de 2003, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execução Penal, introduzindo, com força de Lei, o Regime Disciplinar Diferenciado em nosso ordenamento, não obstante a manifestação contrária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.¹⁷⁸

2.2.2 Estabelecimento do Regime Disciplinar Diferenciado (*supermax*) na cultura norte-americana

A primeira experiência com o confinamento em solitárias¹⁷⁹ nos Estados Unidos ocorreu na penitenciária Eastern State, na Filadélfia, em 1829. Aludido confinamento baseou-se na crença de que os presos isolados em celas de pedra, com apenas uma bíblia, usariam o tempo livre para se arrepender e rezar. Não obstante, muitos dos detentos cometeram suicídio, ficaram loucos, ou não foram mais capazes de conviver em sociedade, razão pela qual essa prática foi lentamente abandonada nas décadas que se seguiram.¹⁸⁰

Praticamente um século depois (1934), o governo federal abriu Alcatraz, na Baía de São Francisco, uma prisão federal de segurança máxima destinada a abrigar os piores “criminosos” do país, isto é, os apenados habituais e irretratáveis, reeditando a experiência com o confinamento em solitárias da penitenciária Eastern

¹⁷⁷ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**, 2007, p. 269.

¹⁷⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 54, n. 344, jun. 2006, p. 108.

¹⁷⁹ O confinamento em solitárias (regime disciplinar diferenciado ou *supermax*) é bastante semelhante com o sistema disciplinar “Panóptico” de Michel Foucault, em que “cada um, em seu lugar, está bem trancado em uma cela de onde é visto de frente para o vigia; mas os muros laterais impedem que entre em contato com seus companheiros. É visto, mas não vê; objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação. A disposição de seu quarto, em frente da torre central, lhe impõe uma visibilidade axial; mas as divisões do anel, essas celas bem separadas, implicam uma invisibilidade lateral. E esta é a garantia da ordem. Se os detentos são condenados não há perigo de complô, de tentativa de evasão coletiva, projeto de novos crimes para o futuro, más influências recíprocas”. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. História da violência nas prisões. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 166).

¹⁸⁰ SULLIVAN, Laura. **Timeline: Solitary Confinement in U.S. Prisons**. 2006. Disponível em: <<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5579901>> Acesso em: 09 de abril de 2013.

State, na Filadélfia.¹⁸¹

Em Alcatraz, a maioria dos detentos passava muitas horas no pátio e aprendendo ofícios, mas uma dúzia deles era mantida no Bloco D (corredor do confinamento solitário). Uma cela, em particular, era chamada de "o buraco" (uma sala toda de concreto com um orifício no chão, onde não havia luz, os presos eram mantidos nus e se alimentavam somente de pão e água). Embora a maioria dos presos só passasse alguns dias no "buraco", alguns deles passavam anos no Bloco D, onde, apesar das condições serem melhores do que no "buraco", pois os presos tinham roupas e alimentos, também não podiam ter contato com outros presos e nem ficar fora de suas celas.¹⁸²

Em 1963, a reabilitação tornou-se a principal razão para o confinamento penal e Alcatraz foi fechada, sendo seus presos distribuídos entre as penitenciárias federais existentes nos Estados Unidos.¹⁸³

Todavia, em 1978, o nível de assaltos e de violência contra os agentes penitenciários e a agitação nos presídios fez com que fosse desenvolvido um controle de segurança máxima na unidade penitenciária de Marion, Illinois.¹⁸⁴

Em 1983, na aludida unidade penitenciária, dois policiais foram assassinados por detentos, no mesmo dia e em dois incidentes diferentes. Tal episódio fez com que a penitenciária de Marion fosse convertida, por tempo indeterminado, em uma prisão administrativa de segregação ou de bloqueio, chamada de "permanent lockdown".¹⁸⁵

Marion foi, portanto, a primeira prisão nos Estados Unidos a adotar o isolamento completo por 23 horas diárias, a proibir o trabalho, a frequência em programas educativos e o convívio com os demais detentos.¹⁸⁶ Referida unidade prisional passou a abrigar os prisioneiros mais violentos e problemáticos, até a abertura da penitenciária administrativa máxima, em Florence, Colorado, em 1994,

¹⁸¹ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**. National Institute of Corrections, U.S. Department of Justice. 1999. Disponível em: <<http://static.nicic.gov/Library/014937.pdf>> Acesso em 09 de abril de 2013, p. 11.

¹⁸² SULLIVAN, Laura. **Timeline: Solitary Confinement in U.S. Prisons**.

¹⁸³ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**, p. 11.

¹⁸⁴ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**, p. 11.

¹⁸⁵ HAFEMEISTER, Thomas; GEORGE, Jeff. **The Ninth Circle of Hell: An eighth Amendment Analysis of Imposing Prolonged Supermax Solitary Confinement on Inmates With a Mental Illness**. Disponível em:

<http://www.denverlawreview.org/storage/print_vol_90_1/Issue1_Hafemeister_FINAL_ToDarby_021913.pdf> Acesso em: 09 de abril de 2013, p. 13.

¹⁸⁶ SULLIVAN, Laura. **Timeline: Solitary Confinement in U.S. Prisons**.

popularmente conhecida como "Alcatraz of the Rockies".¹⁸⁷ A partir de então, vários outros estados começaram a construir *supermax*¹⁸⁸ ou unidades de isolamento e controle nas prisões, impondo, por prazo indeterminado, a segregação disciplinar dos presos mais perigosos.

Ademais, com o aumento da população carcerária nos anos que se seguiram, a aglomeração dos presos nas celas se tornou comum na maior parte das prisões nos Estados Unidos, que passaram a operar bem acima da sua capacidade. Essa aglomeração, agravada pelo aumento de membros de gangues de rua, de traficantes, de doentes mentais e de menores infratores, fez com que os sistemas de correções fossem intensificados, na medida em que manter a ordem passou a ser um grande desafio para os agentes penitenciários e os administradores dos sistemas de correções. Dessa forma, os funcionários das penitenciárias, na tentativa de manter o controle, passaram a recorrer à introdução ou à instalação de unidades de *supermax*.¹⁸⁹

Em 1999, um relatório do Departamento de Justiça verificou que mais de 30 estados estavam trabalhando com instalações do tipo *supermax*, com 23 horas diária de bloqueio e isolamento por prazo indeterminado. O estudo constatou, ainda, que alguns estados colocavam 0,5% do total de seus detentos nesse tipo de instalação, enquanto outros estados isolavam mais de 20% de seus presos dessa maneira.¹⁹⁰

Certo é que a proliferação das unidades de *supermax* parece estar relacionada com a crença de que o isolamento dos presos subversivos auxilia na manutenção da ordem interna dos presídios, pois, muitos presos, por medo do bloqueio e do isolamento, mantêm comportamento compatível com a disciplina interna dos presídios, evitando a prática de comportamentos subversivos da ordem.

Aqui, mais uma vez, observa-se a existência de uma lógica econômica, porque se acredita que os custos dos comportamentos rebeldes dentro das

¹⁸⁷ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**, p. 11.

¹⁸⁸ O *supermax* pode ser uma unidade independente ou uma unidade distinta dentro de uma instalação penitenciária, que abriga detentos selecionados, isolando-os administrativamente, durante um longo período, e limitando a circulação e o acesso direito aos funcionários e aos outros internos. Os presos não têm acesso ao trabalho, à reabilitação, à recreação e a outras formas de atividades e programas, e os serviços prestados, incluindo os de saúde mental, são normalmente realizados por meio de uma pequena abertura na frente das celas. (HAFEMEISTER, Thomas; GEORGE, Jeff. **The Ninth Circle of Hell: An eighth Amendment Analysis of Imposing Prolonged Supermax Solitary Confinement on Inmates With a Mental Illness**, p. 15-16).

¹⁸⁹ RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**, p. 11.

¹⁹⁰ SULLIVAN, Laura. **Timeline: Solitary Confinement in U.S. Prisons**.

penitenciárias são muito maiores do que os benefícios advindos desses comportamentos, o que fará com que os “criminosos”, ao analisarem o custo-benefício de seus atos, evitem a prática de comportamentos indesejáveis dentro dos presídios.

Além disso, fica claro que o regime de segurança máxima (*supermax*) dos Estados Unidos foi importado para o direito brasileiro, onde recebeu o nome de Regime Disciplinar Diferenciado, possuindo os mesmos objetivos, ou seja, manter a ordem dentro dos presídios, e características e forma de cumprimento muito semelhantes, conforme demonstrar-se-á a seguir.

2.3 CARACTERÍSTICAS E HIPÓTESES DE INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado com a finalidade de garantir uma maior segurança nos estabelecimentos prisionais, isolando-se aquele “criminoso” líder ou integrante de organizações criminosas que é responsável por rebeliões e fugas ou que, mesmo encarcerado, comanda facções criminosas atuantes dentro dos presídios e na sociedade.¹⁹¹

Aludido instituto não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos já existentes, isto é, aberto, semi-aberto e fechado e tampouco uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime especial de disciplina carcerária, que possui como características um maior grau de isolamento do preso e das restrições ao contato com o mundo exterior, devendo ser aplicado como sanção disciplinar ou medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nos casos previstos na lei.¹⁹²

A Lei n. 10.792/03 incluiu o Regime Disciplinar Diferenciado no art. 52 da Lei de Execução Penal que, para melhor compreensão, transcreve-se:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações

¹⁹¹ BRASIL. Senado Federal. **PLC – Projeto de Lei da Câmara, n. 12 de 2003**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 11 de abril de 2013.

¹⁹² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 149.

criminosas, quadrilha ou bando.¹⁹³

Como se pode observar, o Regime Disciplinar Diferenciado é uma das modalidades de sanções disciplinares previstas no art. 53 da Lei de Execução Penal. Assim, basta que o agente pratique qualquer das condutas acima descritas para a aplicação do referido regime.

Importante ressaltar que, para a aplicação de tal sanção disciplinar, não é necessário que haja condenação ou trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois, se assim fosse, a finalidade desse instituto não seria alcançada.¹⁹⁴

Pode-se dizer também que o Regime Disciplinar Diferenciado é caracterizado por uma série de restrições, que estão previstas nos incisos I, II, III e IV, do art. 52, da Lei de Execução Penal. São elas:

a) Duração máxima de 360 dias, com possibilidade de renovação, caso ocorra nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena. Porém, como a pena do preso provisório ainda não foi aplicada, na ausência de expressa previsão legal, leva-se em conta a pena mínima cominada para a infração.¹⁹⁵ Além disso, a sanção disciplinar cessará para o preso provisório se houver o relaxamento da prisão em flagrante, se for concedida a liberdade provisória ou revogada a prisão preventiva.¹⁹⁶

b) Recolhimento em célula individual, porquanto o regime visa coibir a subversão da ordem e da disciplina interna, mantendo a segurança nos presídios. Na verdade, não faria sentido imaginar uma tentativa de desmembramento e enfraquecimento das facções criminosas dentro dos presídios sem separar e isolar as lideranças.¹⁹⁷

c) Visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas, tendo em vista que um dos objetivos do instituto é evitar que pessoas relacionadas com o crime organizado e o tráfico de entorpecentes sejam utilizadas pelo preso para manter o comando das organizações extramuros.

