

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

DIREITO À LIBERDADE EM COLISÃO DE PRINCÍPIOS: UMA [ANÁLISE A LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

CLÉBER RIGAILO

Itajaí (SC), julho de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RESUMO

O propósito do presente trabalho dissertativo é apurar o choque existente entre as esferas de atuação de dois dispositivos legais considerados válidos dentro do Ordenamento Pátrio. Verificar se a Dignidade da Pessoa Humana é limitada de uma forma injustificada, sendo, portanto, ofendida pela Lei 10.792 de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Para o desenvolvimento do trabalho opta-se pela adoção do método dedutivo como norteador da investigação científica. A divisão do tema proposto se dá em três capítulos tendo os dois iniciais servido para o exame individual das categorias envolvidas, numa expectativa descritiva, visando a construção material dos argumentos, que no último capítulo, serão utilizados para responder o problema de relevância criado entre a Dignidade Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado. O trabalho não visa esgotar todas as possibilidades de análise sobre Dignidade da Pessoa Humana, restando alertar que, não foram exploradas as importantes repercussões no âmbito dos Direitos Humanos, pois, estas não estariam inseridas no âmbito escolhido para a confrontação entre os elementos envolvidos no tema proposto. Fez-se necessário trazer à baila uma questão periférica, mas de grande importância para o resultado final, que trata da relação entre a Política Jurídica e a Política Criminal, no que pertine aos cuidados necessários para a verificação da validade material, ou também chamada de legitimação externa, das normas propostas com base nos apelos de uma sociedade amedrontada pela ação midiática. Restando o alerta sobre a impossibilidade do esquecimento da ética e dos direitos fundamentais, no papel de um filtro garantista, quando do processo legiferante, especialmente na produção das normas penais. Estes irão compor a justificação de uma idéia apresentada, que tentará fincar seus alicerces na maior profundidade possível nesse terreno arenoso compreendido pelo Direito. Parte-se, portanto, de um ponto que ao mesmo tempo gera segurança e insegurança, mas com a consciência de que o processo argumentativo apresentado pode ser refutado ou validado facilmente se outros fundamentos dogmáticos forem adotados. O poder da argumentação está no convencimento que ela cria. Se a Terra já foi plana, se o Sol foi centro do universo e o homem criado à imagem de Deus, são afirmações dependentes, única e exclusivamente, de quais dogmas são utilizados para embasar essas proposições e como essas são aceitas pelas pessoas que as recebem.

INTRODUÇÃO

Seria indicado iniciar um texto com esse conteúdo com os relatos de insanidade de um apenado que, por ter cumprido um ano de isolamento de cela, perdeu a noção da realidade, nos mesmos moldes que Foucault descreve a desastrosa execução de Damians na primeira passagem do livro Vigiar e Punir. Mas este ainda não é momento para isso. Antes, porém, é necessário apresentar os elementos que conspiraram para que a dignidade da pessoa humana fosse esquecida por um momento, para que o isolamento prisional retornasse injustificado e triunfante ao ordenamento jurídico pátrio.

O propósito do presente trabalho dissertativo é apurar o choque existente entre as esferas de atuação de dois dispositivos legais considerados válidos dentro do Ordenamento Pátrio. Verificar se a Dignidade da Pessoa Humana é limitada de uma forma injustificada, sendo, portanto, ofendida pela Lei 10.792 de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Para o desenvolvimento do trabalho opta-se pela adoção do método dedutivo como norteador da investigação científica.

A divisão do tema proposto se dá em três capítulos tendo os dois iniciais servido para o exame individual das categorias envolvidas, numa expectativa descritiva, visando a construção material dos argumentos, que no último capítulo, serão utilizados para responder o problema de relevância criado entre a Dignidade Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado.

No primeiro Capítulo do trabalho é realizada uma incursão exploratória pelos meandros da dignidade da pessoa humana, inicialmente considerada como norma constitucional, examinando sua natureza jurídica dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro, se Direito Fundamental, se Valor ou se fundamento da ordem jurídica. Cabendo ainda abordar a forma pela qual a dignidade da pessoa humana se manifesta, bem como as implicações destas, considerando-a como princípio e como regra.

Em um segundo momento, ainda no primeiro Capítulo, frisou-se a posição doutrinária e jurisprudencial sobre a dignidade da pessoa humana ocupar uma posição de meta-valor, ou de princípio absoluto, no sistema jurídico. Buscou-

se assim, apresentar as implicações da presença de um meta-valor como solucionador das ponderações entre princípios e solução de casos difíceis.

Encerrando o primeiro Capítulo alcança-se o ponto nevrálgico do estudo da dignidade da pessoa humana, qual seja, seu conteúdo. O que compreende alegar que a dignidade da pessoa humana é ofendida? O que é necessário ocorrer para que a pessoa tenha lesada sua dignidade humana pessoal? Essas são questões que, pela freqüência com que os representantes dos direitos humanos evocam a dignidade da pessoa humana, não seriam realmente tormentosas, mas com um exame mais apurado nota-se a dificuldade em limitar o que se compreende por dignidade da pessoa humana.

O trabalho não visa esgotar todas as possibilidades de análise sobre Dignidade da Pessoa Humana, restando alertar que, não foram exploradas as importantes repercussões no âmbito dos Direitos Humanos, pois, estas não estariam inseridas no âmbito escolhido para a confrontação entre os elementos envolvidos no tema proposto.

Ainda na parte descritiva, o segundo Capítulo apresenta as bases necessárias para a compreensão do Regime Disciplinar Diferenciado, iniciando com um histórico sobre as diferentes versões sobre o surgimento da pena de prisão, bem como a evolução desta no Brasil, chegando-se até a atual Lei de Execuções Penais.

Em seqüência são apresentadas as bases para uma tentativa de classificação da Política Criminal brasileira, que compreendem a análise dos fins propostos para a pena de prisão e dos principais movimentos internacionais de Política Criminal que influenciaram de alguma maneira a elaboração das normas no Brasil, e mais pontualmente, que influenciaram o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado.

Especificamente quanto ao Regime Disciplinar Diferenciado, após uma recomposição histórica, são abordadas as principais características legislativas, isto é, as possíveis interpretações quanto aos termos que compõem o dispositivo legal sob análise, com base na doutrina e na jurisprudência. Reservou-se para o último tópico do segundo Capítulo o exame dos rigores carcerários que compõem a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado. Esses rigores, que correspondem à exponenciação de características já apresentadas pela

tradicional pena de prisão, são analisados com auxílio dos conhecimentos de outras ciências como a Psiquiatria, Psicologia, Medicina, Sociologia e Física; elementos como o isolamento, os estigmas, o tempo diferenciado e outras conseqüências da adoção do RDD são questionados.

Encerrada a apresentação das categorias que entrarão em choque, resta ao terceiro Capítulo instrumentalizar a forma pela qual a decisão jurídica de optar por uma justificação ou outra, escolhendo a manutenção ou não da validade e aplicabilidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Antes, porém, fez-se necessário trazer à baila uma questão periférica, mas de grande importância para o resultado final, que trata da relação entre a Política Jurídica e a Política Criminal, no que pertine aos cuidados necessários para a verificação da validade material, ou também chamada de legitimação externa, das normas propostas com base nos apelos de uma sociedade amedrontada pela ação midiática. Restando o alerta sobre a impossibilidade do esquecimento da ética e dos direitos fundamentais, no papel de um filtro garantista, quando do processo legiferante, especialmente na produção das normas penais.

Como último tópico restava examinar se os âmbitos legislativos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Regime Disciplinar Diferenciado entravam em confronto, tendo em vista o que foi apresentado nos capítulos anteriores. O instrumental escolhido para realizar o cotejamento entre as duas categorias foi a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Manuel Atineza, que tem por fundamento a análise da Justificação Interna e Externa da aplicação das normas, tendo como parâmetros para a decisão jurídica a submissão a três princípios de grande aceitação doutrinária, embasados nos fundamentos da Lógica.

Um alerta, contudo, é necessário sobre o conteúdo deste trabalho dissertativo. Como quase todo conhecimento com pretensões científicas na área do Direito, este também é baseado em fundamentações dogmáticas que acabam por incorrer em aceitação de conceitos, pressupostos, princípios e consensos. Estes irão compor a justificação de uma idéia apresentada, que tentará fincar seus alicerces na maior profundidade possível nesse terreno arenoso compreendido pelo Direito. Parte-se, portanto, de um ponto que ao mesmo tempo gera segurança e insegurança, mas com a consciência de que o processo

argumentativo apresentado pode ser refutado ou validado facilmente se outros fundamentos dogmáticos forem adotados. O poder da argumentação está no convencimento que ela cria. Se a Terra já foi plana, se o Sol foi centro do universo e o homem criado à imagem de Deus, são afirmações dependentes, única e exclusivamente, de quais dogmas são utilizados para embasar essas proposições e como essas são aceitas pelas pessoas que as recebem.

Capítulo 1 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 Noção de dignidade da pessoa humana no âmbito do constitucionalismo atual.

Seria ideal iniciar esse trabalho com uma clara, objetiva e precisa definição do que se compreende por dignidade humana, mas como qualquer interessado nessa matéria já pode perceber, além da dificuldade de se elaborar uma definição, qualquer uma que fosse tomada de início seria temerária diante dos questionamentos que se seguirão.

O objetivo dessa primeira abordagem passa muito distante de uma tentativa de conceituação para a dignidade humana, e sim, tem como escopo apenas demonstrar uma noção da dignidade humana como norma constitucional, bem como, apontar algumas das dificuldades de limitação de conteúdo, fixando a importância desta no ordenamento jurídico pátrio e para o presente trabalho científico.

Cabe fazer uma breve exploração terminológica sobre a diferença entre o sentido dos termos dignidade humana e dignidade da pessoa humana. Para tanto, utiliza-se dos conhecimentos de MIRANDA:

“Da mesma maneira que não é o mesmo falar em direitos do homem e direitos humanos, não é exactamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa”¹.

Segundo SARLET, a dignidade da pessoa humana teve sua origem no “pensamento clássico e no ideário cristão”². Com o Humanismo, nos séculos XIV

¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 169.

² “Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela ‘Santa Inquisição’) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero

ao XVI, a dignidade humana ganhou popularidade através das obras que valorizavam o homem, e que deram início aos estudos dos direitos humanos³. Posteriormente, em Immanuel Kant, já com a consideração do “ser pensante” de Descartes⁴, fixou-se o primeiro marco científico-filosófico de importância⁵. Os ensinamentos de KANT continuam sendo paradigmáticos nesta seara, e têm como fundamento a autonomia e o direito de autodeterminação de cada pessoa⁶.

Doutrinadores da atualidade procuram esclarecer as principais características da dignidade da pessoa através de uma dissecação ou desconstrução de seus elementos formadores. SARLET fala em diferentes dimensões para dignidade da pessoa: a) uma dimensão ontológica, mas não necessariamente biológica da dignidade, seguindo a “matriz kantiana”, vinculando a dignidade da pessoa à consciência e a condição humana individual⁷; b)

objeto ou instrumento”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direito fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 29 e 30.

³ Peces-Barba: “Para nosotros, por consiguiente, el punto central del humanismo será su revalorización del hombre y de su dignidad, perdida en algún sentido en la Edad Media, aunque debe hacerse siempre esta afirmación matizadamente, en su aniversario objetivista y ordenado”. O autor menciona também que o individualismo ocasionado pelo levante burguês foi fundamental para o desenvolvimento de outros direitos: “El *homo iuridicus*, el destinatario de las normas, aparece despojado de cualquier vinculación social que no sea su condición de hombre. Sobre él se consistirá el concepto de derechos fundamentales. La idea de la libre propiedad, tan querida al burgués, y la idea de libre personalidad, tan querida al humanista, se encuentran”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *et alii*. **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. 2. ed. Madrid/Espanha: Editorial Dykinson, 2003. p. 72 e 81.

⁴ “Ocorre que a reintrodução da certeza, ou seja, a construção de uma base sólida após a hiperbilização da dúvida é engendrada a partir do *cogito*. A primeira certeza será a da existência de si enquanto coisa pensante. Esse é o momento inaugural do sujeito moderno e da sua razão solitária. Com Descartes, o homem passa a ser o sujeito do conhecimento (*res cogitans*), e o mundo, o seu objeto (*res extensa*)”. ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. **Sobre a dignidade da pessoa**. In A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002. p. 219.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direito fundamentais na constituição federal de 1988**. p. 32

⁶ “Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz...”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. p. 21.

⁷ “Nesta linha argumentativa e na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As**

dimensão comunicativa e relacional, destacando o papel do *outro* em sua existência⁸, com base em Hannah Arendt⁹, e da relação com este *outro*¹⁰ com base em Habermas¹¹, deixando claro a intersubjetividade da concepção de dignidade da pessoa humana; c) uma dimensão construtiva da dignidade da pessoa, que substitui a condição inata da dignidade humana por uma formação histórico-cultural pela evolução e interação na sociedade¹².

dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. p. 21.

⁸ “Em verdade – e tal aspecto deve ser destacado – a dignidade da pessoa humana (assim como – na esteira de Hannah Arendt – a própria existência humana e condição humana) sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, igualmente subjacente ao pensamento de Hannah Arendt, no sentido de que a pluralidade pode ser considerada como a condição (e não apenas como uma das condições) da ação humana e da política”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** p. 24-25.

⁹ “A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política”. ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 15.

¹⁰ “Na perspectiva ora apontada, vale consignar a lição de Jürgen Habermas considerando a dignidade da pessoa numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontrar-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** p. 25.