Acerca da expressão “sem contar as crianças”, acredita-se que não

¹⁹³ BRASIL. Planalto. **Lei Federal n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 11 de abril de 2013.

¹⁹⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

¹⁹⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, p. 39.

¹⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, p. 152.

¹⁹⁷ MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, Vitória, 2007, p. 622.

parece ser correta a interpretação que exclui a possibilidade de visitas feitas por crianças, a literalidade da lei não admite tal conclusão. Ademais, as visitas servem para o estreitamento dos laços familiares, visando o fortalecimento das relações afetivas que permitirão uma harmônica reintegração sócio-familiar do detento.¹⁹⁸

d) o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. Essa restrição possui a mesma finalidade do recolhimento em célula individual, isto é, coibir a subversão da ordem e da disciplina interna, mantendo a segurança nos presídios.

Importante mencionar que o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado poderá deixar a cela sob escolta, caso haja alguma razão justificadora, como necessidade de tratamento médico, odontológico, entre outros.¹⁹⁹

Registre-se que a expressão “banho de sol” parece ser inadequada, porquanto representa apenas uma concepção administrativa de que o preso pode ficar 22 horas isolado e ser exposto ao sol por 2 horas. Isso porque, mesmo o preso incluído no Regime Disciplinar Diferenciado deve ser tratado com humanidade, não sendo aceitável pensar que seria autorizado o recolhimento em locais escuros e insalubres.²⁰⁰

Destarte, observa-se que as restrições visam, em tese, proibir excessos contra o preso provisório ou condenado submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, e ao mesmo tempo garantir a segurança e a ordem interna nos estabelecimentos prisionais.

Ainda, ao analisar pormenorizadamente o art. 52 da Lei de Execução Penal, observa-se a existência de três hipóteses autorizadoras da inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado.

A primeira delas encontra-se no *caput*, e estabelece que o preso provisório ou definitivo que praticar fato previsto como crime doloso, consistente em falta grave e, se ocasionar subversão²⁰¹ da ordem²⁰² ou da disciplina²⁰³ interna,

¹⁹⁸ MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, p. 622.

¹⁹⁹ MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, p. 622.

²⁰⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. **Execução Criminal: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 127.

²⁰¹ [...] Ato ou efeito de subverter(-se). [...] Insubordinação às leis ou às autoridades construídas; revolta contra elas. [...] Destruição, transformação da ordem política, social, econômica estabelecida; revolução. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, p. 1623).

²⁰² [...] Tranquilidade pública resultante da conformidade às leis. [...] Disciplina, subordinação: *manter a ordem* [...] (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua**

ficará sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado.

Assim sendo, se o delito cometido pelo preso provisório ou definitivo perturbar a organização e a normalidade do estabelecimento prisional ou revelar descaso e desobediência aos superiores, abre-se a primeira hipótese para inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado.²⁰⁴

Verifica-se que para a inclusão no referido instituto é indispensável que a conduta do detento ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna, não bastando a simples prática de crime doloso consistente em falta grave.

Desse modo, para a conduta que constitua crime doloso, mas não ocasione subversão da ordem e da disciplina interna, bem como para a conduta prevista como falta grave e não como crime doloso, ainda quando ocasione essa mesma subversão, são aplicáveis as sanções disciplinares previstas no art. 53, III e IV da Lei de Execução Penal, isto é, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela ou em local adequado.²⁰⁵

Ainda em relação a primeira hipótese de inclusão, José Paulo Baltazar Júnior ressalta que:

[...] consiste em decorrência do descumprimento dos deveres do preso e da disciplina, consistido em manifestação do poder sancionatório, a fim de manter o devido controle sobre o estabelecimento penal, que deve ser do Estado, e não dos presos. O sistema de progressão de regime está baseado no mérito – ou no demérito – do condenado. Sendo assim, é razoável imputar ao condenado que comete falta grave consistente em crime doloso e que afete a ordem e a disciplina do estabelecimento uma sanção em decorrência de tal ato. Apresenta-se, assim, um instrumento adequado a casos de motins violentos, em cujo contexto ocorrem, não raros, crimes graves, como homicídios qualificados pela crueldade.²⁰⁶

O segundo caso está previsto no § 1º, do art. 52, da Lei de Execução Penal e, ao contrário do *caput*, não exige para a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado que o preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, tenha praticado crime doloso previsto como falta grave durante a permanência no estabelecimento prisional, bastando, para tanto, que represente alto risco para a

Portuguesa, p. 1230).

²⁰³ [...] Regime de ordem imposta ou livremente consentida. [...] ordem que convém ao funcionamento regular duma organização (militar, escolar, etc.). [...] Observância de preceitos ou normas. [...] submissão a um regulamento. [...] (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, p. 595).

²⁰⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, p. 40.

²⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, p. 150.

²⁰⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. **Revista Jurídica**, p. 110.

ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Acredita-se que referido parágrafo foi incluído em decorrência da crença de que a permanência daquele preso que representa alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade no regime comum, ensejaria a ocorrência de rebeliões, lutas entre facções, subversão da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento prisional.²⁰⁷

É nesse momento que a ausência de especificidade destacada por muitos como causadora da inconstitucionalidade começa a ficar evidente, pois não basta que o julgador diga que o preso representa “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, é indispensável que sua decisão demonstre a existência de fatos concretos, objetivos, que indiquem a razão do seu convencimento. Além do que, é imprescindível que tais fatos tenham ocorrido no cumprimento da pena, durante a execução, tendo em vista que fatos passados não podem ser considerados para a imposição de sanção disciplinar.²⁰⁸

Assim, a inclusão do preso na segunda hipótese dependerá da demonstração da existência de indícios concretos do referido risco, o que deverá ser referido na decisão de imposição do instituto, como consequência do dever que tem o magistrado de fundamentar suas decisões.²⁰⁹

A terceira e última hipótese de submissão ao instituto, encontra-se prevista no § 2º, do art. 52, da Lei de Execução Penal, e dispõe que estará sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Aludida causa de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado deve exigir também, por coerência, em virtude da natureza cautelar da medida, que o preso apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal – nos mesmos termos do disposto no § 1º, do art. 52, da Lei de Execução Penal –, de modo que, mesmo preso, possa comandar ou corroborar com a prática de infrações penais extramuros, por integrar organizações criminosas, quadrilha ou bando.²¹⁰

Outrossim, verifica-se que tanto no *caput* como no § 2º desse artigo, não

²⁰⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, p. 151.

²⁰⁸ MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, p. 623.

²⁰⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. **Revista Jurídica**, p. 111.

²¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, p. 151.

se fez menção expressa ao estrangeiro, preso ou condenado, como se nota no § 1º, assim, e sob esse fundamento, acredita-se que, nessa terceira hipótese, restou excluída a possibilidade de inclusão do estrangeiro no Regime Disciplinar Diferenciado, porquanto, as normas que impõe limitações a direitos devem ser interpretadas restritivamente.²¹¹

Ainda, quanto à derradeira hipótese de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, cumpre consignar que, apesar do § 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal exigir a existência de fundadas suspeitas de envolvimento do preso em organização criminosa de qualquer espécie, não é necessário, para a inclusão no aludido regime, que o preso tenha sido anteriormente condenado pelo crime de quadrilha ou bando. A simples condenação pelo delito tipificado no art. 288 do Código Penal não é suficiente. Portanto, para a inclusão do detento no Regime Disciplinar Diferenciado, impõe-se que, em razão de suas associações criminosas, sua manutenção no regime comum ocasione risco à segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade.²¹²

Dessa forma, constata-se que as fundadas suspeitas de envolvimento do preso em organização criminosa, quadrilha ou bando, como causa de submissão do preso provisório ou condenado ao Regime Disciplinar Diferenciado, devem ter relação com atos por ele praticados dentro do estabelecimento prisional, uma vez que tal instituto objetiva resguardar a ordem e a segurança nos presídios.

Sobre o assunto, retira-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

[...] as fundadas suspeitas de envolvimento do paciente em organização criminosa, que serviu como fundamento do ato judicial ora impugnado, [...] deve ter origem em atos praticados pelo detento (condenado ou internado) dentro do estabelecimento prisional, eis que o aludido regime disciplinar diferenciado - RDD tem por única finalidade resguardar a ordem e a segurança do estabelecimento penal, embora, por óbvio, tenha reflexo direto na sociedade, contra a ação delituosa de presidiários. 3) O fato de o detento, como na hipótese em exame, ter integrado organização criminosa, para praticar determinados delitos, que lhe renderam condenação, por si só, não autoriza sua inclusão do aludido regime diferenciado, que é pena por infração disciplinar carcerária. [...]²¹³

Como se pode observar, as duas últimas hipóteses de inclusão do preso

²¹¹ MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal**: anotada e interpretada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 120.

²¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, p. 151.

²¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus** 2004.01.00.000468-5/MT. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 11 de abril de 2013.

no Regime Disciplinar Diferenciado são consideradas medidas cautelares, porque não exigem a prática de crime doloso ou o cometimento de outra falta grave, pois o fundamento para a sua imposição não tem caráter punitivo próprio de sanção disciplinar. A inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, baseada nos art. 52, § 1º e § 2º, da Lei de Execução Penal, constitui medida preventiva de natureza cautelar, tendo como finalidade garantir as condições necessárias para que a pena seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal e da ordem pública, que continuaria ameaçada se o preso, embora custodiado, permanecesse no regime comum.²¹⁴

Para uma melhor compreensão do assunto, cumpre ainda discorrer acerca do procedimento de submissão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado. Para tanto, transcreve-se o art. 60 da Lei n. 7.210/84:

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.²¹⁵

Da leitura do artigo suso transcrito, observa-se que duas situações distintas foram estabelecidas, quais sejam: a) decretação do isolamento preventivo, a cargo da autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional); e b) inclusão preventiva do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato; neste último caso, a inclusão dependerá de despacho do juiz competente.²¹⁶

Registre-se que, apesar do ingresso no Regime Disciplinar Diferenciado depender de decisão judicial escrita e fundamentada, ouvidos o Ministério Público e a defesa do preso, é bastante provável que ocorram abusos no isolamento dos detentos nas prisões brasileiras. Isso porque, há uma grande omissão das autoridades competentes relativamente à fiscalização desses isolamentos ilegais, que sempre existiram e continuarão existindo, até que os órgãos responsáveis tenham condições adequadas para realizarem referida tarefa.²¹⁷

²¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, p. 151.

²¹⁵ BRASIL. Planalto. **Lei Federal n. 7.210 de 11 de julho de 1984**.

²¹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, p. 42.