¹¹ “Com efeito, a subjetividade, que é o que faz do corpo humano um recipiente animado da alma, se constitui a partir das relações intersubjetivas para com os outros. O si mesmo individual surge apenas com o auxílio social da exteriorização e também só pode se *estabilizar* na rede de relações intactas de reconhecimento”. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47.

¹² “Já por esta razão, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se completam e interagem mutuamente, guardando, além disso, relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** p. 27.

SARLET ainda aponta para mais duas perspectivas para visualização da dignidade da pessoa humana. A primeira numa dimensão apenas negativa que aborda a dignidade como limite e como tarefa, isto é:

“Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham as graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”¹³.

A segunda perspectiva também é importante para a compreensão do tema, e mesmo decorrendo da já citada base kantiana, vale aqui sua explicitação. É o caso da dignidade numa concepção minimalista da redução do ser humano ao *homem-objeto*, de autoria de Günter Dürig, contrariando a coisificação do ser humano, impedindo que este seja utilizado como meio ou ferramenta para qualquer fim, devendo a pessoa ser um fim em si mesmo¹⁴. Essa concepção decorre do posicionamento adotado por Kant, e posteriormente por Hegel, cuja base também serviu de fundamento para a postura destes autores quanto à finalidade proposta para a pena de prisão, na qual estes não aceitavam que o ser humano apenas fosse instrumentalizado, servindo de exemplo a propagar os rigores das penas, assunto este, que será tratado em tópico por vir.

O ponto de partida lógico do presente tópico é a análise do dispositivo constitucional brasileiro que fez nascer a dignidade da pessoa humana no ordenamento pátrio. No Título I – Dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988, no artigo 1º, os constituintes fizeram constar que o Brasil seria uma República Federativa constituída sobre as bases do Estado Democrático de

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. p. 32.

¹⁴ Fazendo uso das palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “Como ponto de partida nesta empreitada, inclusive por se tratar daquilo que pode ser até mesmo considerado como um elemento nuclear da dignidade, vale citar a fórmula desenvolvida por Günter Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha ser caracterizada e desconsiderada como sujeito de direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. p. 33-34.

Direito, e que teria como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (inciso II)¹⁵. Muito semelhante à Constituição Pátria atual, podem ser citadas outras Cartas Constitucionais, como a da Alemanha, de Portugal e da Espanha¹⁶.

Não só pela localização geográfica da disposição que traz a dignidade da pessoa humana no primeiro artigo da Constituição, mas também, pela colocação desta como fundamento para a estruturação de todo o restante do texto constitucional, e por consequência da estruturação do Estado que decorrerá deste diploma, se mostra inegável a importância de tal orientação para todo o ordenamento nacional.

Da observação do dispositivo legal surge a discussão sobre como se pode qualificar a previsão constitucional que traz a dignidade da pessoa humana. Direito Fundamental? Fundamento ou valor? Princípio? Regra? A importância dessa questão reside nas consequências dessa caracterização, como por exemplo, na eficácia e na auto-aplicabilidade do dispositivo.

Seria a dignidade da pessoa humana um direito fundamental? Por um critério simplesmente formal poder-se-ia dizer que a dignidade da pessoa humana não seria um direito fundamental por não estar contida no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Carta Constitucional em vigor, e sim no Título I (Dos

¹⁵ Além do dispositivo citado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz menção expressa à dignidade em vários artigos como: **Art. 170**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios; **Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. **§ 7º** - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. **Art. 227**. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. **Art. 230**. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹⁶ Na Lei Fundamental Alemã consta no Artigo 1º *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* (A dignidade do ser humano é intangível. Deve ser respeitada e protegida por todos os poderes do Estado.). Na Carta Constitucional Portuguesa de 1976 consta: Princípios fundamentais - Artigo 1º *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.* Na atual Constituição Espanhola no Artigo 10 consta: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.*

Princípios Fundamentais). Outra forma de responder à questão é apelar às diversas teorias constitucionais de direitos fundamentais como as citadas por Canotilho¹⁷, mas tal empreitada não obteria sucesso tendo em vista a conclusão chegada pelo próprio autor, que aponta os direitos fundamentais na direção da multifuncionalidade. Exemplificando uma dessas teorias de direitos fundamentais poder-se-ia citar a criação de Robert ALEXY, que baseia a diferenciação de uma norma de direito fundamental das demais com base na “fundamentação jusfundamentalmente correta”, que nas palavras de BOHN:

“Uma fundamentação ‘jusfundamentalmente correta’ é a argumentação fundamentada a partir da letra da Constituição, dos precedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal, e dos argumentos práticos gerais nas fundamentações jusfundamentais. Para se utilizar deste critério de validade, Alexy adota um conceito semântico de norma”¹⁸.

A colocação que mais se aproxima de uma suficiente resposta ao âmbito do presente trabalho é dada por SARLET, que apesar de antecipar seu posicionamento e classificar a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, demonstra a dificuldade de diferenciá-la de um direito fundamental¹⁹:

¹⁷ Canotilho expõem várias teorias como a Teoria Liberal, a Teoria da Ordem de Valores, Teoria Institucional, Teoria Social, Teoria Democrática-funcional e a Teoria Socialista dos Direitos Fundamentais, para então concluir que nenhuma delas pode ser um fim em si mesma, sendo impossível atribuir apenas uma dimensão e uma função aos direitos fundamentais, restando a multifuncionalidade como característica marcante para os direitos fundamentais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987. p. 419-432.

¹⁸ BOHN, Cláudia Fernando Rivera. **A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no mundo globalizado. Org. Sílvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 136. E complementa a Autora: “Portanto, nesta teoria, uma norma é de direito fundamental, não em função de um conceito de validade referente a sua positivação, mas devido a sua fundamentação jusfundamental correta, o que possibilita a descoberta de novas normas de direito fundamental, de caráter adscrito, indireto, conferindo um caráter aberto à Constituição”. p. 138.

¹⁹ Sarlet explica também que tal discussão ainda é corrente em vários países, como se pode observar pelas informações constantes na nota de rodapé n° 138: “Assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1º, inc. I), sendo considerada – de acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência constitucionais – simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem dos valores objetiva, havendo contudo, quem negue o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana... No mesmo sentido, verifica-se que a controvérsia em torno do caráter de direito fundamental da dignidade também assume relevo na Espanha..., o Tribunal Constitucional Espanhol chegou a decidir pela impossibilidade de interposição de recurso de amparo com base direta e exclusiva na dignidade humana, justamente por se tratar de princípio fundamental, de tal sorte que uma violação da dignidade apenas poderá ser impugnada no contexto de um direito fundamental específico derivado da dignidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 66-67.

“Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico) compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que – como ainda teremos oportunidade de demonstrar – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser reduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido”²⁰.

Quanto à diferença entre princípio e valor, ALEXY considera que é de natureza deontológica e axiológica²¹, uma diferença que seria esclarecida pela diferença entre o juízo de valor comparativo e um critério de valoração²². Considerando que ambos dependem de critérios de valoração, e diante de uma situação de ponderação, o valor explicita quem é o melhor ou o pior, já o princípio explicita o *dever ser* que será seguido na questão.

Aceitando a classificação estrangeira filia-se a idéia de que o conceito de norma englobaria as espécies princípio e regra²³. A diferença entre o princípio e a

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 69.

²¹ “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 147.

²² Para Alexy, os critérios de valoração corresponderiam a uma possibilidade de se estabelecer um juízo de valor, a exemplo de um carro (objeto de valoração) que pode ser avaliado nos quesitos velocidade, segurança ou preço (critérios de valoração), para se chegar a uma avaliação (juízo de valoração), que pode ser geral ou parcial, dependendo da ponderação entre os quesitos (os critérios de avaliação podem ser ponderados). Diferentemente dos critérios de valoração, as regras de valoração aparecem com uma descrição na qual o objeto se enquadra ou não, v. g., um carro que atende ao quesito de segurança de possuir cinto de segurança. Seguindo a divisão proposta por Alexy, uma norma tem uma face deontológica, na qual estariam abarcados os princípios e as regras, e uma face axiológica, na qual estariam as regras de valoração e os critérios de valoração. Como tanto os princípios como os critérios de valoração funcionam a partir de uma aplicação ponderada, Alexy explica que a principal diferença está em que, no modelo dos valores o que é a primeira vista melhor, no modelo dos princípios é a primeira vista devido (em razão de seu caráter predominantemente deontico). ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 138-147.

²³ “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, as igual que las reglas, son razones para juicios

regra ainda é nebulosa na doutrina, existindo porém, alguns critérios que quando aplicados, na visão de parte da doutrina, podem clarear um tanto tal diferença. CANOTILHO cita e explica alguns desses critérios:

“Os critérios têm sido vários: (1) grau de abstração, o que leva a não acentuar a diferença qualitativa entre princípios e normas, e a insistir no grau tendencialmente mais abstrato dos princípios em relação às normas; (2) o grau de determinabilidade de aplicação é um critério conducente à idéia de necessidade de concretização dos princípios em comparação com a possibilidade de aplicação directa das normas; (3) o conteúdo de informação é um critério que conduz, em geral, a separar os princípios abertos ou informativos, sem densidade de aplicação concreta, e as normas, com disciplina jurídica imediata para determinados Tatbestände ou pressuposto de facto; (4) o critério da separação radical aponta para uma rigorosa distinção qualitativa quer quanto a estrutura lógica quer quanto à intencionalidade normativa”²⁴.

Outros critérios²⁵ podem ser citados aumentando o número de filtros pelos quais a classificação da dignidade da pessoa humana passaria, mas como não é o objetivo desse trabalho compendiar essa questão, caberia citar neste momento o critério de elaboração de Alexy, que será tomado como parâmetro para realização dessa diferenciação. Ao tratar os princípios como *mandatos de otimização*, Alexy cria uma possibilidade clara de separar as regras dos princípios²⁶, sem para tanto utilizar-se da idéia de grau de generalização ou de abstração. Alexy desenvolve o conceito de regra como algo binário ou matemático, se é válida é aplicável, se não é válida não pode ser aplicável, nas

concretos de deber ser, aun cuando reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 83.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987. p. 119.

²⁵ Outros critérios como esforço interpretativo exigido, aplicação, estrutura lingüística e etc. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 46-50.

²⁶ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos... En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 86-87.

palavras de Dworkin: “aplicáveis à maneira do tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*)²⁷. Já os princípios são idealizados como sendo mais complacentes, ajustáveis dentro de uma dinâmica entre a maior eficiência possível e o respeito à sistemática do ordenamento.

Outro ponto que deve ser destacado dessa diferenciação adotada é o fato de que Alexy desenvolve um critério axiologicamente neutro²⁸, fazendo com que um princípio, no caso de uma colisão com outro, não seja retirado do ordenamento, e muito menos, carregue uma posição de inferioridade, apresentando uma menor aplicabilidade, isto é, em caso de colisão, um dos princípios prevalece sobre o outro, sem que isto seja necessariamente repetido em outros casos²⁹. Somente no caso de conflito entre regras é que uma delas teria que deixar de ser aplicada ou de existir dentro do ordenamento, o que nunca aconteceria com os princípios.

Apenas a título de explicitação vale mencionar que o critério utilizado por Alexy para a diferenciação entre princípios e regras é a possibilidade de ponderação da norma, e por consequência, do conteúdo dessa norma³⁰. Outras tentativas de diferenciação partem de outros critérios, que têm em sua base, na definição de princípios como normas fundamentais para o sistema, instalando assim, uma pretensa hierarquia entre regras e princípios, valorando de forma a este último ocupar uma posição hierarquicamente superior. Virgílio Afonso da Silva aponta para essa questão:

²⁷ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, ano 1, 2003. p. 614.

²⁹ “Assim, um princípio pode ter diferentes graus de concretização, depende das circunstâncias específicas do caso específico a ser resolvido (possibilidades fáticas) e dos demais princípios que estão em confronto com ele (possibilidades jurídicas). O grau de realização de um princípio num determinado caso depende do peso que lhe é atribuído frente aos demais pesos dos outros princípios. O princípio com maior peso é o que prepondera no caso específico instituindo uma relação de preferência e eliminando a colisão”. BOHN, Cláudia Fernando Rivera. **A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no mundo globalizado. Org. Sílvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.p. 140.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**. p. 617.

“Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípios, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras”³¹

A diferenciação proposta por Alexy não traz à baila o critério da importância ou da fundamentalidade da norma dentro do ordenamento, deixando assim de criar normas de “baixo” e “alto clero”. Se se considerar o princípio da anterioridade, nominado assim pelas classificações chamadas de tradicionais, como uma regra, este não deixará de possuir a sua posição e função dentro do sistema jurídico, o que pode modificar-se é a mecânica do seu relacionamento com as demais normas que formam o sistema normativo.

Já de início se pode dizer que a aplicação da teoria de Alexy demanda um primeiro cuidado. Os legisladores no momento da criação das normas teriam que alterar o critério pelo qual aglomeram as normas dentro dos diplomas sempre em razão da fundamentalidade ou grau de importância, juntando em títulos iniciais regras e princípios indiscriminadamente, sem refletir numa possibilidade de ponderação dessas normas com as demais normas que compõe o sistema.

No que implica a dignidade da pessoa humana ser considerada um princípio ou uma regra, segundo a teoria de Alexy?

Se a dignidade da pessoa humana for considerada um princípio, no momento de sua aplicação, deverá passar por um processo de ponderação juntamente com os demais princípios que formam as circunstâncias que envolvem o caso de colisão³². A ponderação, segundo Alexy, é o resultado de uma relação condicionada de precedência entre os princípios que se encontram em colisão. ‘Condicionada’ porque não se poderia resolver uma colisão de princípios apenas no âmbito abstrato, sendo sempre necessário observar as circunstâncias fáticas que envolvem a colisão, para se chegar à regra que contém a solução da colisão³³, que Alexy chama de “*ley de colisión*”³⁴.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**. p. 613.

³² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 157-158.

³³ “Assim, a solução de colisão implica no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios. O resultado da ponderação é a lei de colisão. A lei de colisão é

Se a dignidade da pessoa humana for considerada uma regra, e no momento de sua aplicação entrar em conflito com outra regra, restariam duas saídas. A primeira seria a formulação de uma “cláusula de excepción”, em que uma das regras seria complementada pelo conteúdo da outra, de forma que esse conteúdo fosse uma exceção a ser considerada³⁵. A segunda forma de solução seria declarar inválida uma das normas em conflito³⁶.

A posição de Alexy especificamente sobre a dignidade da pessoa humana é por uma postura mista, devendo a norma que dispõe sobre a dignidade da pessoa, ora ser tratada como princípio e ora como regra³⁷, como se pode observar nas palavras do autor:

“Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona”³⁸.

uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Portanto, toda ponderação jusfundamentalmente correta resulta na formulação de uma lei de colisão, que é uma norma de direito fundamental adscrita com caráter de regra em que o caso concreto pode ser subsumido. Portanto, uma vez estabelecida uma lei de colisão, esta assume o caráter de uma regra, ou seja, é definitiva perante determinado caso concreto”. BOHN, Cláudia Fernando Rivera. **A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. p. 140-141.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 94.

³⁵ Alexy cita o exemplo de uma regra que proibiria os alunos de sair da sala antes que o sinal sonoro tocasse, e outra regra tendo como conteúdo o caso do sinal tocar motivado por um incêndio os alunos deveriam deixar a sala de aula. Há clara contradição entre as regras que seria solucionada introduzindo na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso do alarme tocar em casos de incêndio. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 88.

³⁶ “Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos no una de las reglas tiene que ser declarada inválida, no se dice todavía nada acerca de cuál de ellas debe ser tratada así. El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como ‘*lex posterior derogat legi priori*’ y ‘*lex specialis derogat legi generali*’, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 88.

³⁷ “El hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales, se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las disposiciones iusfundamentales. El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las normas iusfundamentales. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o principios. Pero, se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 135.

³⁸ “Portanto, há que se partir de duas normas da dignidade da pessoa, isto é, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio da dignidade da pessoa. A relação de preferência do princípio da dignidade da pessoa com respeito aos princípios opostos decide sobre o conteúdo da regra da dignidade da pessoa”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 109.

São indissociáveis a explicação da postura adotada por Alexy quanto à dignidade da pessoa humana e os questionamentos que surgem em decorrência da adoção dessa postura. A posição de Alexy implicaria em considerar a norma que prevê a dignidade da pessoa humana, primeiramente como um princípio, que quando fosse aplicado em razão de um caso real, passaria pela necessária fase da ponderação com os demais princípios que formam o ordenamento que atinge esse caso, para somente então, depois do princípio da dignidade da pessoa humana preceder os demais, com vistas às circunstâncias fáticas do caso, seria formulada uma regra; e esta sim, deveria ser aplicada incondicionalmente ao caso.

Nas palavras de BONH, a duplicidade apresentada por Alexy ficaria condicionada por dois elementos:

“Apesar das diferenças entre regras e princípios, segundo Alexy, na teoria dos direitos fundamentais é possível se ter normas de direito fundamental com duplo caráter, ou seja, normas que são regras e princípios. Uma norma de direito fundamental é de duplo caráter quando sua formulação inclui uma cláusula restritiva referida a princípios, estando sujeita a ponderação. As condições para que uma norma jusfundamental tenha caráter duplo são: que seja estatuída diretamente por disposição jusfundamental e que seja completada por normas suscetíveis de subsunção (mediante auxílio de cláusulas que fazem referências a ponderações). Portanto, no modelo apresentado por Alexy, pode se ter disposições jusfundamentais que adscvem tanto regras como princípios, ou seja, uma norma de direito fundamental com caráter duplo”³⁹.

Na visão de Alexy a norma que prevê a dignidade da pessoa humana teria uma “fundamentação jusfundamental correta”, o que também acabaria por colocar tal disposição dentre as que comporiam os direitos fundamentais previstos dentro de uma Carta Constitucional. E disso se pode delinear que Alexy trata a dignidade da pessoa humana como sendo um direito fundamental com caráter dúplice, manifestando-se como princípio e como regra.

A apresentação dessas noções sobre a dignidade da pessoa humana serviu principalmente para se chegar à certeza de que não se trata de um objeto facilmente classificável, porém, além das dúvidas e questões, restaram ainda alguns apontamentos revestidos de clareza e certeza. Um desses apontamentos é quanto à importância da dignidade da pessoa humana dentro do ordenamento

³⁹ BOHN, Cláudia Fernando Rivera. **A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. p. 142-143.

pátrio, seja como um fundamento constitucional que orientará toda a formatação do Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, seja como um direito fundamental que deva ser observado juntamente com os demais, previstos pela Constituição Federal de 1988.

Da observação realizada sobre a importância da dignidade da pessoa dentro do ordenamento decorre um outro questionamento, quase que inevitável, qual seja, “tal norma é mais importante que outras também previstas dentro da Ordem Constitucional?”. O que impulsiona o presente trabalho ao próximo tópico.

1.2 A possibilidade de consideração da dignidade da pessoa humana como um meta-valor ou um princípio absoluto.

A possibilidade de hierarquização de valores, regras e princípios não é assunto novo, e vem sendo debatido por filósofos e juristas por muito tempo⁴⁰.

Desde o Jusnaturalismo, principalmente com a fase tomista, se acreditava na superioridade de certos valores, que mesmo sem a normatização jurídica, eram transpostos à realidade através de regramentos canônicos, que se preocupavam em hierarquizar ações, como o respeito a Deus e amor ao próximo.

Juridicamente falando, a supremacia da Carta Constitucional sobre a legislação inferior, a superioridade das leis federais sobre as leis estaduais, e assim sucessivamente, inspiram a hierarquização interna desses diplomas, numa busca incessante por uma “norma fundamental” que não tenha características hipotéticas ou metafísicas. Essa busca, digna de Jasão e seus argonautas, por uma norma que norteie toda aplicação legislativa e decisão judicial, dentro de um sistema jurídico, ainda permanece.

Mais especificamente na Alemanha, após as agruras decorrentes da Primeira Grande Guerra, surge a Constituição de Weimar, em 1919, elencando um rol de proteções sociais, não encontrado nas Cartas Constitucionais de até então⁴¹. Num segundo momento, já passada a Segunda Grande Guerra⁴², em

⁴⁰ “O problema do valor é tão antigo quanto o homem. Os filósofos ocuparam-se constantemente, desde os gregos, de conceitos axiológicos como o da beleza, da justiça, do bem... Mas o tema do valor apareceu no século XVIII, na Economia Política, daí passando para a Filosofia, pelas mãos de Lotze”. PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 7

⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 125-126.

1949, vem a Constituição de Bona, que segundo MIRANDA: “...como era de esperar depois do nacional-socialismo e da guerra, faz uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o Direito natural limita o poder do Estado”⁴³.

Juntamente com essa previsão que valorizava a dignidade da pessoa humana na Alemanha, ainda nesta mesma Lei Fundamental Alemã de 1949, nascia o Tribunal Constitucional Federal Alemão⁴⁴.

Numa evolução mais filosófica se pode também observar claramente os movimentos que precederam a posição atual adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão quanto à aplicação da dignidade da pessoa humana.

Num primeiro momento, no século XIX, a “Jurisprudência dos Conceitos” influenciou a decisão judicial, escalonando os conceitos através de um grau hierárquico de dependência, tendo como conceito fundamental ou superior a idéia de liberdade em Kant⁴⁵.

⁴² “Como a corrupção da Constituição de Weimar foi, a justo título, considerada uma das causas da conquista do poder pelos nacionais-socialistas, no segundo pós-guerra haveria de ser mais forte a consciência das limitações dos sistemas jurídico-formais, assim como se haveria de procurar colher as lições da provação por que a Alemanha tinha acabado de passar. Tais lições da experiência, ligadas aos imperativos do regresso da Alemanha à convivência pacífica europeia, projectaram-se com vigor na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949 ou Constituição de Bona, feita com carácter provisório para a Alemanha Ocidental”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 127.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 127.

⁴⁴ “Em conexão com este empenho de tutela e reforço dos direitos fundamentais e do Estado de Direito e, em geral, de preservação da ordem constitucional de valores, foi instituído um Tribunal Constitucional (art. 93º e 94º), cujo esforço construtivo tem sido relevantíssimo”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 128.

⁴⁵ Segundo Karl Larenz: “O que PUCHTA, aqui e em outros lugares, designa por genealogia dos conceitos não, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal. (...) A idéia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjetivo é de que se trata de um poder sobre o objeto); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele forçosamente todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito, como uma espécie de direito subjetivo, significa isto, por ex., que ele é um poder sobre um objeto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último). A genealogia dos conceitos ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele de possuir, se é que dele se podem extrair determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder do dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isto um círculo vicioso. Segundo PUCHTA, este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas. Mas, se analisarmos mais em concreto, o *a priori* jusfilosófico do sistema de PUCHTA não é senão o conceito kantiano de liberdade”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 24-25.

Num segundo momento, já no século XX, essa “Jurisprudência dos Conceitos” evoluiu, sendo deixada para trás pelas idéias de autores como Philipp Heck e Harry Westermann. Uma “Jurisprudência de Interesses”⁴⁶ nascia com um ideal libertário-responsável por parte dos juízes, que observavam os conceitos indeterminados, mais como uma possibilidade de aplicação de uma ponderação no caso particular, do que um obstáculo interpretativo.

Segundo Karl LARENZ, essa Jurisprudência de Interesses tinha como parâmetro para a atuação dos juízes a vida como um valor, diferindo da noção de liberdade para Kant, encontrada na Jurisprudência dos Conceitos:

“Enquanto a orientação anterior, a Jurisprudência dos conceitos, limita o juiz à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos – e, nessa conformidade, conceber o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim o primado da lógica no trabalho juscientífico –, a Jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para o primado da indagação da vida e da valoração da vida”⁴⁷.

Somando-se essa tendência de valoração da vida pela jurisprudência, decorrendo em uma Jurisprudência de Valoração⁴⁸, à situação constitucional do

⁴⁶ “À Jurisprudência dos interesses estava destinado, na prática jurídica alemã, um sucesso invulgar. Com o decurso do tempo, revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo de um juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com outros critérios de valoração próprios da ordem jurídica. Deste modo deu aos juízes uma consciência sã, tornando frequentemente supérfluas as pseudo-motivações. Basta o confronto entre o estilo de pensamento e os processos de motivação das mais antigas decisões dos tribunais – digamos, até à primeira grande guerra – e as decisões mais modernas ou mesmo contemporâneas das instâncias superiores, para se reconhecer uma diferença que tem de agradecer-se, fundamentalmente, à obra de HECK, STOLL, MÜLLER-ERZBACH e muitos outros –, e no Direito Penal, claramente também à dos adeptos do neokantismo sudocidental alemão. A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada (...) Pode-se hoje, pois, verificar-se que a Jurisprudência dos interesses, apesar dos graves defeitos que tem na sua fundamentação teórica, atingiu amplamente os fins práticos, que era o que propriamente lhe importava”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 76-77.

⁴⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 64.

⁴⁸ “A concepção exposta corresponde à de uma Jurisprudência de valoração, que até hoje continua praticamente a ser tida como pacífica e é reconhecida sobretudo no domínio da actividade jurisprudencial. Suscita todavia diversos problemas. É manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresentam-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quase não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efectuar a sua valoração, ou quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos

momento posterior à Segunda Grande Guerra, tentando reparar e proteger os bens ofendidos tão gravemente naquele período beligerante, a dignidade da pessoa humana encontrou um terreno fértil para se desenvolver, tanto em tratados internacionais, quanto sendo paradigma das decisões jurisprudenciais.

Vários norteadores já apareceram tentando buscar ocupar a posição de meta-valor ou de se manifestar como um princípio absoluto, guiando a aplicação de todo um ordenamento. Importante mencionar posição na doutrina de que a vida humana nunca foi tratada como um meta-valor, sempre podendo ser precedida por outros valores dentro da sociedade. Na opinião de Machado PAUPÉRIO, desde os sacrifícios humanos até os trabalhos insalubres, a vida humana acabava sendo relativizada, e colocada em segundo plano, diante de outros valores como os espirituais ou o sucesso econômico⁴⁹. PAUPÉRIO ainda coloca que valores como o amor⁵⁰ e o espírito⁵¹ poderiam ser considerados meta-

àquele que o juiz tem perante si. É aqui o juiz remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua atividade (o seu recto juízo), o seu parecer, ou existem valores e critérios de valoração extra ou supralegais a que ele possa e deva arrimar-se? O problema complica-se quando se reconhece que em inúmeros casos, em que previamente se acreditaria que através de uma mera subsunção da situação de facto dada à previsão normativa, forçosamente objecto de interpretação prévia, a norma legal seria suficiente, o que na verdade acontece é que tem lugar uma ordenação valorativa ou se requer um juízo de valor para qualificar a situação de facto de determinado modo, em consonância com o indicado pela previsão normativa. E depois, prepondera ainda na ciência a idéia de que os valores são um acto de opção pessoa, não passíveis de uma fundamentação racional. Nessa linha de pensamento, chegasse inevitavelmente à conclusão de que em inúmeros casos – e não apenas em alguns caos de fronteira – subentra no lugar da valoração do legislador a valoração pessoa do juiz, a qual se subtrai a comprovação de acordo com um critério objectivo. Tal significaria para a ciência do Direito que uma comprovação de grande número de decisões de acordo com métodos científicos só lhe seria acessível de um modo limitado e que não estaria em ampla medida apta a prestar qualquer auxílio ao juiz na conformação dos juízos de valor que lhe são requeridos”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 164-165.