²¹⁷ NUNES, Adeildo. **O Regime Disciplinar Diferenciado**. Revista Magister de Direito Processual e Penal. v. 1, ago./set. 2004, p. 21.

Em relação ao prazo de dez dias para o isolamento preventivo ou a inclusão preventiva, torna-se importante ressaltar que não há possibilidade de prorrogação ou nova decretação pelo mesmo fundamento, assim, encerrado o prazo, ou se determina a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado ou se restitui o preso a sua normal condição de encarcerado.²¹⁸

Ademais, segundo o disposto no parágrafo único do artigo acima citado, o tempo de isolamento ou inclusão preventiva no Regime Disciplinar Diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

Note-se, também, que a inclusão preventiva no Regime Disciplinar Diferenciado pode ser decretada pelo magistrado sem a prévia oitiva do Ministério Público e da defesa, tendo em vista a urgência da medida. Todavia, a decisão definitiva depende de prévia manifestação do *Parquet* e da defesa, sob pena de nulidade absoluta, devendo ser prolatada no prazo máximo de 15 (quinze) dias, consoante o disposto no art. 54, § 2º, da Lei de Execução Penal.²¹⁹

Por derradeiro, ressalta-se que, nos termos do art. 54, § 1º, da Lei n. 7.210/84, somente terá legitimidade para requerer (fundamentadamente) a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, o diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa (secretário da administração penitenciária, secretário de segurança pública, entre outros), não podendo fazê-lo o Ministério Público e tampouco o juiz decretá-la de ofício.²²⁰

Buscando uma melhor compreensão do tema, reproduz-se o art. 54 da Lei de Execução Penal:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.²²¹

Em vista disso, conclui-se que o Poder Legislativo buscou, com o Regime Disciplinar Diferenciado, dar uma resposta à “sociedade exaltada”, alicerçando-se, para tanto, no direito penal máximo, por ser mais fácil e economicamente viável o

²¹⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, p. 42.

²¹⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, p. 43.

²²⁰ MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, p. 624.

²²¹ BRASIL. Planalto. **Lei Federal n. 7.210 de 11 de julho de 1984**.

recrudescimento da execução penal do que a implementação de políticas públicas, sem levar em consideração os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, previstos na Constituição Federal, e que foram conquistados ao longo dos anos, adotando, assim, o caminho inverso daquele defendido pelos adeptos do direito penal mínimo; de modo que, aludido instituto, apesar de ter agradado muitos estudiosos e, principalmente, a opinião pública, recebeu severas críticas dos defensores de um direito penal minimalista, ou seja, de intervenção penal mínima, em que são protegidos os direitos e garantias fundamentais.

CAPÍTULO 3 - CRÍTICAS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Como visto no capítulo anterior, o Regime Disciplinar Diferenciado foi implantado com o objetivo de satisfazer a opinião pública, dando uma resposta à violência urbana. Não obstante, aludido instituto recebeu pesadas críticas de uma parte da doutrina, que acredita que o meio utilizado é absolutamente ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes estão na desigualdade social que ainda reina em nosso país.²²²

Nesse sentido, Paulo César Busato adverte que o Regime Disciplinar Diferenciado, assim como outras tantas leis criadas com o objetivo de diminuir as garantias dos autores de delito, não pode alcançar a pretendida diminuição dos índices de criminalidade, pois a origem da delinquência brasileira está mais concentrada nas graves distorções sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere que, inclusive, costuma ser brutal e estar em desacordo com a própria legislação.²²³ Além disso, o autor afirma que:

É necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da Lei n. 10.792/03 correspondem por um lado a uma Política Criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro.²²⁴

Portanto, além da função meramente simbólica do Regime Disciplinar Diferenciado, observa-se que o instituto recebeu pesadas críticas por violar diversos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, uma delas é relativa à ausência de taxatividade²²⁵.

²²² MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**. Ano 52, n. 325, novembro de 2004, p. 104.

²²³ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigos. **Revista de Estudos Criminais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, 2004, p. 140.

²²⁴ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigos. **Revista de Estudos Criminais**, p. 145.

²²⁵ [...] diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica. Tal assertiva constitui postulado indeclinável do Estado de Direito material –

Segundo o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, das três hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, a primeira (prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou da disciplina internas) parece ser a única que talvez seja a mais precisa, narrando uma ação concreta e específica, capaz de ser provada e permitindo uma individualização da conduta do agente, com a consequente punição.²²⁶

Os outros casos (presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando) são muito imprecisos, configurando uma verdadeira carta branca à Administração para aplicar sanções contrárias ao Estado Democrático de Direito.²²⁷

Ainda, de acordo com o referido conselho, a tipicidade legal exige que a norma contenha uma previsão hipotética de um comportamento de razoável definição, se tal não ocorre, deixa-se ao aplicador do direito (na hipótese, funcionário do sistema carcerário), o poder indiscriminado de atribuir ao encarcerado uma conduta qualquer. Logo, apenas um sistema penitenciário que busque o arbítrio, poderá admitir expressões tão imprecisas quanto o “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal”, sem explicar quais condutas ensejariam o “alto risco”.²²⁸

Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, como as expressões contidas no art. 52 da LEP são excessivamente vagas, é fundamental que a análise do que seja “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” e “alto risco para a sociedade”, seja feita pelo juiz da execução e não pela administração penitenciária. Isso porque, a lei não traz qualquer definição do que seja elevado risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento ou da sociedade. E conclui:

democrático e social. [...] O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente *determinado* para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120 v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133). Acerca da taxatividade, ver: SILVA, Louise Trigo da. Legalidade e taxatividade: a necessidade de definições e os tipos abertos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 15 de abril de 2013.

²²⁶ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 18, n. 120, 2004, p. 273.

²²⁷ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, p. 273.

²²⁸ KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 176.

“[...] convenhamos, falar em ‘fundadas suspeitas de envolvimento ou participação’ é dizer o nada.”.²²⁹

Ora, como se sabe, não há no Brasil uma definição legal do que seriam “fundadas suspeitas” e “organização criminosa”, de modo que, para os opositores do Regime Disciplinar Diferenciado, o § 1º e o § 2º, da Lei de Execução Penal, ferem o princípio da taxatividade, pois fazem uso de termos vagos e genéricos para a submissão arbitrária dos presos em celas isoladas, permitindo a aplicação de severas punições sem que exista uma conduta típica perfeitamente delineada, não pelo cometimento de uma infração disciplinar, mas por supostamente pertencerem às organizações criminosas.

A esse propósito, importante colacionar julgados que ilustram a ausência de taxatividade das decisões que determinam a inclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - TUMULTO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL QUE CULMINOU NA MORTE DE UM DOS DETENTOS - FUNDADAS SUSPEITAS DA PARTICIPAÇÃO DO REEDUCANDO NO EVENTO - FALTA GRAVE - ALTO RISCO PARA A ORDEM E A SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO PENAL - INCLUSÃO DO PRESO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - CABIMENTO. Cabível a inclusão do custodiado em regime disciplinar diferenciado, quando há fundadas suspeitas da sua participação no tumulto que culminou na morte de uma dos detentos, representando ele alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional.²³⁰ (Grifou-se).

E também:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRESO ESPECIAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. REQUISITOS. ATENDIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 1. O regime disciplinar diferenciado foi criado para atender à necessidade de maior segurança nos estabelecimentos penais e para maior garantia da ordem pública. 2. A remoção do paciente para penitenciária federal, sob regime disciplinar diferenciado, foi determinada com fundamento no art. 52 da Lei n. 7.210/84, uma vez que oferece alto risco para a segurança da sociedade e há indícios de seu envolvimento em organização criminosa. [...]”²³¹ (Sem grifo no original).

Ainda quanto à ausência de taxatividade, verifica-se que nas hipóteses concernentes a presos que “apresentem alto risco para a segurança do

²²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar na Execução Penal. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 290-291.

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Execução Penal n. 990090222840**. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 15 de abril de 2013.

²³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Habeas Corpus n. 27967**. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 15 de abril de 2013.

estabelecimento ou da sociedade” há um verdadeiro retorno ao direito penal de autor²³² (ou de periculosidade), que hoje é inadmissível, pois, nesse caso, a aplicação da sanção não decorre da realização de uma conduta típica e antijurídica, e sim, da possível ameaça que a pessoa representa, pelo simples fato de existir.²³³

Sobre o assunto, Paulo César Busato acrescenta:

[...] todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso direito penal de autor, onde “não importa *o que* se faz ou omite (o fato) e sim *quem* – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)”.²³⁴

Apesar de não existir uma definição precisa do que seja direito penal de autor, pode-se dizer que é um desvio do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação do modo de ser do autor, este sim considerado verdadeiramente como delitivo. O ato revelaria a personalidade; o proibido e o reprovável seria a personalidade e não o ato. Dentro desse raciocínio, não se condena o furto, mas o “ser ladrão”, não se condena o homicídio, mas o “ser homicida”, não se condena o estelionato, mas o “ser estelionatário”, não se condena o ato praticado no interior do presídio, mas o “ser suspeito” de praticá-lo e etc.²³⁵

Como se observa, a imposição do Regime Disciplinar Diferenciado leva em consideração as características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas, isso nada mais é do que um “direito penal do inimigo”, pois há distinção entre cidadãos e inimigos, na medida em que o Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito.²³⁶

Não obstante, o sentimento de segurança jurídica não permite que um

²³² Para o direito penal de autor, o que importa realmente para a *censura* é a personalidade do agente, ou seu caráter, ou a sua conduta social, em última análise, o que ele é, e não o *que* faz, não o *como* faz. (BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 474).

²³³ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, p 273.

²³⁴ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigos. **Revista de Estudos Criminais**, p. 139.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte geral, v.1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

²³⁶ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigos. **Revista de Estudos Criminais**, p. 140.

indivíduo (sujeito consciente) seja privado de bens jurídicos (com finalidade preventiva) em decorrência de uma sanção imposta apenas pela sua inclinação pessoal ao delito, sem levar em consideração a dimensão do ilícito cometido e o nível de autodeterminação do sujeito, pois tais circunstâncias são indispensáveis para que se possa estabelecer um limite à ação preventiva ressocializadora que é exercida sobre uma pessoa.²³⁷

Relativamente à expressão “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”, pode-se dizer que, nesse caso, ocorre também violação ao princípio penal do *non bis in idem*, porquanto, tais suspeitas, caso comprovadas, poderão caracterizar o crime previsto no art. 288 do Código Penal²³⁸, de modo que, para Rômulo de Andrade Moreira, o correto seria notificar a autoridade policial para que apurasse os fatos, e não aplicar a referida sanção penal.²³⁹

Além disso, de acordo com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, as disposições do Regime Disciplinar Diferenciado são excessivamente desproporcionais, seja pela sua longa duração, seja pela forma de execução (isolamento celular com interrupção quase absoluta do contato com o mundo exterior), indo além do necessário e aceitável para contornar a situação.²⁴⁰

Isso porque, nada impede que a administração penitenciária, caso suspeite que alguém integra ou mesmo comanda organização criminosa, remova o preso para estabelecimento de maior segurança, em regime fechado, de modo a dificultar as suas atividades. Note-se que esse poder-dever estatal de classificar os presos não pode ser confundido com a imposição de sanção, mormente em se tratando de “mera suspeita”.²⁴¹

Aludido conselho vê como solução para conter as rebeliões dentro dos presídios e para manter a ordem e a segurança internas, a separação dos presos

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1**, p. 104.