⁴⁹ “O que é preciso enfatizar, porém, é que nenhum sistema ético jamais considerou, em tempo algum, o valor da vida humana como o valor por excelência, supremo e absoluto. Quer no tempo dos sacrifícios humanos, quer na fase cristã mais elevada espiritualização da idéia de sacrifício, quer na concepção moderna em que é meritório sacrificar a vida através de um trabalho perigoso ou através do martírio por valores espirituais ou para defender a soberania e a honra da pátria, nunca a vida humana mereceu valor total” PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 80.

⁵⁰ “A liberdade afirma o valor através, por excelência, do ato do amor. É-nos totalmente impossível recusar valor ao que amamos. [...] Daí poder-se talvez dizer que o amor é o fundamento de todos os valores, sendo o dinamismo que os descobre e mobiliza. [...] O amor constitui a atitude moral axiológica suprema. E o amor de si mesmo e o amor do próximo fundamentam-se, em última análise, no próprio amor de Deus” PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. p. 75.

⁵¹ “Há um ponto alto da consciência em que a razão e o amor se fundem numa verdadeira unidade, permitindo a intuição valorativa. [...] O espírito é a fonte de todos os valores, como já se disse. Mas são os próprios valores que nos ensinam a reconhecer o valor do espírito, sem o qual não existiriam. O espírito, portanto, é o supremo valor. [...] O espírito distingue-se pela objetividade, pela consciência de si mesmo e pela liberdade. O mineral tem ser mas não tem vida.

valores, baseando-se num critério de *preferência*, isto é: “A preferência é, assim, uma análise do valor, do mesmo modo que o conhecimento é uma análise do ser. O intelecto examina as diferenças enquanto a sensibilidade e a vontade resolvem sobre as preferências”⁵².

Sem a explícita vinculação com o metafísico, trazida por Machado Paupério, outras posições foram levantadas na doutrina. Apenas mencionando variações compendiadas por Karl LARENZ, poder-se ia citar Zippelius⁵³, para o qual o critério que demonstraria o valor determinante em uma sociedade seria o “*ethos* jurídico dominante”, que corresponderia à soma das diversas concepções dominantes de justiça extraída a partir do “conteúdo de uma multiplicidade de indivíduos”⁵⁴. A falta de objetividade apresentada pelo critério de Zippelius é

A planta tem vida mão não tem consciência. O animal tem vida consciente mas não tem espiritualidade. Só o homem tem ser, vida, consciência e espiritualidade”. PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. p. 84.

⁵²PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. p. 75.

⁵³ “Se a decisão de um litígio exige amiúde um juízo de valoração – v. g., o de determinada conduta indicia negligência grave – ou por uma ponderação de distintos interesses ou bens, importa saber se existem critérios pelos quais o juiz possa orientar o seu julgamento ou se, pelo contrário, será inevitavelmente inspirado pelo seu sentimento subjectivo ou pela sua opinião. Esta questão foi há já bastante tempo objecto de investigação por parte de ZIPPELIUS, mais precisamente tendo em vista os direitos fundamentais, os quais são em larga medida formulados ao modo de conceitos que carecem de preenchimento e cuja aplicação requer um juízo de valor. Levanta a questão de se saber que sentido é que se pode orientar a decisão valorativa, se e em que medida podemos e devemos arrimar-nos a uma ordem normativa objectiva, porventura supralegal, e em que medida subsiste um espaço decisório no âmbito do qual se pode apenas decidir com base na intuição axiológica pessoal, ou até mesmo se tal intuição não constituiu aia sequer ponto de apoio. Principalmente nos seus escritos ulteriores, chama a atenção para o facto de que todos nós temos vivência de valores, que enquanto conteúdos de consciência são suscetíveis de evocação e que são comunicáveis e passíveis de serem apreendidas por diferentes pessoas enquanto concordantes. Decerto que as vivências de valores das pessoas são frequentemente discordantes. A dificuldade não consiste em identificar vivências de valores concordantes como fundamento de um conhecimento da justiça, mas em obter de facto uma ampla base de vivências valorativas”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 172-173.

⁵⁴ “A bússola das valorações do juiz (ou dos agentes da Administração) vê-a ZIPPELIUS no *ethos* jurídico dominante na comunidade nas concepções dominantes de justiça. O *ethos* jurídico dominante não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas no conteúdo de uma multiplicidade de indivíduos; é espírito objectivo, no sentido da teoria dos estratos de NICOLAI HARTMANN. Fontes de conhecimento desse *ethos* jurídico dominante são, antes do mais, os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, outras normas jurídicas, e ainda proposições jurídicas fundamentais da atividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as instituições da vida social; um uso tradicional, mas apenas quando constitui expressão da concepção valorativa dominante. A normatividade do *ethos* jurídico dominante fundamenta a ZIPPELIUS em que, uma vez que exprime a convicção da maioria, garante um consenso ao máximo abrangente. Este argumento subjaz aliás à objecção de PAWLOWSKI de que o assentimento da maioria relativamente a determinada conduta não permitiria ainda tornar tal valoração vinculativa para a minoria”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 173-174.

notada pelo próprio autor, que não vê saída, em alguns casos, a não ser o juiz utilizar a sua concepção pessoal de justiça para decidir certas questões⁵⁵.

A falta de objetividade dos valores acaba trazendo sempre o Direito Natural como a teoria de fundo que explica qualquer tipo de hierarquização entre os princípios, que seria a importação deontológica dos valores na sociedade. Sobre essa falta de objetividade Karl LARENZ expõe a posição de Hubmann, pela qual os valores poderiam ser observados de forma não tão subjetiva:

“Em diversos ensaios que publicou conjuntamente sob o título Wertung und Abwägung im Recht (Valoração e Ponderação no Direito) pretende HEINRICH HUBMANN demonstrar que os valores não são dados apenas no sentimento, mas que também a razão tem a eles uma via de acesso. Os valores seriam objectivos (no sentido de terem uma validade geral) sempre que não surjam como valiosos apenas ao indivíduo singularmente considerado, mas para todos, ou seja, que possam trazer satisfação e plenitude à pessoa, de acordo com a sua própria essência. Assim seriam possíveis conclusões relativamente a valores mediante a indagação e o conhecimento da natureza humana. Então, a medida em que tais valores são relevantes para a convivência humana, deles decorrerão normas de moral social, que são pré-dadas ao Direito e pelas quais ele se terá de orientar. Constituem, segundo HUBMANN um Direito natural, em sentido literal, enquanto Direito que exprime a natureza humana. No entanto, HUBMANN, não vê nele, de modo algum, um sistema de regras directamente aplicáveis, fechado sobre si mesmo. Os valores não têm apenas uma distinta hierarquia, a sua idoneidade para prevalecer no caso singular depende exclusivamente das circunstâncias de cada caso⁵⁶.”

A Jurisprudência dos Valores ou da Valoração fez outros seguidores que também justificaram a adoção de uma hierarquia axiológica dentro do sistema que compõe a base decisória do magistrado. Karl LARENZ cita Bydlinski como partidário de um conceito de direito extraído a partir das valorações⁵⁷ realmente

⁵⁵ “ZIPPELIUS consegue ver também os limites que se deparam a tal procedimento do juiz. As valorações que se expressam nas proposições jurídicas, mesmo nas da Constituição, não se concatenam em uma ordem de valores desprovida de lacunas. As ideias valorativas dominantes sofrem uma permanente mutação; e seriam também manipuláveis. Em períodos de fortes mutações de ideias, poderia ser problemática a questão de se tal opinião ainda é ou é sequer dominante. O *ethos* jurídico dominante não dá resposta unívoca a muitas questões. O juiz não tem outro recurso senão decidir de acordo com as suas ideias pessoais de justiça, ou, quando estas não cobram a resposta, de acordo com ponderações de adequação a fins. Esta conclusão surge a muitos como errônea. O que é importante e deve ficar assente é a noção de que os valores, enquanto conteúdos de consciência, não são idênticos aos actos em que são vivenciados, que os valores são assim partilháveis e suscetíveis de complementação mediante processos de pensamento e, acrescentamos nós, comunicáveis mediante analogia de acções susceptíveis de comparação ou outras situações”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 174-175.

⁵⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 175.

⁵⁷ “BYDLINSKI procura acender, a partir dos métodos da Jurisprudência de valoração por ele expostos, ao conceito de Direito que lhe é subjacente, um conceito de Direito vinculado a valores.

realizadas durante o processo mental realizado pelo julgador, e para tanto, esse magistrado de quaisquer das instâncias tem a seu alcance o que o autor chama de “princípios éticos jurídicos”, os quais comportariam uma hierarquização em dois patamares diferenciados:

“Num outro escrito, trata BYDLINSKI de evidenciar o teor fundamental de um estrato de princípios ético-jurídicos rectores como parte constitutiva do Direito e, deste modo, como objecto legítimo da ciência do Direito. Estes princípios não são postos em vigência pelo legislador, mas estão pressupostos sempre que de Direito se trate. Distinguem-se do Direito natural em sentido tradicional, na medida em que não são imutáveis. Surgem por si próprios na sociedade, independentemente da vontade de um legislador e desenvolvem-se num certo sentido, de modo espontâneo. No caso de uma contradição, tem precedência o de escalão mais elevado; os de igual escalão têm de, na medida do necessário, ceder entre si. Quanto mais genéricos e, portanto, vagos, tanto mais fundamentais são, na verdade, os princípios, pois que tal não preclui que eles possam ter afloramento num determinado conteúdo enunciativo e, com isso, que possam actuar de modo determinante na legislação e na aplicação do Direito. Mesmo quando deixam em aberto várias possibilidades, excluem outras, são mais que meras fórmulas vazias, codeterminam o trabalho dos juristas em todos os graus. BYDLINSKI enumera uma série de princípios jurídicos que considera como fundamentais, sem suscitar a pretensão que tal enumeração seja exaustiva”⁵⁸.

Um exemplo de hierarquização de princípios, mas especificamente na tentativa de explorar a noção de justiça como fundamento do Direito, é a apresentada por John RAWLS, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, na qual supõe que um número de pessoas, numa situação especial, que o autor chama de “posição original”⁵⁹, acabaria por elencar dois princípios básicos que formariam a concepção de justiça daquele grupo. RAWLS ainda fala sobre uma necessária

Em vez de, como a maioria dos autores, deduzir postulados metodológicos de uma concepção do Direito já estabelecida, parte dos métodos jurídicos que são na realidade utilizados e, a partir daí, procura conformar de novo o conceito de Direito. Esta é uma via legítima, que certamente não logrará o convencimento de todo aquele para quem não são de ter em estima estes métodos, nem a Jurisprudência em geral. E, ao longo do seu percurso, não deixará de abordar questões como as da relação entre ser e dever ser, as da teoria sancionatória do Direito e a teoria imperativista, ou seja, o tomar posição perante questões que se incluem nas interrogações fundamentais da filosofia do Direito. Com o que se confirma mais uma vez o nexu indissolúvel que intercede entre todas estas questões. E o livro de BYDLINSKI vem a tornar consideravelmente mais clara esta cadeia de interrelações”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 179.

⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 179-180.

⁵⁹ “A posição original é definida de modo a ser um *status quo* no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade é capaz de usar a idéia da justiça procedimental pura desde o início”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

prioridade entre os princípios, que seria resolvida ou por um princípio superior único⁶⁰, ou por uma pluralidade destes em uma ordem léxica⁶¹ de aplicação:

"Avaliei duas maneiras simples e óbvias para tratar construtivamente do problema da prioridade: isto é, ou usando um único princípio geral ou usando uma pluralidade de princípios em ordem lexical. Outras maneiras sem dúvida existem, mas não examinarei sua possível por natureza. As teorias morais tradicionais são maioria intuicionistas ou se baseiam num único princípio, de modo que a elaboração de uma ordenação serial já é novidade suficiente para começar. Se parece claro que, geralmente, uma

⁶⁰ "Na justiça como equidade, o papel da intuição está limitado de várias maneiras. Por ser a questão toda bastante difícil, farei apenas alguns comentários cujo significado pleno só ficará claro mais adiante. O primeiro ponto está ligado ao fato de que os princípios da justiça são os que seriam escolhidos na posição original. São o resultado de uma certa situação de escolha. Sendo racionais, as pessoas na posição original reconhecem que deveriam considerar a prioridade desses princípios. Pois, se desejam estabelecer padrões consensuais para julgar as suas reivindicações mútuas, elas precisam de princípios para a atribuição de pesos. Não podem supor que os seus juízos intuitivos serão sempre os mesmos; devido às suas diferentes posições na sociedade, certamente não serão. Assim, postulo que na posição original as partes tentem alcançar algum consenso acerca do modo como os princípios de justiça devem ser avaliados entre eles. Parte do valor do conceito da escolha de princípios está no fato de que as razões latentes de sua adoção inicial também podem lhes conferir certos pesos. Visto que na justiça como equidade os princípios da justiça não são concebidos como evidentes, mas têm sua justificação na sua escolha hipotética, podemos encontrar nas razões de sua aceitação alguma orientação ou limitação acerca de como devem ser ponderados. Dada a situação da posição original, pode ficar claro que certas regras de prioridade são preferíveis a outras, em grande parte pelas mesmas razões que determinam a aceitação inicial dos princípios. Sendo enfatizado o papel da justiça e das características especiais da situação inicial de escolha, o problema da prioridade pode mostrar-se mais fácil de tratar". RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 45-46.

⁶¹ "Uma segunda possibilidade é a de que venhamos a encontrar princípios que possam ser inseridos no que chamamos de ordem serial ou lexical. (O termo correto é 'lexicográfico', mas é muito desajeitado.) Este é um método que exigem que o primeiro princípio da ordenação seja satisfeito antes de podermos passar para o segundo, o segundo antes de considerarmos o terceiro, e assim por diante. Um determinado princípio não entra em jogo até que aqueles que o precedem sejam plenamente aplicados ou se constate que não se aplicam ao caso. Uma ordenação serial evita, portanto, que sequer precisemos ponderar princípios; os que vêm antes da ordenação têm um peso absoluto, por assim dizer, em relação aos que vêm depois, e valem sem exceção. Podemos considerar essa ordenação como sendo análoga a uma seqüência de princípios máximos obrigatórios. Pois podemos supor que qualquer princípio da ordem deve ser polarizado desde que o princípio precedente tenha sido plenamente satisfeito. Como exemplo de um caso especial importante, proporei uma a coordenação dessa espécie classificando o princípio de liberdade igual para todos antes do princípio que regula para as desigualdades sociais e econômicas. Isso efetivamente significa que a estrutura básica da sociedade deve ordenar as desigualdades de riqueza e autoridade de maneiras consistentes com as liberdades justas exigidas pelo princípio anterior. Certamente, o conceito de uma ordem serial, ou lexical, não parece, à primeira vista, muito promissor. De fato, parece ofenderam nosso senso de moderação e bom discernimento. Mais ainda, pressupõe que os princípios nessa ordem sejam de um tipo bastante especial. Por exemplo, se os princípios anteriores não tiverem uma aplicação bem definida e não estabelecerem exigências definidas que possam ser satisfeitas, os princípios que vêm depois jamais poderão ser utilizados. Assim, o princípio de liberdade igual pode assumir uma posição anterior uma vez que, como suponho, pode ser satisfeito. Todavia, se o princípio de utilidade viesse antes, tornaria ociosos todos os critérios subseqüentes. Tentarei demonstrar que, pelo menos em certas circunstâncias sociais, a ordenação serial dos princípios de justiça oferece uma solução aproximada para o problema da prioridade". RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 46-47.

ordem lexical pode não ser rigorosamente correta, ela pode, por outro lado, constituir-se numa abordagem esclarecedora em certas condições especiais, embora muito significativas (§82). Assim, pode indicar a estrutura mais abrangente dos conceitos de justiça e sugerir os caminhos pelos quais será possível encontrar um melhor ajustamento”⁶².

A nomeação dos princípios fundamentais da justiça por Rawls não deixa de se afastar muito da noção da moral kantiana, que busca impedir a instrumentalização do ser humano. Segundo Simone GOYARD-FABRE a diferença entre as concepções kantiana e de RAWLS reside nas reservas do último quanto aos direitos fundamentais que não poderiam ser preteridos em nome de alguns direitos da coletividade⁶³.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu uma postura na qual, a dignidade da pessoa humana ocuparia uma posição de valor-absoluto, ou de princípio mais importante dentre todos os elencados na Lei Fundamental Alemã (LF). HÄBERLE explica que: “O Tribunal Constitucional Federal faz do art. 1º., inc, I, da LF o ponto de partida dos direitos fundamentais assim como o centro de seu muito criticado enfoque ‘sistemático-valorativo’”⁶⁴.

Esse “enfoque sistemático-valorativo” desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão coloca a dignidade da pessoa humana numa posição, não só de fundamento orientador, como também, como um valor acima dos demais. Com base em informações levantadas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Bretão HÄBERLE esclarece:

⁶² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 49.

⁶³ “Ora, a própria idéia de justiça impede que se possa considerar os homens como meios com vista ao bem alheio – tema da moral kantiana, mas ao qual J. Rawls dá nova inflexão. Os direitos fundamentais – isto é, as liberdades ‘formais’ tais como a liberdade política, a liberdade de consciência, a proteção contra a arbitrariedade, que são direitos individuais – não podem ser minimizados para que as vantagens sociais e econômicas da coletividade sejam maximizadas. Isso não significa que J. Rawls se incline para o individualismo liberal; é em nome do contrato social que ele justifica os dois princípios de justiça segundo os quais a distribuição das riquezas deve levar em conta as diferenças entre os indivíduos sem no entanto afetar sua igualdade de oportunidades. A ‘igualdade democrática’ não se identifica, portanto, nem com a igualdade natural nem com a igualdade liberal; é uma *equality of opportunity*, uma das grandes conquistas do homem moderno que soube libertar-se da sociedade de ordens do Antigo Regime. Por isso é preciso, para que a justiça seja salva, não só que cada um, no Estado e segundo a lei, seja considerado igual a qualquer outro, mas que, a natureza ou as circunstâncias desfavoreceram, funcione o princípio de reparação das situações”. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 311-312.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 98.

“A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como ‘valor jurídico mais elevado’ dentro do ordenamento constitucional, figurando como ‘valor supremo’. O caráter pré-positivo da dignidade humana é, neste sentido, implicitamente evocado. Característica é também a formulação da dignidade humana como ‘fim supremo de todo o Direito’ ou como ‘determinação da inviolabilidade da dignidade humana, que está na base de todos os direitos fundamentais’”⁶⁵.

A base doutrinária para esse posicionamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão é a já apresentada teoria de Günter Dürig, que com base em Kant, rejeita a possibilidade do homem ser instrumentalizado, colocando o ser humano na posição de fim e não de meio. Essa base doutrinária não impediu que alguns julgados do Tribunal Constitucional Federal degingolassem para o jusnaturalismo, dando um enfoque “supra-positivo” à dignidade da pessoa humana⁶⁶.

Quanto à Ordem Constitucional brasileira é necessário descrever uma postura da doutrina pátria, com base em autores como Ivo DANTAS, que dispõe sobre a posição de princípio fundamental ocupada pela dignidade da pessoa humana dentro do texto constitucional. Para DANTAS, os constituintes decidiram fazer coincidir os conteúdos descritos como princípios fundamentais e aqueles elencados como Cláusulas Pétreas⁶⁷ (Art. 60, § 4º da CF), criando uma proteção especial a determinados valores dentro da sociedade, e por consequência,

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. p. 99.

⁶⁶ “De modo quase patético, uma dimensão jusnaturalista foi precocemente expressada, mediante recurso ao ‘caráter supra-positivo do Direito’: ‘corresponde à concepção do próprio Poder Constituinte que ele não criou esses direitos, mas apenas os revelou. Com isso, é ao mesmo tempo reconhecido que [...] o respeito e a proteção da dignidade das pessoas [...] delimitam a soberania do Poder Constituinte e do Poder do Estado. Cristaliza-se a fórmula da personalidade. Na esfera do direito Privado, novos impulsos surgem da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Não deixa, contudo, de encontrar-se a imagem de uma compreensão ‘apolítica’ da dignidade humana; a conexão entre dignidade humana e direitos fundamentais individualmente considerados é também desenvolvida pelo Tribunal Constitucional da Baviera. Também a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre a concepção humana da pessoa é integrada no ‘conceito de dignidade’. De modo impregnante, a dignidade humana assume a condição de limite absoluto para a restringibilidade dos direitos fundamentais”. HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. p. 106.

⁶⁷ “Dependendo da Técnica Legislativa utilizada pelo constituinte, os *Princípios Fundamentais* poderão, ou não, coincidir com o conteúdo das Cláusulas Pétreas. Em qualquer das hipóteses, entretanto, na sistemática interna da Constituição, os primeiros ocupam uma posição de destaque ou hierarquia superior às demais, mesmo as constantes do próprio texto constitucional. [...] No caso específico da Constituição Brasileira de 1988, contudo, os elencados Princípios Fundamentais coincidem, em sua quase totalidade, com as *Cláusulas Pétreas* constantes do art. 60, § 4º, o que reforça o entendimento que defendemos, ou seja, que uma correta interpretação de qualquer norma, existente ou não no texto constitucional, terá que tomar como referência o conteúdo axiológico dos *Princípios Fundamentais*”. DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002. p. 367-368.

criando uma hierarquia interna dentro da Constituição, possibilitando inclusive a declaração de inconstitucionalidade de norma encontrada dentro da Constituição:

“A existência de Princípios Fundamentais, como expressão de técnica legislativa utilizada pelo constituinte, representa uma hierarquia interna na própria Constituição. Tais princípios se encontram acima das demais matérias que compõem o próprio texto constitucional, sobre estas exercendo uma força vinculante, sobretudo, no instante do exercício interpretativo. Em outras palavras, respondendo positivamente à indagação ao título do livro de Otto BACHOF: existem Normas Constitucionais Inconstitucionais?”⁶⁸.

Especialmente quanto à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, DANTAS assevera que esta justificaria algumas restrições aos Poderes do Estado, e ainda, protegeria todo o elenco de direitos e garantias individuais por aparecer como limite material à reforma constitucional⁶⁹. Porém caberia lembrar que a dignidade da pessoa humana não consta expressamente no rol das Cláusulas Pétreas, só sendo possível tal interpretação se a dignidade da pessoa humana for considerada como um direito ou garantia individual.

Da idéia de hierarquizar os princípios ou valores dentro de uma sociedade, colocando no ápice dessa pirâmide um valor mais importante que todos os demais poderiam decorrer algumas conseqüência não tão positivas quanto aquelas apresentadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Além da importância dada à dignidade da pessoa humana como norteadora da aplicação de todas as decisões judiciais, o posicionamento como meta-valor facilitaria, numa primeira dimensão observativa, a solução das colisões entre princípios fundamentais.

Numa segunda dimensão observativa ao se adotar a dignidade da pessoa humana como meta-valor ou como princípio-mor dentro do ordenamento todos os conflitos levados à julgamento, envolvendo direitos individuais, seriam decididos da mesma forma. Haveria uma simplificação de análise das pretensões, que não passariam pela ponderação descrita por Alexy, vale dizer, dentro da teoria desenvolvida por esse autor sobre a colisão de direitos fundamentais,

⁶⁸ DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. p. 381.

⁶⁹ “Elevando a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da Constituição, justificam-se as restrições ao exercício do Poder (em favor do indivíduo) elencadas em vários incisos do art. 5º, bem como a intangibilidade dos direitos e garantias individuais, que na presente Constituição passaram a compor os limites materiais explícitos ao poder de reforma (art. 60, §4º). DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. p. 385.

tratada na obra *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, fazendo com que qualquer concepção diferenciada daquela formada pela maioria, seja rechaçada em respeito ao princípio “máximo” da dignidade humana.

É fácil de observar a dignidade humana prevalecendo sobre os mais diversos valores dentro da sociedade, acarretando a impressão de sua superioridade nata, seja pela pretensa origem supra-jurídica, seja pela colocação na posição de princípio absoluto pelos órgãos aplicadores das normas jurídicas, porém, quando a dignidade da pessoa humana se depara com outros valores como a vida, liberdade, paz e etc., sua prevalência só seria facilmente notada através desse mecanismo de simplificação de raciocínio. Somente partindo do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana se encontra em uma posição superior à vida, à liberdade, à saúde (elencados como direitos individuais), que a prevalência da primeira seria facilmente observada, se forem analisadas as circunstâncias fáticas que envolvem o caso, haveria a certeza de uma decisão muito mais complexa. Como exemplo dessa constatação poder-se-ia citar o caso de um doente terminal, cuja permanência nessa situação causa extremo sofrimento. Neste caso a dignidade da pessoa humana poderia ser invocada numa concepção de existência digna e entraria em choque com o direito à vida desse mesmo paciente. Seria complexo aceitar a prevalência de um princípio sobre o outro simplesmente em razão de um posicionamento jurisprudencial ou legislativo.

Numa visão mais sistêmica⁷⁰, também seria interessante mencionar que a prevalência absoluta da dignidade da pessoa humana sobre os demais valores dentro da sociedade acabaria desmotivando as partes envolvidas na questão, especialmente quanto à produção de prova. Retirando a incerteza que paira sobre

⁷⁰ “Todos os outros participantes têm de ser induzidos através do próprio sistema específico do processo jurídico a uma cooperação justificativa da causa. Para isso são essenciais os seguintes componentes: um interesse próprio pelo assunto; a certeza de que será tomada uma decisão; e a incerteza quanto à natureza desta. E sobretudo a incerteza quanto ao resultado que é essencial ao procedimento. Dá aos participantes o incentivo de contribuir para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas de redução, mas tem-lhe vivas as esperanças e conduzi-los através do caminho que, de acordo com as regras do processo jurídico, levará à decisão. Por outras palavras, a incerteza motiva a aceitação dum papel e conjuntamente também da relação desse papel, que absorve gradualmente a incerteza. Se não existir essa incerteza, então não ocorre um processo jurídico singular, como por exemplo em eleições políticas com listas únicas incontestáveis ou em ‘processos de exibição’; mas antes uma declaração ritualista de valores dum outro sistema, que deve então ser também motivado exteriormente” LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980. p. 45-46.

a lide, através de uma precedência absoluta de determinado princípio, faz com que a parte que não evocou a dignidade da pessoa humana como fundamento de seu interesse se sinta automaticamente perdedora da causa. O que levaria essa parte a se questionar sobre a necessidade de produção de provas, sendo que o veredicto final já é antecipado.