²³⁸ Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. (BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 24 de abril de 2013).

²³⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, p. 123.

²⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, p 271.

²⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, p 274.

que supostamente integram organização criminosa do restante da população carcerária, na medida em que, uma vez isolados, não poderão comandá-las, sem que, para tanto, precisem ficar em cela individual, submetendo-se às restrições impostas pelo Regime Disciplinar Diferenciado.

Desse modo, se determinados presos são mais perigosos que outros, devem simplesmente ser separados da maioria da população carcerária, a fim de garantir a correta execução da pena e buscar meios para reintegrá-los harmonicamente à sociedade.²⁴²

Portanto, a punição não deve exceder o estrito limite do que é necessário para que a administração penitenciária restabeleça ou garanta a ordem e a segurança, jamais se permitindo que a sanção se desvie do objetivo de reintegração social do detento. No caso do Regime Disciplinar Diferenciado, a desproporção e o desvio de finalidade do isolamento em cela individual, o afasta da natureza jurídica de sanção por comportamento inadequado.²⁴³

Até mesmo porque o isolamento celular, em qualquer caso, é contrário ao princípio da ressocialização, pois como recuperar um apenado se o Regime Disciplinar Diferenciado não permite que ele trabalhe, estude e receba a visita de seus familiares?²⁴⁴ Ademais, será que manter um preso em uma cela individual por 360 dias ou por um sexto da pena (importante lembrar que existem crimes com pena máxima de 30 anos) obedece ao princípio constitucional da humanidade da pena? Será que é possível ressocializar um homem submetido a tais circunstâncias? O objetivo de ressocialização da pena será alcançado?²⁴⁵

Ora, se o atual sistema carcerário, absolutamente degradante na forma como hoje se encontra, já não permite a ressocialização do condenado, imagine se este for submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado? Para Rômulo de Andrade Moreira: “é a consagração, por lei, do regime de total e inexorável desesperança”.²⁴⁶

Isso porque, o isolamento em cela individual de forma prolongada previsto no Regime Disciplinar Diferenciado, em decorrência dos efeitos destrutivos para a

²⁴² MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, p. 126.

²⁴³ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, p. 275.

²⁴⁴ NUNES, Adeildo. **O Regime Disciplinar Diferenciado**. Revista Magister de Direito Processual e Penal, p. 20-21.

²⁴⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, 2004, p. 38-39.

²⁴⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, p. 106.

saúde física e mental dos condenados, assume caráter de pena cruel, reeditando a velha ideia de pena como exercício de vingança social. Aludido dispositivo viola os preceitos constitucionais de tutela dos direitos individuais que vedam a aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, 'e', da CF), assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, da CF).²⁴⁷

Acerca dos direitos do homem, Norberto Bobbio acreditava que:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.²⁴⁸

Portanto, para os opositores do regime disciplinar diferenciado, não há dúvidas de que o instituto representa sobrepena cruel e degradante, ferindo a dignidade da pessoa humana, porque impõe ao indivíduo castigo físico e moral, submetendo-o ao isolamento celular absoluto de vinte e duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena.²⁴⁹

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, um dos defensores da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, assevera que:

[...] se o juiz não fixar o prazo de duração do RDD de forma razoável, respeitando o limite original da LEP de trinta dias, parece não haver dúvida que estamos diante de uma medida desumana, torturante e cruel (logo, inconstitucional). [...] Se o agente está preso só se pode falar em sanção disciplinar por algo que tenha concretamente praticado dentro do estabelecimento penal. Nem o tempo de duração nem as condições de execução do RDD podem violar a dignidade humana. [...] Pela gravidade do RDD e pelo nível de constrangimento que ele implica ao bem jurídico liberdade, somente provas inequívocas relacionadas com um fato concreto praticado dentro do presídio é que poderiam permitir a sua aplicação.²⁵⁰

Além de representar a imposição de pena cruel e degradante, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária considera que o Regime Disciplinar Diferenciado é ilegal porque deixa de observar o art. 1º da Lei de Execução Penal,

²⁴⁷ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**, p. 279-280.

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21.

²⁴⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar na Execução Penal. **Crítica à Execução Penal**, p. 287.

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **RDD e Regime de Segurança Máxima**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061002164116149&mode=print> Acesso em: 15 de abril de 2013.

que prevê que o objetivo do cumprimento da pena é, concomitantemente, a reintegração social do condenado (ressocialização) e a efetivação da sanção penal (castigo), o que não se verifica no Regime Disciplinar Diferenciado, que busca somente o castigo.²⁵¹

Ademais, sabe-se que o cumprimento de pena objetivando apenas o castigo, sem que o isolamento auxilie de alguma forma na reintegração social do condenado, representa o exercício puro e simples de vingança social, que não é mais admitido pelo ordenamento jurídico, demonstrando a crueldade da aplicação da pena.²⁵²

Acredita-se, ainda, que o Regime Disciplinar Diferenciado também viola o art. 5º, XLVI, da CF, que assegura o direito à individualização da pena do condenado, porquanto, a individualização da pena engloba, além da aplicação da pena em si, a sua posterior execução, com a garantia, inclusive, da progressão de regime, a teor do art. 59, III, do Código Penal, que prevê as balizas para a aplicação da pena, consignando expressamente que o juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, o que revela que o regime de cumprimento de pena faz parte do conceito de individualização da pena. Logo, não se pode admitir que alguém seja obrigado a cumprir a pena em regime integralmente fechado, proibindo-se a progressão de regime e ferindo-se, assim, as já citadas finalidades da pena, ou seja, a prevenção e a repressão.²⁵³

Logo, considerando que a possibilidade de progressão de regime é parte integrante do direito fundamental do condenado à individualização da pena, o Regime Disciplinar Diferenciado, segundo grande parte da doutrina, é também inconstitucional nesse ponto, pois impede o exercício do direito à progressão de regime.

Cumprе consignar também que, por ser o isolamento celular medida excepcional, andou mal a Lei n. 10.792/03 ao deixar de prever qualquer amparo médico aos submetidos ao Regime Disciplinar Diferenciado. Assim, ausente o acompanhamento médico, acredita-se que foram violadas as regras mínimas, sendo mais um motivo para se afirmar que a segregação individual é medida cruel,

²⁵¹ KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**, p. 175.

²⁵² KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**, p. 175.

²⁵³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, p. 107.

desumana e que degrada a pessoa encarcerada.²⁵⁴ Até mesmo porque, esse tipo de regime “promove a destruição emocional, física e psicológica do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves”.²⁵⁵

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que os argumentos contrários ao Regime Disciplinar Diferenciado, baseiam-se na premissa de que, ao se cotejar o art. 52 da Lei de Execução Penal e a Constituição Federal, conclui-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que no sistema penal brasileiro não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, ‘e’, da CF), assegurando-se a todos os presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, também, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).²⁵⁶

Dessa forma, para uma parcela da doutrina, a Lei n. 10.792/03, relativamente à execução penal, representa um verdadeiro retrocesso com uma total inobservância dos princípios e regras que inspiraram a criação da Lei n. 7.210/84. Ademais, contém uma inexorável ofensa aos direitos e garantias constitucionais assegurados aos condenados e acusados, não existindo uma justificativa plausível para tamanha violação, porquanto, a repressão ao crime organizado deve ser efetivada nos limites da lei, até mesmo porque a criação do Regime Disciplinar Diferenciado não acabará com a violência urbana e tampouco tornará o preso uma pessoa melhor e a sociedade mais segura.²⁵⁷

Não obstante, apesar de todos esses argumentos, é manifesto que a matéria em questão é controvertida, existindo diversos autores que defendem, fundamentadamente, a legalidade e a constitucionalidade do instituto.

²⁵⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, p. 118.

²⁵⁵ KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**, p. 174.

²⁵⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, p. 106.

²⁵⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei n. 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar na Execução Penal. **Crítica à Execução Penal**, p. 292.

3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Apesar das pesadas críticas, a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado ainda não foi reconhecida, sendo constantemente aplicado aos presos de todo o país que pratiquem as condutas previstas no *caput* e/ou no § 1º e/ou no § 2º, do art. 52, da Lei de Execução Penal, e defendida por diversos estudiosos, que rebatem os argumentos contrários ao instituto.

De acordo com Roberto Porto, membro do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), o sucesso do Regime Disciplinar Diferenciado pode ser aferido estatisticamente, porquanto:

Durante os mais de quatro anos de funcionamento do Regime Disciplinar Diferenciado implementado no Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, nenhuma fuga foi registrada. Não há qualquer registro de rebeliões ou mortes provocadas pelos detentos. Também não há registro de espancamentos de presos ou maus tratos por parte da administração. Durante os primeiros anos de funcionamento do Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, Promotores de Justiça do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado de São Paulo realizaram o acompanhamento mensal dos dez principais líderes de facções criminosas que haviam sido transferidos para o estabelecimento, após terem sido denunciados pelo Ministério Público por crime de formação de quadrilha ou bando. No decorrer destes meses de acompanhamento, nenhum dos presos relatou qualquer incidente com Agentes Penitenciários que trabalham no local. Pelo contrário, relataram que jamais haviam sido tratados com tamanho respeito pela Administração.²⁵⁸

Para as autoridades que têm contato direto com o sistema carcerário, o Regime Disciplinar Diferenciado é um mal necessário, pois serve como instrumento de controle direto de alguns presos, única forma de desarticular as organizações criminosas.

Segundo Roberto Porto, a inserção dos líderes das facções criminosas no Regime Disciplinar Diferenciado foi devastadora para a criminalidade organizada, tendo em vista que, com a falta de contato com os líderes, integrantes importantes das facções foram destituídos de seus comandos, causando a desestruturação destes grupos criminosos.²⁵⁹

As críticas à rigidez do Regime Disciplinar Diferenciado, vistas no subtítulo anterior, serviram de fundamento para a impetração de *habeas corpus* por

²⁵⁸ PORTO, Roberto. **O Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65-66.

²⁵⁹ PORTO, Roberto. **O Crime Organizado e Sistema Prisional**, p. 66.

parte de alguns detentos inseridos no referido regime e foram de pronto rebatidas pelos magistrados²⁶⁰.

Um acórdão que merece destaque é o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do *habeas corpus* n. 40.300, em que o impetrante, após ter sido submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, por decisão fundamentada do Juízo da execução penal e mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que denegou a ordem, requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, sustentando, em síntese, que o art. 52 da Lei de Execução Penal ofende diversos princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, da humanidade das penas, da segurança jurídica em matéria penal (ofende o primado constitucional da coisa julgada), da legalidade estrita, da presunção de inocência, da individualização das penas, da proporcionalidade e da jurisdicionalização da execução das penas.