Diante da impossibilidade de uma quantificação escalonada, através de uma unidade de medida qualquer, os valores dentro de uma sociedade acabam compondo o corpo axiológico daquele grupo de pessoas sem uma ordem ou uma hierarquia pré-determinada. Antevendo a impossibilidade de um consenso absoluto entre a população, onde dificilmente seria eleito um meta-valor ou princípio absoluto unânime em todos os meios e camadas sociais; seria no mínimo incoerente utilizar-se desse meta-valor para decidir questões envolvendo outros valores ou princípios, desprezando toda e qualquer minoria ou variação cultural dentro da sociedade. Já é muito difícil organizar os principais valores existentes dentro de qualquer grupo familiar, composto por menos de uma dezena de pessoas, quem dirá conseguir um consenso enquanto sociedade.

Quaisquer das críticas ou questionamentos realizados anteriormente não buscavam retirar a importância da dignidade da pessoa humana dentro do ordenamento, seja como um princípio absoluto ou meta-valor, seja como um princípio com a mesma hierarquia dos demais presentes na Carta Constitucional. Restando ainda, para o clareamento da idéia de dignidade da pessoa humana, explorá-la quanto a seu conteúdo, para assim, com uma noção mais completa, poder-se-á compreender melhor sua proteção e sua violação.

1.3 O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana

Após abordar algumas teorias e diferenciações sobre a dignidade da pessoa humana nos tópicos anteriores resta abordar o conteúdo formador desse objeto de estudo. E aqui, mais uma vez, restam mais questões do que certezas.

A primeira vista esse tópico não seria tormentoso, pois pela difusão e pela freqüência de utilização da idéia de dignidade da pessoa humana, por legisladores e defensores dos direitos humanos, se supõe que o conteúdo dessa idéia já esteja satisfatoriamente dissecado. Ocorre que a resposta à questão “O que compõe o conteúdo da dignidade humana?”, não é de fácil composição.

Fácil é perceber intuitivamente, que quaisquer ações humanas que propaguem a tortura, a escravidão ou o preconceito ofenderiam a dignidade da pessoa humana. O que permitiria colocar, que a dignidade da pessoa humana teria um conteúdo complexo e amplo o suficiente para estender uma proteção tanto à integridade física, no caso da tortura, quanto à igualdade, no caso do preconceito.

Outros conteúdos, além da proteção à integridade física e da igualdade, podem ser atribuídos à dignidade da pessoa humana, como a proteção de várias formas de liberdades, como a proteção da honra, da intimidade e etc. Ocorre que a única forma de uma norma proteger essa quantidade e variedade de bens jurídicos é através da indeterminação de seu conteúdo.

Karl ENGISCH já explicava que no Direito predominavam os conceitos indeterminados:

“Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 Km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. E o que logo vale afirmar, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são concebidos pelo Direito, como os de ‘escuridão’, ‘paz noturna’, ‘ruído’, ‘perigo’, ‘coisa’. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como o de ‘assassinato’ [‘homicídio qualificado’], ‘crime’, ‘acto administrativo’, ‘negócio jurídico’, etc. Com Philipp Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”⁷¹.

Mas qual seria o “núcleo conceitual” da dignidade da pessoa humana, que por conseqüência jogaria uma luz sobre o conteúdo desse objeto de análise. Essa seria mais uma pergunta com várias possíveis respostas, vergando de acordo com o autor explorado. Por exemplo, Emerson GARCIA fala em um núcleo que pode ser sentido, mas não descrito:

“A exigência de integração do conceito de dignidade humana a partir de um juízo valorativo não impede sejam identificados, a priori (ainda que a

⁷¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964. p. 173.

conclusão seja temporalmente variável), uma zona de certeza ou um núcleo fixo concebido in abstracto, vale dizer, dissociado da situação concreta que ensejará a projeção dos efeitos a ele inerentes. A identificação desse núcleo fixo, não é exagero afirmar, é realizada com maior facilidade a partir de uma análise sentimental do que propriamente lógico-racional. Essa afirmação, aparentemente incompatível com o desenvolvimento de uma metodologia de estudo de ordem jurídica, encontra ressonância na concepção de que os componentes de determinado grupamento, em dado momento histórico, em maior ou em menor medida, apresentam um conteúdo mínimo comum em sua escala de valores - e aqui se manifesta a jurisprudência dos valores. Com isto, ainda que sejam inevitáveis as dificuldades na fundamentação do discurso, é facilmente sentida a sua correção⁷².

Outros autores preferem uma abordagem mais voltada à concretização e aplicação da dignidade da pessoa humana, produzindo elencos das proteções abarcadas por esta. Seria o caso de Maria Celina Bodin de MORAES, que explica, que a concretização da dignidade da pessoa humana é possível através da observação de quatro diferentes princípios, que também poderiam ser colocados como direitos fundamentais, ou seja, pela igualdade, proibindo discriminações em razão da qualidade da pessoa. Pela liberdade através da autonomia do agir. Pela integridade física e moral que assegurariam a existência biológica da vida. E pela solidariedade que garantiria a coexistência e relação com os demais seres humanos⁷³.

Ana Paula de BARCELLOS também adota a postura de elencar algumas proteções como um “núcleo conceitual”, aqui denominado pela autora de “mínimo existencial” para a dignidade da pessoa humana:

“Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário⁷⁴.”

⁷² Garcia, Emerson. **Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico.** João Pessoa, a. III, n. 30, 12/07/2005. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=266>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2006.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana:** substrato axiológico e conteúdo normativo. In Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116 e ss.

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

Para Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, a dignidade seria um dos valores nos quais se poderiam reduzir os direitos humanos⁷⁵, sendo fundamental para o desenvolvimento destes na atualidade⁷⁶. Especificamente sobre como é composta a dignidade, PÉREZ LUÑO também lista algumas proteções, que aqui são sintetizadas na figura do desenvolvimento da personalidade:

“La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total auto-disponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas”⁷⁷.

⁷⁵ “La condición axiológica de los derechos humanos se concreta en la determinación de su contenido ligado a los valores de la *dignidad*, la *libertad* y la *igualdad*. [...] Estos tres valores básicos son los que más decisivamente informan y contribuyen al despliegue de los distintos derechos concretos. La *dignidad humana* representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su integridad moral (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad, abolición de tratos inhumanos o degradantes...), así como su *integridad física* (derecho a la vida, garantías frente a la tortura...). La *libertad*, que sirvió de ideal reivindicativo de los derechos de la primera generación, ofrece el marco de imputación axiológica de las libertades: personales (en materia ideológica y religiosa, de residencia y circulación, de expresión, de reunión, manifestación y asociación, así como de enseñanza...), civiles (garantías procesales y penales) y políticas (derecho a la participación política representativa a través de partidos políticos y directa mediante el referéndum, el ejercicio del derecho de petición o la iniciativa legislativa popular, así como el derecho al sufragio activo y pasivo...). A su vez, la *igualdad* se explicita a través del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que conforman la segunda generación de derechos humanos. Otros valores que suelen aducirse en la relación con el fundamento o la caracterización los derechos humanos, son presupuestos para el ejercicio de los derechos, tal sería el caso de la *paz*; o bien pueden ser reputados aspectos conformadores de los tres valores que compendían el substrato axiológico de los derechos. Así, el pluralismo constituye un aspecto central de la libertad en la esfera política; la *seguridad* es una faceta de la justicia general que informa el estatuto de las libertades civiles...”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos S. A., 1997. p. 222-223.

⁷⁶ “La dignidad humana supone el valor básico (*Grundwert*) fundamentador de los derechos humanos que tienen a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. La dignidad del hombre ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es indiscutible”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica.p. 223-224.

⁷⁷ “A dignidade humana contém não só a garantia negativa de que a pessoa não vá ser objeto e ofensas ou humilhações, senão que supõe também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade implica, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto-disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza de uma vez por todas”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica.p. 223.

SARLET, em uma tentativa de cobrir todas as dimensões e perspectivas demonstradas durante seu trabalho, elabora uma proposta conceitual para a dignidade da pessoa humana, na qual é possível identificar também um elenco de proteções:

“... a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁷⁸.

Citando mais um autor, cabe colocar as idéias que Ronald DWORKIN sobre a dignidade da pessoa humana. Como normalmente ocorre nas obras de DWORKIN, o autor apresenta uma teoria e depois a critica, para então apresentar o seu posicionamento. Quanto à dignidade da pessoa humana Dworkin prefere inverter o foco de análise e tratar da indignidade⁷⁹. Primeiramente apresenta uma postura que fundamentaria a indignidade na contrariedade aos interesses ligados às experiências humanas⁸⁰, o que não diverge em muito do posicionamento que induz o que seria a dignidade através da compreensão dos nossos sentimentos. O autor critica esse posicionamento por não suportar a dignidade numa postura

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. p. 37.

⁷⁹ “A expressão ‘direito à dignidade’ é usada de muitas formas e em muitos sentidos na filosofia moral e política. Às vezes, por exemplo, significa o direito a viver em condições, quaisquer que sejam, nas quais o amor-próprio é possível ou pertinente. Aqui, porém, devemos examinar uma idéia mais limitada: a de que as pessoas têm o direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito. Toda sociedade civilizada tem padrões e convenções que definem essas indignidades, que diferem conforme o lugar e a época em que se manifesta”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 333-334.

⁸⁰ “Existe uma teoria para a qual a indignidade é condenável por ser demasiado contrária à nossos interesses experienciais. Essa teoria pressupõe que a indignidade provoca em suas vítimas um sofrimento mental especialmente grave e característico, do qual as pessoas se ressentem e que as leva, em consequência, a sofrer mais com a indignidade do que com qualquer outra forma de privação. Além disso, as pessoas às quais se nega a dignidade podem perder o amor próprio que ela protege, e tal recusa, por sua vez, faz com que mergulhem em uma forma ainda mais terrível de sofrimento: o desprezo e a aversão que passam a sentir por si próprias. Se essa explicação da dignidade for bem fundada, é possível, afinal, que muitos pacientes mentalmente incapacitados não tenham direito algum à dignidade”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. p. 335.

passiva e também ativa⁸¹. E então DWORKIN apresenta o seu posicionamento sobre a indignidade:

“Que outra descrição do direito à dignidade pode explicar tudo isso? Por que a indignidade é uma modalidade especial de injúria, seja alto-infligida ou infligida por outros, e por que parece ser pior quando não é reconhecida por sua vítima? Tenho argumentado que não apenas temos, em comum com todas as criaturas dotadas de consciência, interesses experienciais relativos à qualidade de nossas experiências futuras, mas também interesses críticos relativos ao caráter e ao valor de nossas vidas como um todo. Como afirmei, esses interesses críticos são interligados a nossas convicções sobre o valor intrínseco – a santidade ou a inviolabilidade – de nossas próprias vidas. Uma pessoa se preocupa com seus interesses críticos porque lhe parece ser importante o tipo de vida que tem levado; importante por si mesmo e não simplesmente pelo prazer experiencial que o fato de levar uma vida valiosa (ou de acreditar em seu valor) poderia ou não tê-la levado a sentir. Quero agora sugerir que o direito de uma pessoa ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre [grifo nosso]. A dignidade é um aspecto central do valor que examinamos ao longo de todo este livro: a importância intrínseca da vida humana”⁸².

A valorização da vida humana empregada nos comentários de DWORKIN sofre uma grande influência dos ensinamentos kantianos sobre a moral, enfatizando o ser humano como fim e não como instrumento para realização deste⁸³.

A dificuldade de se partir apenas de um dispositivo constitucional que coloca a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais, a ser utilizado no direcionamento de toda interpretação e aplicação do restante do texto constitucional, sem qualquer outra pista sobre o que estaria compreendido dentro da ideia de dignidade da pessoa humana, tem um propósito. O legislador teve a intenção de possibilitar a alteração do conteúdo que compõe a dignidade

⁸¹ “Ainda assim, essa teoria experiencial da indignidade não é convincente, pois não dá conta de características centrais de nossas convicções sobre e a dignidade. Não explica nosso entendimento de que a dignidade tem tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que as duas são interligadas”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. p. 336.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. p. 337.

⁸³ “O próprio Dworkin, ao tratar do conteúdo da dignidade da pessoa humana, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina de Kant, ao relembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para a realização dos fins alheios, destacando todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância definitiva de sua próprias vidas”. SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. p. 36.

da pessoa humana, de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade até o momento da evocação de tal norma, possibilitando assim uma aproximação da realidade social daquele tempo. Colocação esta, que torna inaproveitável qualquer delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana em um fechado rol de proteções ou de direitos fundamentais.

Um outro ponto que influencia na indeterminação do conceito da dignidade da pessoa humana é a própria relatividade, fisicamente falando, com que é tratada questão. Por envolver valores dentro de uma sociedade que é composta por seres humanos, numa conturbada relação de convivência entre pontos de vista subjetivos, sempre direcionados na busca de uma objetividade, seja dentro da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outro assunto, chegar a qualquer conclusão ou consenso sempre será tarefa das mais difíceis.