Instado a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça afastou todas as alegações do impetrante, concluindo pela constitucionalidade do regime.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do acórdão acima citado:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA. 1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o

²⁶⁰ STJ - HC 44049/SP, Relator: Min. Hamilton Carvalhido; TJ/SP - Processo n. 0103105-76.2012.8.26.0000, Relator: Elliot Akel; TJ/SP - Processo n. 0032938-34.2012.8.26.0000, Relator: Amado de Faria.

magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal. 5. Ordem denegada.²⁶¹

Da análise pormenorizada do julgado supra colacionado, observa-se que referido Tribunal afastou praticamente todos os argumentos utilizados pelos opositores do Regime Disciplinar Diferenciado. Primeiramente, asseverou que a inclusão no regime em questão não representa a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente se caracterizaria se houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Além disso, reconheceu ser legítimo que o sistema penitenciário, em nome da ordem, da disciplina e da regular execução das penas, utilize medidas disciplinadoras, entendendo, ainda, que o instituto em análise atende ao princípio da proporcionalidade²⁶² entre a gravidade da falta e a severidade da sanção.²⁶³

No mesmo sentido, Roberto Porto afirma que as regras impostas no Regime Disciplinar Diferenciado não ferem a Lei de Execução Penal e tampouco o princípio da humanidade das penas, porquanto, não há nada no referido regime que seja contrário aos direitos dos presos assegurados no art. 41, I a XV, da Lei de Execução Penal²⁶⁴.²⁶⁵

Ressaltando, outrossim, que os benefícios concedidos ao longo dos anos pelo Estado, como as visitas íntimas, o uso de televisões, a entrega de alimentos por parte de familiares e etc., não fazem parte da Lei de Execução Penal, sendo

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 de abril de 2013.

²⁶² Para um panorama geral do princípio da proporcionalidade, conferir: CIMADON, Elisandra Riffel; MINIKOSKI, Marco Antônio. Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 03 de junho de 2013.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300**.

²⁶⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. (BRASIL. Planalto. **Lei n. 7210, de 11 de julho de 1994**).

²⁶⁵ PORTO, Roberto. O Crime Organizado e Sistema Prisional, p. 68.

perfeitamente possível a sua proibição no Regime Disciplinar Diferenciado.²⁶⁶

Isso porque não há nada de ilegal ou de inconstitucional na criação de um sistema normativo que discipline como o preso, com características diferenciadas, deva conviver dentro do estabelecimento penal e exercer comunicação com o mundo exterior.²⁶⁷

Na verdade, existe uma necessidade especial de controlar as formas de comunicação do detento com o mundo exterior, pois é por meio delas, consoante revela a experiência, que se determina a prática de crimes.²⁶⁸

O art. 41, da Lei de Execução Penal, conforme já exposto, elenca os direitos do condenado, mas não diz como, especificamente, eles devem ser exercidos. Dessa forma, conclui-se que o direito de receber visitas, por exemplo, não implica em contato pessoal (pode ser realizado por meio de obstáculo físico com vidro, pode ser monitorado, objeto de cadastramento rigoroso dos visitantes, etc.).²⁶⁹

Por sua vez, o direito de lazer, uso do pátio, por exemplo, também pode ser disciplinado de forma diferenciada, desde que a necessidade assim o determine, podendo, se for o caso, ser exercido individualmente.²⁷⁰

Do mesmo modo, o direito de enviar e receber correspondências, dentro dos limites constitucionais, pode ser controlado, assim como a convivência do preso com outros detentos pode ser monitorada e até mesmo evitada, desde que se saiba que o contato está sendo utilizado para combinar a prática de ilícitos.²⁷¹

Ademais, é certo que não se combate o crime organizado, dentro ou fora do estabelecimento penitenciário, com o mesmo tratamento destinado ao infrator comum. Note-se que, se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem corretamente cumpridos, ao longo dos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de manter e administrar os estabelecimentos penais, provavelmente o crime, hoje, não estaria organizado e, conseqüentemente, não haveria a necessidade de inserção dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado.²⁷²

²⁶⁶ PORTO, Roberto. O Crime Organizado e Sistema Prisional, p. 68.

²⁶⁷ BORTOLOTO, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/gilmar_bortolotto.pdf> Acesso em: 25 de abril de 2013.

²⁶⁸ BORTOLOTO, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**.

²⁶⁹ BORTOLOTO, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**.

²⁷⁰ BORTOLOTO, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**.

²⁷¹ BORTOLOTO, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**.

²⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1007.

Voltando a análise dos fundamentos do *habeas corpus* n. 40.300, verifica-se que aludida corte entendeu, também, que a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado não viola os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica, tendo em vista que uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, surge uma nova relação jurídica (execução da pena) entre o condenado e o Estado. Além disso, o regime em questão visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, dessa forma, uma nova modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo aos já existentes (aberto, semi-aberto e fechado).²⁷³

E continua afirmando que, pelo mesmo motivo, a possibilidade de inserção do preso provisório no Regime Disciplinar Diferenciado não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, até mesmo porque, o parágrafo único, do art. 44, da Lei de Execução Penal estabelece que “estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório”.²⁷⁴

O Superior Tribunal de Justiça também afastou a alegação do impetrante de que o art. 52 da Lei de Execução Penal afronta o princípio da legalidade estrita, a partir do momento em que legitima o arbítrio e admite duas penas para o mesmo fato, sob o fundamento de que a lei é expressa em consignar que a prática de um crime pode levar à instauração de um processo penal e de um processo administrativo, que ensejarão duas sanções de espécies diferentes. Como ocorre também com a aplicação de sanções penais e cíveis quando da prática de crime que resulta prejuízo. Assim, não há fala em violação do princípio do *non bis in idem*.²⁷⁵

Ainda, afirmou aludida Corte que, buscando coibir o arbítrio na aplicação das sanções, o art. 54 da Lei de Execução Penal determina que o Regime Disciplinar Diferenciado somente será aplicado após prévio e fundamentado despacho do magistrado competente, precedido da manifestação do Ministério Público e da defesa, em decorrência de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, atendendo, portanto, ao princípio da jurisdicionalização da execução da pena.²⁷⁶

Tal Tribunal consignou, também, que os princípios fundamentais

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300.**

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300.**

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300.**

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300.**

consagrados na Constituição Federal não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), de modo que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.²⁷⁷

Por derradeiro, aludida Corte de Justiça fez constar que a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado pela Lei n. 10.792/03 é legítima e visa resguardar a ordem pública – que vem sendo ameaça por “criminosos” que, mesmo presos, continuam comandando ou integrando facções criminosas, que atuam tanto no interior do sistema prisional (liderando rebeliões que, muitas vezes, terminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e de outros detentos) quanto fora, ou seja, em meio a sociedade civil – e atender a crescente necessidade de segurança nas penitenciárias.²⁷⁸

Ademais, os defensores do Regime Disciplinar Diferenciado ainda defendem que o instituto não viola o princípio da individualização das penas, pois, segundo os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e da individualização (art. 5º, XLVI, da CF), indivíduos diferentes devem ser tratados na medida de suas diferenças.

Portanto, os regimes para cumprimento da pena privativa de liberdade existem em decorrência do princípio da individualização, sendo que o Estado, ao deixar de classificar os condenados, torna impossível o desenvolvimento de um tratamento penal adequado.²⁷⁹

A esse propósito, Gilmar Bortolotto explica que o Regime Disciplinar Diferenciado não deve ser considerado uma espécie de sanção, e sim um conjunto de regras aplicáveis aos detentos cuja conduta, contumaz e reiterada, e a liderança exercida após a prisão, exigem tratamento penal diferenciado dos demais encarcerados. Representa, na verdade, o exercício de um maior controle por parte do Estado, contudo, não pode suprimir direitos, o que o tornaria inconstitucional ou ilegal, mas pode disciplinar o exercício dos direitos previstos, de acordo com o perigo representado pelo preso que a ele deve ser submetido.²⁸⁰ Para o autor, “sua implementação supre, em parte, omissão histórica do Estado no atendimento aos princípios da igualdade e da individualização na execução da pena privativa de

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300.**

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300.**

²⁷⁹ BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização.**

²⁸⁰ BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização.**

liberdade”.²⁸¹

Destarte, deve-se permitir que o Estado atribua regras diferentes para indivíduos com potencial ofensivo diferenciado, sob pena de ser perdida a eficácia das penas aplicadas.²⁸²

De acordo com Marcelo Lessa Bastos, o isolamento é imperativo e é a única forma efetiva que o Estado possui para neutralizar a ação de presos líderes de organizações criminosas. Segundo ele, o isolamento busca enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para a dispersão do seu comando.²⁸³

Portanto, os argumentos contrários ao isolamento, que entendem que este não observa a função educadora da pena, não podem prevalecer, porque tais presos, ainda que não possam perder o *status* de pessoa, ao contrário do que acredita Jakobs, demonstram claramente que não estão querendo se ressocializar. Logo, a alternativa encontrada para a proteção dos cidadãos, que também possuem o direito constitucional à segurança pública, é o isolamento desses presos, pelo tempo que for necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertencem, nem que, para tanto, esses detentos tenham que ficar isolados durante todo o tempo restante para o cumprimento da pena.²⁸⁴

De acordo com Marcelo Lessa Bastos:

[...] as críticas endereçadas ao "RDD" não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudiano caso de desequilíbrio intelectual.²⁸⁵

Compartilhando do mesmo entendimento, Roberto Porto conclui que o Regime Disciplinar Diferenciado “representa um marco na luta contra as organizações criminosas”, sendo um exemplo do que se poderia chamar de nova técnica corretiva, que leva em consideração variáveis individuais dentro de um mesmo regime de cumprimento de pena.²⁸⁶

O resultado da utilização do Regime Disciplinar Diferenciado no sistema

²⁸¹ BORTOLOTO, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**.

²⁸² PORTO, Roberto. O Crime Organizado e Sistema Prisional, p. 67.

²⁸³ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1319, 10 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9481>> Acesso em: 26 de abril de 2013.

²⁸⁴ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**.

²⁸⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**.

²⁸⁶ PORTO, Roberto. O Crime Organizado e Sistema Prisional, p. 71.

penitenciário brasileiro, que vem se mostrando uma medida eficaz no combate às organizações criminosas que atuam dentro dos presídios, tem propiciado a colaboração direta de sentenciados considerados líderes de grupos criminosos, por meio das quais inúmeros integrantes de facções criminosas puderam ser identificados e processados.²⁸⁷

Portanto, conclui-se que os defensores do Regime Disciplinar Diferenciado reconhecem que o instituto é uma medida enérgica que, diante de certas circunstâncias, se apresenta como um verdadeiro “mal necessário”, não sendo, como defendido por muitos, um subproduto do direito penal do inimigo e tampouco um retrocesso constitucional. Na verdade, retrocesso seria admitir que o Poder Público se curvasse ou permanecesse inerte diante de constrangedoras ameaças de desequilíbrio.²⁸⁸

Pode-se observar, assim, que a criação da norma impugnada expressou o anseio crescente da sociedade por uma alternativa de segregação mais rigorosa do detento que realiza condutas subversivas da ordem interna dos presídios e/ou comanda facções criminosas extramuros, assim é que, buscando manter a ordem pública, tanto dentro dos presídios como fora dele, instituiu-se o Regime Disciplinar Diferenciado.²⁸⁹

Por certo que o legislador, movido por ideologias políticas, econômicas, sociais e etc., acreditou que o Regime Disciplinar Diferenciado era a medida adequada para conter os presos de alta periculosidade e, conseqüentemente, dar uma resposta à “sociedade exaltada”. Mas em que consistiriam essas ideologias? A que conclusões elas chegam ou o que elas revelam? No presente estudo, busca-se saber qual a influência que a Análise Econômica do Direito penal teve na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado; é o que ver-se-á no próximo e derradeiro subtítulo.

²⁸⁷ PORTO, Roberto. O Crime Organizado e Sistema Prisional, p. 71.

²⁸⁸ MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1400, 02 de maio de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9828>>. Acesso em: 26 de abril de 2013.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 0103105- 76.2012.8.26.0000**. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

3.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DE RICHARD A. POSNER

A Análise Econômica do Direito penal pressupõe que o “criminoso” é um agente maximizador, que analisa racionalmente os custos-benefícios decorrentes da prática delitiva. Assim, se os benefícios esperados com o crime superarem os custos, provavelmente o “criminoso” escolherá a prática delitiva ao trabalho justo.

Logo, os encarregados da elaboração das leis devem levar tal raciocínio em consideração, pois somente dessa forma conseguirão dissuadir os “criminosos” a não praticarem ilícitos. A pena, portanto, serve para evitar que o crime se repita, em decorrência do medo imposto pela sanção (custo elevado), de modo que o cometimento de delitos revela que a sanção não está sendo suficiente para dissuadir o “criminoso” a não praticá-los, levando o Poder Legislativo, no caso brasileiro, a majorar as penas, aumentando o rigor das sanções e, conseqüentemente, desconsiderando diversos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Foi nesse contexto que se instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Os encarregados da elaboração das leis perceberam que o encarceramento não era mais suficiente para conter a criminalidade, em outras palavras, a prisão não consegue mais impedir que o apenado cometa novos delitos enquanto estiver encarcerado, a solução encontrada foi o “isolamento dos já isolados”.

Na verdade, o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado não traz qualquer lucro monetário ao Estado, pelo contrário, só gera despesas. Isso porque, no referido regime, não é permitido o trabalho, único meio pelo qual o preso é produtivo²⁹⁰, além do custo elevado de manutenção das prisões.

O trabalho oferecido nos presídios, além de ensinar uma forma de subsistência legal ao apenado que não a encontra na sociedade, devolvendo-o produtivo ao convívio social, também paga os custos de manutenção dos presos nas

²⁹⁰ “O isolamento constitui “um choque terrível”, a partir do qual o condenado, escapando às más influências, pode fazer meia-volta e redescobrir no fundo de sua consciência a voz do bem; o trabalho solitário se tornará então tanto um exercício de conversão quanto de aprendizado; não reformará simplesmente o jogo de interesses próprios ao *homo oeconomicus*, mas também os imperativos do indivíduo moral. A cela, esta técnica do monaquismo cristão e que só subsistia em países católicos, torna-se nessa sociedade protestante o instrumento através do qual se podem reconstruir ao mesmo tempo o *homo oeconomicus* e a consciência religiosa. Entre o crime e a volta ao direito e à virtude, a prisão constituirá um “espaço entre dois mundos”, um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 101).

penitenciárias. Mas, se o Regime Disciplinar Diferenciado não gera lucros monetários para o Estado, pelo contrário, traz despesas, pois o preso submetido a referido regime não é produtivo, por que então o Poder Legislativo optou por o implantar? Porque foi a solução mais “barata” encontrada para dar uma resposta à “sociedade exaltada”. O rigor do direito penal faz crescer na sociedade uma falsa sensação de segurança pública, demonstrando que o Estado está solucionando o problema da criminalidade, nada mais ilusório.

No senso comum do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal, predomina a ideia de que a criminalidade violenta de rua é o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva, sendo responsável, assim, pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada. O medo vira medo do crime e a insegurança vira insegurança contra a criminalidade, o que faz surgir uma grande demanda por segurança pública e, consequentemente, o sistema penal se torna mais rígido, aumentando-se as penas e reduzindo-se progressivamente as garantias jurídicas.²⁹¹

A fórmula é a seguinte: aumento e alarme midiático da criminalidade = medo e insegurança = demanda por segurança = expansão do controle penal. Aludida equação obedece às ilusões de uma criminologia que acreditava no sistema penal combatendo e reduzindo a criminalidade, ressocializando os “criminosos” e promovendo segurança.²⁹²

Essa ilusão, radicalmente desconstruída pela criminologia crítica, cresceu maliciosamente, pois sobreviveu na nudez aberta do mercado econômico, político e midiático, tornando-se um produto (uma ilusão lucrativa, que tem como resultado a dor e a morte). A dor e a morte dos controlados, nas masmorras prisionais, dos controladores, mormente dos policiais, das vítimas, dos familiares dos controlados e das vítimas, que ficam sem uma resposta positiva do sistema, e dos que nada tem a ver. Esse mercado, polifacetado e internamente cúmplice, sabe que o sistema prisional, tal como estabelecido, não combate e não reduz a criminalidade, mas sua missão é exatamente perpetuar o ilusionismo.²⁹³

Nesse panorama e, fazendo-se uma análise de custo-benefício, o preso

²⁹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2009, n. 81, p. 341-342.

²⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 342.

²⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 342.

pode tanto achar alto o custo de ser submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, evitando, assim, de praticar as condutas ali previstas, como considerar alto os benefícios de ser incluído no referido regime.

O detento que considera alto o custo tem medo do Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista o rigor da sanção imposta (recolhimento em cela individual; visitas semanais de apenas duas pessoas, com duração de duas horas; e saída da cela apenas por duas horas diárias para banho de sol).

Já o preso que reputa benéfica a submissão ao instituto, considera que a sua passagem, por um regime tão severo, o investe de poder e prestígio entre a massa carcerária, o que facilita ainda mais as lideranças do crime organizado.

Isso ocorre porque o indivíduo que sofre a sanção de ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado revela uma insubmissão ao sistema, ficando investido de legitimidade para ocupar a posição de líder de uma organização que se pauta, justamente, pela insubmissão às regras oficiais.²⁹⁴

Note-se que, enquanto para esse tipo de apenado a inclusão no RDD representa uma externalidade positiva, para o Estado a transgressão das condutas previstas no art. 52, *caput*, § 1º e § 2º, da LEP retrata uma externalidade negativa.

Ademais, são poucos os presos que conseguem suportar as aflições do Regime Disciplinar Diferenciado, tanto que, aos detentos que passam por referido regime, é conferido o status de “monstro”, isto é, “criminoso” nato, destemido e perigoso.²⁹⁵

Como exemplo de preso que considera que os benefícios advindos da prática das condutas que ensejam a submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado são maiores que os custos, cita-se Marcos Willian Herbas Camacho (“Marcola”), que é enfático em afirmar que o Regime Disciplinar Diferenciado não funciona, senão vejamos:

[...] esse negócio de intimidação – de que o preso apanhado com celular vai ficar três ou quatro anos no RDD nunca funcionou em São Paulo... O cara vem para o presídio, fica um ano sem ter relações sexuais com sua esposa e sem ver televisão. Na última vez fiquei assim dois anos. A maioria que passa por aqui volta para a prisão e não tem medo de voltar

²⁹⁴ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **A Instituição do Regime Disciplinar Diferenciado para o Controle da População Carcerária: efeitos práticos e simbólicos.** Disponível em: < http://www2.pucpr.br/sssccla/papers/SessaoG_A13_pp404-425.pdf > Acesso em: 08 de maio de 2013, p. 416.

²⁹⁵ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **A Instituição do Regime Disciplinar Diferenciado para o Controle da População Carcerária: efeitos práticos e simbólicos,** p. 416.

para cá, nem ser transferido para uma penitenciária federal, nem para lugar nenhum... Essa forma de resolver o problema não vai dar certo. Apenas jogará areia nos olhos da sociedade, falando – ‘resolvemos o problema penitenciário, construindo a prisão mais dura do mundo’... Mas quantos presos vão caber nessa penitenciária? Duzentos? E os outros milhares que estão por aí? Vão criar o quê? Um monte de monstros, um monte de pessoas revoltadas que também não vão se intimidar. Está errado! Acho que primeiro teria de se dar condições dignas para os presos.²⁹⁶

Portanto, para esse tipo de apenado, o Regime Disciplinar Diferenciado não é suficiente para impedir a prática das condutas previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal. Logo, a “Primeira Lei da Dissuasão”, ou seja, a ideia de que as pessoas cometem menos um crime quando a pena esperada aumenta, não é absoluta, caindo por terra um dos corolários da Análise Econômica do Direito, isto é, a função dissuasória da pena.

Dessa forma, apesar de ser mais barato trabalhar com a intimidação do apenado – para que os delitos não venham a ser cometidos – do que recuperar ou neutralizar o “criminoso”, medidas que pressupõem grandes gastos²⁹⁷, verifica-se que o Regime Disciplinar Diferenciado pode intimidar, ou não, o preso que subverter a ordem interna dos presídios ou integrar/comandar facções criminosas “extramuros”. Isso porque, o nível de intimidação vai depender das análises racionais e subjetivas do detento em relação ao custo-benefício da subversão da ordem interna dos presídios e da participação/comando das facções criminosas de dentro das penitenciárias.

Saliente-se que essa análise só será realizada quando o apenado tiver opção de escolher entre a prática delitiva e a conduta lícita, pois em algumas das vezes o preso só enxerga como alternativa possível o crime.

Por conseguinte, o Regime Disciplinar Diferenciado pode tanto cumprir a sua função social, qual seja, inibir o comportamento criminoso, dissuadindo as condutas inaceitáveis previstas no *caput* e nos parágrafos 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal, como não surtir qualquer efeito sobre o “criminoso”, que continuará perturbando a ordem interna dos presídios.

Assim, apesar de ser verdadeira a premissa de que as pessoas, em todas

²⁹⁶ COELHO, Marco Antônio. De Batedor de Carteira à Assaltante de Bancos. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 66, 2007, p. 74-75. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a05v2161.pdf>> Acesso em: 16 de maio de 2013.