Interessante abordagem é demonstrada por Béatrice MAURER, que baseada na nas noções de Hegel de conceitos *para si* e *em si*⁸⁴, apresenta a relatividade com que a dignidade se manifesta na sociedade. Para a autora, um conceito *para si* da dignidade da pessoa humana “é a concepção que se faz da dignidade”⁸⁵, que acaba variando subjetivamente de acordo com a visão da pessoa sobre si mesma e sobre o mundo. Antes de chegar à dignidade *em si*, MAURER explica que Hegel incluía na idéia de *para si*, a idéia de *para nós*, que para a autora expressaria um “consenso social” existente quanto à dignidade da pessoa humana⁸⁶. A dignidade da pessoa humana *em si*, que ajudaria a

⁸⁴ “Como já dissemos, Hegel não foi um filósofo preocupado com a eminente dignidade da pessoa humana. Parece-nos, porém, que se pode utilizar com proveito o processo da consciência em que sua principal obra – a *Fenomenologia do Espírito* –, onde distingue a noção ‘para si’ e a idéia ‘em si’. A consciência só alcança o conhecimento absoluto quando as noções *para si* e *em si* coincidem. Ela apenas o alcançará após um longo percurso que é a fenomenologia do espírito”. MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** In *Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 70-71.

⁸⁵ “A dignidade para si é a concepção que se faz da dignidade. Um exemplo extremo seria, assim, o filho de um escravo achar que é normal que seu pai apanhe abusivamente e que seja eternamente humilhado, ou ainda a menina vítima de incesto achar que esse comportamento não contraria a sua dignidade. Outro exemplo, sem dúvida mais delicado, pois mais contestado, é o da pessoa que, definindo de forma subjetiva a sua dignidade, vai dizer o que lhe é inaceitável, e preferir morrer em vez de ver sua dignidade atingida”. MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** p. 71.

⁸⁶ “Hegel incluía nesse ‘para nós’, sempre por ocasião de sua reflexão sobre a consciência, a comunidade dos filósofos. Ampliamos seus propósitos no sentido de um ‘para nós’ social. Esse ‘para nós’ representa os diferentes atores de uma sociedade: tanto os grupos de pressão, os

desvendar os componentes desta, na visão de MAURER, pode ser ensinada mas não adquirida de forma definitiva⁸⁷.

Interessante é o caso citado por MAURER sobre o “lançamento do anão”, caso que ganhou notoriedade mundial, no qual um anão trabalhava em bar francês sendo arremessado pelos clientes como forma de competição e entreterimento. O Poder Executivo local cassou a licença da atividade por considerá-la ofensiva à dignidade do anão. O proprietário do bar entrou com uma ação pedindo que a licença fosse novamente concedida, sob o argumento do anão, como litisconsorte ativo, não sentir-se ofendido em sua dignidade em razão de seu trabalho, e o fato de ficar sem ocupação remunerada seria muito mais ofensivo. Em primeiro grau foi decidido que apesar do anão não sentir-se ofendido, a atividade ofendia a dignidade da sociedade composta pelos demais moradores da cidade, na qual se localizava o bar. Mesmo em sede de recurso prevaleceu a cassação da licença por ser ofensiva à dignidade⁸⁸.

O caso é ilustrativo por demonstrar a complexa convivência entre as concepções *para si* de dignidade, no caso do anão que não se sentia ofendido, e da concepção *para nós* de dignidade, manifestada através das decisões judiciais. Se houvesse uma segura e objetiva concepção *em si* de dignidade da pessoa

intelectuais, as comunidades religiosas, como o legislador, o juiz, etc. A dignidade ‘para nós’ expressa, assim, um certo consenso social”. MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** p. 72.

⁸⁷ “A dignidade da pessoa humana em si seria, ‘no contexto das antropologias que surgem a partir de então, um equivalente da diferença específica entre o homem e outros seres vivos. Dessa característica essencial do homem deduz-se então o dever ético de corresponder a essa característica nas ações concretas ou estabelecer estratégias para evitar a depravação da natureza essencial do homem’. Ela é compreendida, assim, num sentido estático – a diferença entre o homem e o restante do universo – e, ao mesmo tempo, dinâmico – uma vez posta, intangível, ela exige uma ação, um agir. Essas são as duas faces da mesma realidade. [...] Assim, da mesma forma que se pode ter consciência – ‘eu’ ou o legislador – daquilo que não é a dignidade da pessoa humana, é difícil, ou mesmo impossível, dizer o que ela é. No direito, a abordagem negativa fica, portanto, facilitada. Isso não implica negar toda a busca pela verdade. A realidade da dignidade pode ser ensinada, abordada, mas ela não pode ser apropriada, adquirida definitivamente”. MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** p. 74.

⁸⁸ MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** p. 72. A ONU decidiu em 26/06/02 contrariamente ao apelo do anão ao Comitê de Direitos Humanos (*The Human Rights Committee*), pelo desrespeito a seu direito à liberdade e ao emprego (<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/09d49050a9b34aaac1256c6e0031b919?Opendocument>). Mais informações sobre a prática de arremesso de anões: http://en.wikipedia.org/wiki/Dwarf_tossing.

humana uma das partes envolvidas na questão do lançamento de anões poderia dizer que o dispositivo legal teria sido mal interpretado.

Observando-se todas as posições apresentadas até o presente ponto da pesquisa, nota-se que não há uniformidade ou simetria entre as diferentes concepções quanto ao conteúdo que comporia a dignidade da pessoa humana. O único elemento constante é o envolvimento do próprio ser humano, que ora aparece como um captador e processador de intuições ou experiências presentes na realidade para rascunhar o que seria a dignidade humana. E ora, o ser humano aparece como o portador de direitos e liberdades que foram protegidas e agrupadas sobre o nome de dignidade da pessoa humana.

Mesmo sem a completa compreensão do conteúdo da dignidade da pessoa humana, o que resta claro, é o fato da ofensa à dignidade da pessoa humana ser mais relevante para o Direito do que a dignidade *em si*⁸⁹, sendo indiferente se o conteúdo atribuído à dignidade seja baseado nos conhecimentos intuídos, ou com base num elenco de proteções normativas.

O que deve ser marcado como importante é a característica evolutiva da noção de dignidade da pessoa humana, seja ela individual ou coletiva, por se tratar de um produto social, antropológico e histórico, essa discussão e indefinição quanto ao conteúdo da dignidade não gera sua impossibilidade de aplicação, pelo contrário, ajuda na propagação de idéias e desenvolvimento do objeto de estudo. A indeterminação do conteúdo da dignidade da pessoa humana geraria mais possibilidades de aplicação do que insegurança.

Tomar-se-á a partir deste ponto a dignidade da pessoa humana como sendo uma simplificação de um complexo conjunto de bases normativas, marcado como ponto de interseção de alguns direitos fundamentais (liberdade, igualdade e respeito), sem perder de vista as bases intuitivas advindas da existência humana e seu normal desenvolvimento (noção kantiana do homem como fim, e a consciência crítica da existência dworkiana), sempre almejando a evolução do ser humano. Essa simplificação não tem um tom pejorativo ou de diminuição da

⁸⁹ “Assim, da mesma forma que se pode ter consciência – ‘eu’ ou o legislador – daquilo que não é a dignidade da pessoa humana, é difícil, ou mesmo impossível, dizer o que ela é. No direito, a abordagem negativa fica, portanto, facilitada. Isso não implica negar toda a busca pela verdade. A realidade da dignidade pode ser ensinada, abordada, mas ela não pode ser apropriada, adquirida definitivamente” MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. p. 74.

importância da dignidade da pessoa humana dentro da sociedade e do ordenamento, e sim, busca a facilitação de sua evocação, aplicação e concretização nos momentos em que necessária.

A partir da pesquisa apresentada sobre a dignidade da pessoa humana buscou-se examinar o conteúdo de uma das proposições, que serão mais adiante utilizadas na avaliação da justificação argumentativa que garante a validade, seja esta formal ou material, ao Regime Disciplinar Diferenciado como norma válida dentro do Ordenamento Pátrio.

Capítulo 2 - O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.1 Histórico do Sistema Prisional.

A prisão como pena é relativamente recente, pois na antiguidade a privação da liberdade era utilizada apenas para manter disponível o réu, ou seja, como um meio de custódia para que o réu estivesse ao alcance do carrasco no momento da sentença para a posterior tortura ou execução⁹⁰. Mais tarde a idéia de pena se confundiria com a idéia de prisão, ou seja, cerceamento da liberdade em local apropriado para tanto, gerando uma conseqüente indissociabilidade das idéias.

Demonstrar a origem da prisão como pena é um trabalho histórico dificultado pelas díspares interpretações dos fatos que serviriam de fundamento para demonstrar essa passagem.

Partindo de um critério cronológico, a prisão teria sua origem na religião, através do que viria a ser denominado de “prisão eclesiástica”, como explica Maria José Moutinho SANTOS: “A evolução da prisão como lugar de custódia para o de detenção penal fez-se em parte sob a influência do direito eclesiástico que muito usou a pena de encarceramento”⁹¹. Ainda de acordo com essa versão da origem da pena de prisão, é possível demonstrar a origem das penitenciárias com base no instituto da penitência cristã, como explica Armida Berganini MIOTTO:

“Pessoas desejosas de se aperfeiçoar (de se santificar), se retiravam espontaneamente do convívio social, recolhendo-se a algum lugar sossegado, para fazer penitência, e, pois, emendar-se das próprias falhas, dos próprios pecados. Da evolução desses lugares, chamados *penitenciais*, resultaram os mosteiros e os conventos. [...] Pessoas que,

⁹⁰ “Para ter o acusado à disposição da Justiça quando lhe fosse aplicada a pena, ou então ter o condenado à disposição quando devesse ser executada a pena aplicada, prendia-se o acusado, prendia-se o condenado, em lugar seguro, donde não pudesse fugir. Era prisão cautelar, simplesmente. Não se pensava que a prisão pudesse ter eficácia de pena”. MIOTTO, Armida Berganini. **Curso de direito penitenciário**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1975. p. 28.

⁹¹ SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. Portugal, Porto: Edições Afrontamento, 1999. p. 34. Da mesma autora: “A Igreja, dispondo de tribunais próprios, aplicava as suas penas específicas, que podiam passar pela reclusão do prevaricador. Assim, da mesma forma que os palácios episcopais dispunham dos seus espaços de detenção, também as ordens religiosas, conforme os seus estatutos e a gravidade dos delitos, podiam mandar recolher o irmão penitente à sua própria cela ou a áreas destinadas exclusivamente à reclusão”. SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. p. 34-35.

tendo cometido algum pecado, ou delito, que merecesse condenação, eram condenadas a se recolherem a um lugar de penitência, para, afinal, saírem de lá emendadas, e se reintegrarem na vida da família, da comunidade, da sociedade. Da evolução desses lugares, chamados penitenciários, resultaram os atuais estabelecimentos para cumprimento de pena privativa da liberdade (e já, nos últimos tempos, também estabelecimentos com tais características, que autorizam a dizer que se destinam ao cumprimento de pena restritiva de liberdade – como, v.g., as ‘prisões abertas’). [...] É preciso notar, porém, que, fora da igreja e seu respectivo Direito, somente no início, já, da Idade Moderna é que começaram a ser adotados estabelecimentos semelhantes aos penitenciários⁹².

Já nos prelúdios da Idade Moderna, no século XVIII, se pode atribuir a origem da prisão como pena, num âmbito não mais religioso, aos americanos⁹³, que com base nos anteriores exemplos europeus, a partir das casas correcionais (*work houses*)⁹⁴, desenvolveram alguns modelos de sistemas penitenciários mais humanitários⁹⁵.

O primeiro modelo de sistema penitenciário desenvolvido foi o Pensilvânico, Filadélfico ou Celular⁹⁶, tendo sua origem em 1776⁹⁷ com a primeira prisão norte-americana, a *Walnut Street Jail*, que tinha como principais características o isolamento celular completo aos presos mais perigosos, aos quais era permitido o trabalho nas celas durante o dia. Outras características monásticas foram introduzidas como o silêncio e a oração, isto através da influência da postura dos “quacres”, ou “quakers”, responsáveis pela idealização do referido sistema. Não se obteve sucesso em razão do crescimento da

⁹² MIOTTO, Armida Berganini. **Curso de direito penitenciário**. p. 29.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.

⁹⁴ “Foi na Inglaterra dos Tudors que face ao aumento de vagabundos, prostitutas e pequenos criminosos, surgiram as casas de trabalho, ou casas de correção, baseadas no princípio da reabilitação através do trabalho regular, forçado, em ateliers cuja produção, vendida para o mercado, deveria financiar o estabelecimento. Em 1557 entrou em funcionamento a London Bridwell. A sua abertura foi seguida pelas outras instituições à sua imagem e semelhança. [...] Nos finais do século XVI (1596) abriu uma casa de correção em Amsterdam com os mesmos objectivos, a que se seguiram outros estabelecimentos durante o século seguinte na Holanda, Alemanha, Espanha, Itália, etc. Estas casas de correção representavam efectivamente uma ruptura com a repressão tradicional: pública, física e de eliminação. Elas significaram o surgimento de uma nova sensibilidade que irá triunfar no século XVIII a que repugna o suplício e considera a detenção um meio mais dissuasor”. SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. p. 36-37

⁹⁵ “Quando, porém, a prisão foi adotada como pena prevalentemente cominada, entendeu-se que, assim se eliminava os tormentos inúteis, a crueldade das outras formas de pena, i. é, entendeu-se que, assim, se ‘humanizava’ a pena”. MIOTTO, Armida Berganini. **Curso de direito penitenciário**. p. 31.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 92-94.

⁹⁷ Apresentando uma diferença entre as datas utilizadas: SANTOS, Maria José Moutinho. p. 40.

população carcerária que veio a impossibilitar o isolamento. A idéia do silêncio contribuiu para que o custo da vigilância fosse diminuído, pois poucos agentes penitenciários eram capazes de atender um grande número de presos pela facilidade do controle.