²⁹⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 75-76.

as atividades que impliquem em alguma escolha, são maximizadoras racionais de suas satisfações, não se pode deixar de considerar, mormente no direito penal, que o cálculo de maximização é individual²⁹⁸, ou seja, o que é útil para **A**, pode não ser útil para **B**, tudo vai depender dos objetivos a serem alcançados e das experiências vividas pelo sujeito.

A análise econômica positiva do direito pode funcionar bem em diversos setores (direito da concorrência, direito mercantil, direito empresarial e etc.), mas no âmbito do direito penal não passa de uma justificativa para os tipos penais já criados e para as sanções já majoradas.

O problema da criminalidade é muito mais social do que econômico. Isso porque são as condições sociais que determinam a prática do crime. Assim, uma pessoa de baixa renda enxergará como lucrativo o furto de um celular (*smartphone*). Já um indivíduo de média renda, não obterá prazer com o mesmo ato, pois possui condições de comprá-lo.

Veja-se que para os apenados o delito é uma espécie de ganho fácil, de modo que estes preferem o crime ao trabalho lícito, pois, em uma análise de custo-benefício, além de ser muito mais fácil ser inserido no mercado do crime do que no mercado de trabalho, os ganhos percebidos naquele são muito maiores do que neste.

O cálculo é fácil:

→ Mercado de trabalho = desemprego = trabalho pesado = baixos salários.

→ Mercado do crime = emprego certo = ganho fácil = melhores salários.²⁹⁹

Todavia, o Estado não tem condições de implantar políticas públicas, isto é, medidas que busquem alterar as condições sócio-econômicas, a fim de erradicar e/ou reduzir a crescente injustiça social, sendo mais barato o “isolamento dos já

²⁹⁸ “De acordo com a Teoria da Escolha Racional, indivíduos maximizam e, portanto, a unidade básica da análise deve ser a escolha individual de cada um. Essa postura é o que se convencionou chamar de individualismo metodológico, segundo o qual, para se compreender os comportamentos ou ações do Estado ou da Sociedade a melhor forma é compreender os comportamentos individuais dos agentes que os compõem e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender.” (GICO JR., Ivo Teixeira. **Notas sobre a Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2662.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2013, p. 932).

²⁹⁹ Para uma crítica consistente: LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J.. **FREAKONOMICS: O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. Tradução de: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

isolados”, para conter a criminalidade dentro dos presídios e dar uma resposta à sociedade aflita, mesmo se considerando que o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado não produz.

A justificativa, assim, para a implantação de medida tão severa, é que o Regime Disciplinar Diferenciado objetiva demonstrar ao apenado que o custo das rebeliões e da formação de facções dentro dos presídios é muito elevado, de modo que, seguindo a ótica das teorias economicistas dos delitos e das penas, é mais benéfico escolher se portar adequadamente, de acordo com as regras da execução penal, mantendo a paz dentro dos presídios.

Contudo, como prosperar a premissa de que, em um mundo como o de hoje, onde reina a exclusão social, comandada pelo neoliberalismo, as pessoas possam examinar o custo-benefício das práticas delitivas, quando, na verdade, não se apresentam, na maioria dos casos, opções a tais práticas, sejam por motivos ideológicos (criminalização de movimentos sociais – ex: sem-terra) ou de sobrevivência (crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas e etc.).³⁰⁰

Portanto, o Regime Disciplinar Diferenciado, além de reprimir os fracos, deserdados e não consumidores, não almeja devolver o indivíduo transgressor sadio à sociedade – ao contrário do que se visa fazer, em tese, com o apenado comum, ao ensinar-lhe um ofício –, porque, consoante já afirmado, o preso inserido no Regime Disciplinar Diferenciado fica isolado do convívio social e não pode trabalhar. Por conseguinte, presume-se que, quando solto, volte a delinquir, pois não aprendeu nenhuma profissão que pudesse lhe garantir a subsistência sem perigo.

Esse movimento circular é explicado por Alberto Silva Franco da seguinte forma:

[...] leis pesadamente punitivas [...] acarretam um aumento enorme da taxa de encarceramento. O número de presos sofre um acréscimo numa proporção que não tem condições de ser adequada à quantidade de vagas. Isso significa a existência de um caótico sistema prisional em que os condenados são aglomerados como ‘sardinhas em lata’, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana e são devolvidos, após um processo de dessocialização, ao meio livre para que, logo em seguida, voltem ao próprio sistema, em razão da prática de novos delitos. As taxas de reincidência retratam o movimento repetitivo e cansativo de uma roda gigante: crime – sistema prisional – dessocialização – crime.³⁰¹

Ainda, de acordo com o autor, o sistema prisional do direito penal

³⁰⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 84.

³⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8.072/90, p. 503.

máximo, em que o regime disciplinar está inserido, é uma “máquina trituradora de seres humanos” e os que entrarem na engrenagem dessa máquina, dela nunca mais sairão.³⁰²

Na realidade, os adeptos das teorias economicistas dos delitos e das penas sabem que o delito jamais poderá ser completamente erradicado da sociedade, principalmente porque esse ambicioso objetivo consumiria um volume de dinheiro não disponível, razão pela qual acreditam que a comunidade deve aprender a conviver com certo nível de criminalidade.³⁰³

A quantidade de delitos cometidos, a serem aceitos por uma sociedade, vai depender do volume de recursos que esta se predispõe a pagar para alcançar o índice de criminalidade desejado. Destarte, a amplitude quantitativa e qualitativa do sistema de justiça penal estará condicionada ao lugar que a segurança do cidadão ocupa na escala de preferências sociais.³⁰⁴

Mas, se o Regime Disciplinar Diferenciado não é hábil para intimidar todo e qualquer preso e, portanto, não é eficiente, pois além dos elevados custos despendidos pelo Estado, para a manutenção dos presos e das penitenciárias que possuem esse tipo de regime, ele não atinge completamente a sua finalidade, porquanto só dissuade parcela dos detentos a não praticarem as condutas previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal, porque então Roberto Porto afirma que “o sucesso do RDD pode ser aferido estatisticamente”, atribuindo esse sucesso estatístico ao comportamento dos presos, que deixaram de se rebelar e de matar, e dos funcionários, que deixaram de maltratar e de espancar os detentos?

Note-se que essas novas práticas, que para Roberto Porto são atribuídas ao sucesso do Regime Disciplinar Diferenciado, nada têm a ver com o referido instituto, mas revelam a incapacidade da administração penitenciária em controlar os detentos; o sistema é falho, o maior exemplo disso é a entrada de celulares nos presídios, que não deveria ser permitido pelos agentes penitenciários e, se assim fosse, as comunicações dos presos com o mundo exterior não existiriam e, talvez, o Regime Disciplinar Diferenciado não fosse necessário.³⁰⁵

³⁰² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8.072/90, p. 503.

³⁰³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 76.

³⁰⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, p. 76-77.

³⁰⁵ Observa-se que o regime disciplinar diferenciado é uma alternativa encontrada pelo Estado para tentar enfrentar a incapacidade da Administração Penitenciária de controlar o ambiente prisional, bem

De fato, os instrumentos criados para o controle dos presos de alta periculosidade – construção de prisões de custo altíssimo, com capacidade limitada e celas individuais, edificadas com a mais alta tecnologia de segurança – reduzem os problemas característicos das prisões, mormente das de São Paulo e do Rio de Janeiro, como rebeliões, fugas e mortes.³⁰⁶

Pode-se arriscar a dizer até que os presos inseridos no Regime Disciplinar Diferenciado vivem em melhores condições de higiene e saúde do que o preso comum, apesar da possibilidade de permanecerem isolados em cela individual por um grande lapso temporal, com restrições de visitas e limitação do banho de sol, pois, ao menos, estão em celas individuais, e não aglomerados como “sardinhas em lata”.³⁰⁷

Todavia, essas estatísticas não decorrem da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, mas sim dos recursos que foram despendidos pelo Estado para o controle dos presos de alta periculosidade (tecnologia, segurança e etc.), recursos estes que existem apenas nas penitenciárias de segurança máxima, em que há um maior controle dos agentes penitenciários sobre os presos, justificando o novo e adequado comportamento dos detentos e dos funcionários.

Portanto, segundo o conceito de justiça de Richard A. Posner, o Regime Disciplinar Diferenciado não é justo, na medida em que não é eficiente, isto é, não promove a maximização da riqueza, porquanto gera pesados custos para o Estado e não consegue atingir completamente o seu objetivo, qual seja: intimidar os detentos.

Registre-se que a análise econômica do Regime Disciplinar Diferenciado suso delineada, corresponde à teoria positiva, na medida em que buscou explicar o art. 52 da Lei de Execução Penal, demonstrando qual é a sua racionalidade e as consequências de sua aplicação, estando relacionada a um critério de verdade, ou seja, a abordagem feita foi eminentemente descritiva.

A análise econômica do Regime Disciplinar Diferenciado, referente à teoria normativa, deve ser realizada primordialmente por um economista, por meio

como a ineficiência do sistema no que tange à separação dos presos conforme seus antecedentes e periculosidade, prevenindo a formação das ditas facções criminosas. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. *Ciência Jurídica*, p. 276).

³⁰⁶ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **A Instituição do Regime Disciplinar Diferenciado para o Controle da População Carcerária: efeitos práticos e simbólicos**, p. 414.

³⁰⁷ Ilustrando bem a questão, tem-se notícia veiculada no site do CNJ: **Inspeção do CNJ encontra presos em Contêineres no Pará**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/96-noticias/10027-inspecao-do-cnj-encontra-presos-em-containers-no-para>> Acesso em: 03 de junho de 2013.

do exame de casos e coleta de dados – apesar deste critério não ser absoluto, pois, conforme o acima exposto, o cálculo de maximização é individual –, porque ele será capaz de demonstrar, com uma maior precisão, qual o método que deverá ser empregado pela sociedade para obter uma melhor prevenção das condutas subversivas da ordem interna dos presídios, a um custo menor; isto é, qual é o meio mais eficiente, e, portanto, mais justo, que deverá ser utilizado pelo Estado para coibir a prática das condutas previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal, tendo em vista que, consoante supra delineado, o Regime Disciplinar Diferenciado, à luz da Análise Econômica do Direito penal realizada por Richard A. Posner, não é economicamente viável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação procurou realizar uma análise econômica do Regime Disciplinar Diferenciado à luz dos postulados metodológicos de Richard A. Posner.

Por meio do estudo proposto, percebeu-se que a justificativa econômica para a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado está consubstanciada na crença de que a imposição de medida tão severa faz nascer no apenado a consciência de que o custo das rebeliões e da formação de facções dentro dos presídios é muito elevado, sendo mais benéfico escolher se portar adequadamente, de acordo com as regras da execução penal, mantendo a ordem dentro dos presídios.

Notou-se, também, que o Regime Disciplinar Diferenciado não traz qualquer lucro monetário para o Estado, pelo contrário, só gera despesas, pois não permite que o preso trabalhe, único meio pelo qual este é produtivo. Todavia, optou-se pela sua criação porque foi a solução mais barata encontrada para dar uma resposta à “sociedade exaltada”, tendo em vista que o Estado não tem condições de implantar políticas públicas, ou seja, medidas que busquem alterar as condições sócio-econômicas, a fim de erradicar e/ou reduzir a crescente injustiça social, que é o núcleo central do problema da criminalidade.

A pesquisa revelou, ainda, que o Regime Disciplinar Diferenciado pode atingir, ou não, o seu objetivo, qual seja: intimidar o preso que subverter a ordem interna dos presídios ou integrar/comandar facções criminosas “extramuros”, pois esse nível de intimidação vai depender das análises racionais e subjetivas do detento em relação ao custo-benefício da subversão da ordem interna dos presídios e da participação/comando das facções criminosas de dentro das penitenciárias, na medida em que o que é útil para um determinado tipo de preso, pode não ser útil para o outro, tudo vai depender dos objetivos a serem alcançados e das experiências vividas pelo sujeito.

Destarte, o Regime Disciplinar Diferenciado pode tanto cumprir a sua função social, inibindo o comportamento criminoso e dissuadindo as condutas inaceitáveis previstas no *caput* e nos parágrafos 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal, como não surtir qualquer efeito sobre o preso, que continuará perturbando a ordem interna dos presídios.

Dessa forma, acredita-se ter encontrado as respostas para as hipóteses inicialmente propostas, uma vez que, por meio da aplicação da Análise Econômica do Direito penal realizada por Richard A. Posner ao Regime Disciplinar Diferenciado, bem como do estudo de políticas criminais, constatou-se que:

a) aludido instituto está inserido no contexto das políticas criminais do direito penal máximo, com restrição de diversos direitos e garantias fundamentais assegurados aos indivíduos pela Constituição Federal de 1988;

b) a imposição de medida tão severa encontra justificativa nas teorias economicistas dos delitos e das penas, na medida em que visa intimidar os apenados a não praticarem as condutas previstas no art. 52 da Lei n. 7.210/84, pois é mais benéfico escolher se portar adequadamente, de acordo com as regras da execução penal, mantendo a paz dentro dos presídios;

c) referido regime não atingiu completamente o seu objetivo, pois não é hábil para intimidar parcela substancial dos detentos, tendo em vista que o cálculo do custo-benefício da subversão da ordem interna dos presídios é individual, isto é, o que é útil para um tipo de preso pode não ser para o outro; e

d) o Regime Disciplinar Diferenciado não é eficiente, pois, além de não gera lucros para o Estado, não inibe substancialmente a prática delitiva dentro dos presídios e, sendo assim, também não é justo e, tampouco, economicamente viável para o Estado.

Por derradeiro, cumpre consignar que a Análise Econômica realizada na presente dissertação está relacionada à teoria positiva, pois o estudo em questão explicou o art. 52 da Lei de Execução Penal e demonstrou a racionalidade econômica que norteou a sua criação e as consequências de sua aplicação, adotando-se uma abordagem eminentemente descritiva.

Não obstante, a análise econômica do Regime Disciplinar Diferenciado não se esgota aqui, pois é por meio da teoria normativa que se conseguirá escolher o melhor método a ser empregado pela sociedade para obter uma melhor prevenção das condutas “subversivas” da ordem interna dos presídios, a um custo menor; ou seja, qual é o meio mais eficiente, e, portanto, mais justo, que deverá ser utilizado pelo Estado para coibir a prática das condutas previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal, sempre se considerando que, qualquer solução eventualmente encontrada não será absolutamente eficiente, porque, conforme todo o exposto, o cálculo de maximização é individual.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ADAM, Smith. **An Inquiry into The Nature and Causes of The Wealth of Nations**. Disponível em: <http://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2013.
- ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao Estudo da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2013.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 01 de abril de 2013.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 81, p. 341-342, 2009.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 54, n. 344, p. 108, jun. 2006.
- BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1319, 10 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9481>> Acesso em: 26 de abril de 2013.
- BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An economic approach**. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: <<http://www.wu.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>. Acesso em: 07 de março de 2013.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de: Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. Título original: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.
- BERGH, Roger Van den. **Introduction: The impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship**, p. 02. Disponível em: <http://www.erasmuslawreview.nl/files/ELR_specialissue_01.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2012.
- BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p.81-88, 1996.
- _____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 474.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: L'età dei Diritti.
- BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes Diferenciados, Igualdade e Individualização**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/gilmar_bortolotto.pdf> Acesso em: 25 de abril de 2013.
- BRASIL. Senado Federal. **PLC – Projeto de Lei da Câmara, n. 12 de 2003**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 11 de abril de 2013.
- _____. Planalto. **Lei Federal n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 11 de abril de 2013.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus 2004.01.00.000468-5/MT**. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 11 de abril de 2013.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Execução Penal n.**

- 990090222840**. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 15 de abril de 2013.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Habeas Corpus n. 27967**. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 15 de abril de 2013.
- _____. Planalto. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 24 de abril de 2013
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 40.300**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 de abril de 2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 0103105-76.2012.8.26.0000**. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 29 de abril de 2013.
- BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigos. **Revista de Estudos Criminais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, 2004.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral**. Harvard Law Review, v. 85, 1972. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1983/> Acesso em: 03 de abril de 2013.
- CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 862, ago. 2007.
- CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CIMADON, Elisandra Riffel; MINIKOSKI, Marco Antônio. Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 03 de junho de 2013.
- COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**. Tradução de: Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em: <www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2012. Título original: The Problem of Social Cost.
- COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 18 de julho de 2012.
- COELHO, Marco Antônio. De Batedor de Carteira à Assaltante de Bancos. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 66, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a05v2161.pdf>> Acesso em: 16 de maio de 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Regime disciplinar diferenciado. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 18, n. 120, 2004.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Título original: Law & Economics.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. **A Instituição do Regime Disciplinar Diferenciado para o Controle da População Carcerária**: efeitos práticos e simbólicos. Disponível em: < http://www2.pucpr.br/ssscla/papers/SessaoG_A13_pp404-425.pdf> Acesso em: 08 de maio de 2013.
- DIAS, Marco Antonio. **James Buchanan e a “política” da escola pública**.

Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n6/artigos/pdf/pv6-16-marcoantonio.pdf>> Acesso em: 05 de março de 2013.

EIDE, Erling; Rubin, Paul H.; Shepherd, Joanna M.. **Foundations and Trends in Microeconomics**. Economics of Crime. v. 2, n. 3, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1912073>> Acesso em: 03 de abril de 2013.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p.156-177, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de: Ana Paula Zomer e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Título original: Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1986.

FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação**: tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/direito-economia/disciplinas/1/floresfilho-2007.pdf>> Acesso em: 01 de abril de 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. História da violência nas prisões. Tradução de: Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2004. Título original: Surveiller et Punir.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Crimes Hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Economic Analysis of Law Review**. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito, v. 1, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44> Acesso em: 27 de março de 2013.

_____. **Notas sobre a Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2662.pdf> Acesso em: 14 de maio de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **RDD e Regime de Segurança Máxima**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061002164116149&mode=print> Acesso em: 15 de abril de 2013.

_____. **Leituras Complementares de Processo Penal**: limites do “jus puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal. Bahia: Juspodivm, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, v. 7, set. 2005.

HAFEMEISTER, Thomas; GEORGE, Jeff. **The Ninth Circle of Hell**: An eighth Amendment Analysis of Imposing Prolonged Supermax Solitary Confinement on Inmates With a Mental Illness. Disponível em: <http://www.denverlawreview.org/storage/print_vol_90_1/Issue1_Hafemeister_FINAL_ToDarby_021913.pdf> Acesso em: 09 de abril de 2013.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Título original: Derecho Penal del Enemigo.

KIST, Dário José. Fundamentos do direito penal democrático. **Revista de Estudos**

- Criminais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.110-137, 2001.
- KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **FREAKONOMICS: O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. Tradução de: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- LIRA, Jamerson Pereira de. **Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE**. Regime Disciplinar Diferenciado: A (in)constitucionalidade do “regime” cautelar, v. 3, n. 27, jan./jun. 2008.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 757, p.402-411, nov. 1998.
- LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2013.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1.400, 02 de maio de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9828>>. Acesso em: 26 de abril de 2013.
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia**. Tradução de: Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. Título original: Principles of Economics.
- MARCÃO, Renato. Regime disciplinar diferenciado. **Ministério Público do Espírito Santo**, Vitória, 2007.
- _____. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Lei de Execução Penal: anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- MEDEMA, Steven G.. **Chicago Law and Economics**. Jun. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560941> Acesso em: 01 de abril de 2013.
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. **Execução Criminal: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MONTENEGRO, Manuel. **Inspeção do CNJ encontra presos em Contêineres no Pará**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/96-noticias/10027-inspecao-do-cnj-encontra-presos-em-containers-no-para>> Acesso em: 03 de junho de 2013.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 325, novembro de 2004.
- _____. Este monstro chamado RDD. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, 2004.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar na Execução Penal. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- MUELLER, Dennis C. **Journal of Economic Literature**: Public Choice: A Survey, v. 14, n. 2, p. 395-433, jun. 1976.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- _____. **O Regime Disciplinar Diferenciado**. Revista Magister de Direito Processual e Penal, v. 1, ago./set. 2004.
- PORTO, Roberto. **O Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.
- POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de: Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007. Título original: Economic Analysis of Law.
- _____. El análisis economic del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, v. 2, n. 7, invierno 2005.
- _____. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: The Problems of Jurisprudence.
- _____. **A failure of capitalism**. Harvard University Press: Cambridge, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120, v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- Resolução SAP-026, de 04/05/2001. Diário Oficial – São Paulo, v. 111, n. 84, de 05/05/2001.
- Resolução SAP-049, de 17/07/2002. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_geral/leg_geral_resolucoes/ResolSAP49_02.htm> Acesso em: 08 de abril de 2013.
- Resolução SAP-059, de 19/08/2002. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=12858&AnoMes=20028> Acesso em: 08 de abril de 2013.
- RIVELAND, Chase. **Supermax Prisons: Overview and General Considerations**. National Institute of Corrections, U.S. Department of Justice. 1999. Disponível em: <<http://static.nicic.gov/Library/014937.pdf>> Acesso em: 09 de abril de 2013.
- ROGÉRIO, Greco. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do sistema de controle penal. Rio de Janeiro: 2011.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: Textos Escolhidos. 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.
- SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial**: legalidade e legitimidade. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/asterio_santos.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2013.
- SILVA, Louise Trigo da. Legalidade e taxatividade: a necessidade de definições e os tipos abertos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 15 de abril de 2013.
- SULLIVAN, Laura. **Timeline: Solitary Confinement in U.S. Prisons**. 2006. Disponível em: <<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5579901>> Acesso em: 09 de abril de 2013.
- THOMAS, Hobbes. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Martin Claret. 3. ed. São Paulo: Editora Ícone. Título original: Leviathan.
- WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre

segurança vindos da América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 46, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral v. 1, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte geral, v.1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 02.