O segundo modelo de sistema penitenciário criado no final do século XVIII foi o Auburniano⁹⁸, que teve como finalidade a superação dos problemas encontrados no Sistema Pensilvânico, tendo em vista o advento de novas posturas de Direitos Humanos e nova Política Criminal, pregando a abolição da pena de morte e dos castigos corporais. No ano de 1816 foi inaugurada a prisão de Auburn, que mantinha uma divisão interna com alas de isolamento contínuo e outras alas com isolamento apenas parcial. Como características, o também chamado *Silent System*, adotava o trabalho coletivo e a manutenção do silêncio, que mais uma vez, era utilizado como forma de facilitação do controle dos presos⁹⁹. O regime disciplinar aplicado no sistema auburniano tinha também características militares com castigos cruéis e excessivos.

Em geral os dois primeiros sistemas penitenciários tinham como marca presente o silêncio e o isolamento para os presos mais perigosos, apresentando como maior diferença a ênfase ao trabalho no Sistema Auburniano. Nas palavras de Moutinho SANTOS:

“O sistema de Auburn pressupunha a separação nocturna dos detidos em celas individuais e o trabalho em comum, e em silêncio, durante o dia – silêncio mantido à custa de uma apertada vigilância e de castigos corporais para os que violassem as regras – sendo o trabalho organizado segundo o tipo industrial, e com a intervenção de empresários particulares. Porém, foi o sistema da Pensilvânia que atraiu, na década de trinta, mais entusiásticos apoiantes na Europa, mantendo-se os presos em total isolamento na cela, onde dormiam, trabalhavam e tomavam a suas refeições, sendo apenas autorizados a falar com visitas seleccionadas pelos directores da prisão. Desta forma o preso permanecia, diariamente, longas horas a sós com a sua consciência, objectivo conseguido, também, através de outras providências, como as construtivas, já que as novas prisões não deviam permitir ao preso uma visão, ainda que longínqua, do mundo exterior, nem escuta dos sons provenientes do próprio espaço prisional”¹⁰⁰.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 94-96.

⁹⁹ SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. p. 40.

¹⁰⁰ SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. p. 40-41.

Ainda quanto aos sistemas penitenciários, já no século XIX, iniciou-se o predomínio do Sistema Progressivo¹⁰¹. Esse sistema era baseado numa idéia de mérito comportamental, onde o preso iniciava o cumprimento de sua pena em um regime muito grave, e de acordo com seu comportamento e com o tanto de pena imposto, eram concedidos privilégios que aplacavam os rigores da pena. A finalidade dessa progressividade era claramente corrigir “ortopedicamente” a conduta do preso conseguindo sua reforma moral. Os primeiros Sistemas Progressivos que podem ser citados foram o Inglês ou *Mark System* e o Irlandês.

O Sistema Progressivo Inglês ou *Mark System*, datado de 1840 com a instalação de uma prisão na Austrália, era baseado na idéia de “débito *versus* crédito”, no qual o crime cometido era avaliado em um número determinado de marcas (*marks*), e através do trabalho e do bom comportamento, ao preso era atribuído determinado número destas, que eram acumuladas, permitindo-se a passagem de um regime para outro.

O Sistema Progressivo Irlandês, da mesma forma apresentada pelo Inglês, fundamentava-se na vontade do preso em ganhar a liberdade e na diminuição dos rigores apresentados pelo cárcere. O Sistema Irlandês inovou na instituição de “prisões intermediárias”, que se destinavam para provar que o preso estava apto a ganhar sua liberdade condicional. Até hoje, o Sistema Progressivo serve de base para os sistemas penitenciários, inclusive no Brasil.

A doutrina ainda proporciona uma outra interpretação para o surgimento da pena de prisão. Numa concepção mais crítica e ideologicamente influenciada, vários doutrinadores optaram por interpretar diferentemente os fatos apresentados sobre a origem da prisão. Michel FOUCAULT explica o surgimento da pena de prisão como “a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo”¹⁰².

Não há discordância quanto à passagem dos tipos das punições infligidas aos criminosos, das físicas à limitação da liberdade, no que os autores divergem diametralmente é sobre a motivação desta mudança. A visão da sociedade, através de um filtro mais histórico-materialista, proporciona uma outra

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 98-104.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 195.

interpretação quanto às mudanças sociais e penais ocorridas na passagem dos séculos XVIII até chegar ao XX.

O momento econômico pelo qual a Europa passava, tinha reflexos diretos sobre a sociedade e sobre a oferta de trabalho e mão de obra, como até hoje se pode notar, ainda mais em um mundo com a economia globalizada¹⁰³. No século XVI já era possível observar as diferentes penas atribuídas às diferentes classes sociais de alguns países europeus, isto é, nas palavras de Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER:

“A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tornavam-se mais marcantes. [...] Quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fins de dissuadi-las ao crime. O castigo físico começou a crescer consideravelmente por todo o país, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. Execução, mutilação e açoites não foram introduzidos através de uma mudança revolucionária repentina, mas gradualmente se converteram em regra no interior de uma situação que se transformava. Com o passar do tempo, a punição tornou-se mais severa, menos suave”.¹⁰⁴

Ainda no século XVI o Mercantilismo exigiu dos países uma mão-de-obra escrava para a realização de certos trabalhos, como a movimentação de mercadorias nas Galés, bem como a extração de matéria prima, fato que fez os olhos dos comerciantes da época se voltarem para a mão-de-obra dos prisioneiros¹⁰⁵. Já a partir da metade do século XVI, o crescimento demográfico europeu entrou em declínio devido às guerras. A aglomeração da população em cidades fez nascer a necessidade de certos bens de consumo, ao mesmo tempo

¹⁰³ “La transición de la sociedad en la que reina el modelo de producción feudal a aquella en que domina incontestado el sistema de producción capitalista cubre un arco de tiempo relativamente amplio. Desde el siglo XVI hasta el XVIII, especialmente en los países económicamente más avanzados (Inglaterra, Holanda, la Liga Anseática en Alemania) asistimos a ese complejo fenómeno económico-social que Karl Marx llamó de acumulación originaria y que determinará en la segunda mitad del siglo XVIII la transformación que es conocida por nosotros como revolución industrial”. PAVARINI, Máximo. **Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.p. 27.

¹⁰⁴ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 35-36.

¹⁰⁵ “A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados; as duas primeiras por um certo tempo, a terceira como precursora hesitante de uma instituição que tem permanecido até o presente”. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 43.

que, trouxe a consciência da falta de material humano para produzir tais bens. Esse quadro econômico gerou a partir da lei da oferta e procura, um acréscimo do salário dos trabalhadores, o que ensejou a busca, pelos produtores de bens de consumo, pelo auxílio do Estado, o qual reagiu através de várias políticas diferentes, desde o estímulo à natalidade e utilização do trabalho infantil, até a utilização de criminosos em exércitos, poupando assim a mão-de-obra especializada. Mesmo essa situação favorável aos empregados não impedia a existência de uma quantidade enorme de pobres e vagabundos, que não tinham capacidade para se enquadrar nas necessidades do mercado¹⁰⁶.

O atendimento à pobreza, que era tarefa reservada à Igreja, foi prejudicado pelas guerras e doenças que se espalharam pela Europa no final do século XVI, aumentando os problemas enfrentados pelos pobres. A burguesia que se desenvolvia através do acúmulo do capital industrial¹⁰⁷, que não mais era considerado pecado aos olhos do Calvinismo, que antes considerava os adeptos da mendicância aptos ao trabalho uma questão de política criminal, passou a observar a classe pobre como uma potencial classe trabalhadora¹⁰⁸.

Com o objetivo de evitar a ociosidade por parte da população que não estava inserida no mercado de trabalho surgem as casas de correção, que nas palavras de RUSCHE e KIRCHHEIMER:

“A primeira instituição criada com o objetivo de limpar as cidades de vagabundos e mendigos foi, provavelmente, a Bridwell, em Londres (1555). O já mencionado ato de 1576 previa o estabelecimento de instituições similares em todo o país. Foi, portanto, a Inglaterra que abriu o caminho, mas por várias razões o desenvolvimento máximo dessa iniciativa foi atingido na Holanda. Em fins do século XVI, a Holanda possuía o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa, porém não dispunha da reserva de força de trabalho que existia na Inglaterra depois do fechamento dos campos. Já nos referimos aos salários altos e às condições de trabalho favoráveis que prevaleciam na Holanda, com uma

¹⁰⁶ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 43-58.

¹⁰⁷ “Si la libertad adquirida, los derechos civiles, las condiciones necesarias para su propia actividad comercial e industrial, para las amplias masas de campesinos y pequeños productores liberados de los vínculos feudales y expulsados de las tierras o en cualquier modo privado de sus medios de producción, estas mismas condiciones constituyeron el presupuesto para su transformación en fuerza de trabajo asalariada”. PAVARINI, Máximo. **Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. p. 29.

¹⁰⁸ “Ao contrário da política do início do século XVI, cuja principal meta era a eliminação da mendicância, o novo programa tinha propósitos mais diretamente econômicos. Procurava impedir que os pobres recusassem a oferecer seu potencial de trabalho, preferindo mendigar a trabalhar por baixos salários”. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 67.

jornada de trabalho pequena. Inovações destinadas a reduzir o custo da produção eram naturalmente bem-vindas. Todos os esforços foram feitos para aproveitar a reserva de mão-de-obra disponível, não apenas para absorvê-la às atividades econômicas, mas, sobretudo, para ‘ressocializá-la’ de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado de trabalho espontaneamente”¹⁰⁹.

Os autores acrescentam ainda:

“O exemplo de Amsterdã foi estudado e seguido por toda a Europa, particularmente nos países de língua alemã. A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouses*), oficinas de trabalho (*workhouses*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, recebiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente”¹¹⁰.

RUSCHE e KIRCHHEIMER concluem que “... o sistema de prisão moderno enquanto método de exploração do trabalho e, igualmente no período mercantilista, enquanto maneira de treinar as novas reservas de força de trabalho, foi realmente a consequência necessária das casas de correção”¹¹¹. Argumento nesse sentido também pode ser encontrado na prevalência do sistema penitenciário Auburniano sobre o Pensilvânico, em razão do primeiro ter uma formatação mais voltada à produção industrial, através da atuação conjunta dos encarcerados, gerando mais lucros aos mantenedores.

Isolando os principais pontos de discordância entre as duas versões sobre o surgimento da pena de prisão, se tem por um lado a origem em uma tentativa de humanização das penas corporais e violentas, buscando a reforma do indivíduo; e por outro, o depósito e treinamento da população ociosa que causava problemas nas emergentes sociedades burguesas¹¹².

¹⁰⁹ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 67-68.

¹¹⁰ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 69.

¹¹¹ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 96.

¹¹² “A primeira forma de prisão estava, então, estreitamente ligada às casas de correção manufatureiras. Uma vez que o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos mas a exploração racional da força de trabalho, a maneira de recrutar internos não era o problema central para a administração. Nem tampouco as considerações para a liberação importavam. Já vimos como o período de detenção nos casos de internos jovens ou recém-adestrados era determinada pelas necessidades da instituição ou de seus empregadores. Trabalhadores aptos cuja manutenção e treinamento envolvesse, despesas consideráveis deviam ser retidos tanto tempo quanto possível. A duração do confinamento era, entretanto, fixada arbitrariamente pelos administradores em todos os casos, exceto aqueles encaminhados voluntariamente por seus

Quanto ao Brasil, o país inicia seu contato com a pena de prisão na posição de Colônia Penal, sendo que ainda no Período do Brasil Colonial¹¹³, abrigava os condenados à pena de degredo, segundo as Ordenações Filipinas¹¹⁴.

A primeira prisão instalada no Brasil foi a Casa de Correção no Rio de Janeiro, sendo mencionada na Carta Régia de 1769¹¹⁵. Posteriormente, a Constituição de 1824, no artigo 179, previu que as prisões deveriam ser seguras, limpas e arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes. A prisão mais famosa deste período histórico foi a Prisão de Aljube¹¹⁶, também no Rio de Janeiro, que segundo um relatório elaborado por uma comissão nomeada para visitar as prisões em 1828, mencionado pela autora Regina Célia PEDROSO, “apontou para o aspecto maltrapilho e subnutrido dos presos. Além disso, o edifício projetado para abrigar 15 pessoas, comportava, naquela data, cerca de 390 pessoas”¹¹⁷.

Mais tarde, o Código Criminal do Império de 1830 elencou duas modalidades de penas de prisão, a simples e a com trabalho, sendo a segunda praticamente inaplicável em razão da estrutura insuficiente para acomodar

parentes. Temos notícias de casas em Brandenburgo onde, na ausência de sentenças limitadas por julgamento, alguns internos eram postos em liberdade depois de uma quinzena, enquanto transgressores de menor importância eram retidos por anos”. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. p. 99.

¹¹³ PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias: projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 333, 5 jun. 2004. (publicação sem número de páginas). Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5300>. Acesso em: 24 de janeiro de 2006.

¹¹⁴ “A par dessa função preventiva, medida de salvaguarda pública, a prisão era também usada frequentemente para pressionar devedores relapsos e os menos expeditos no pagamento das multas, sendo que as Ordenações Afonsinas lhe atribuíam também, ainda que raramente, a função repressiva. [...] Com as Ordenações Manuelinas a prisão aparece muitas vezes com caráter preventivo até o julgamento e condenação, e com caráter coercitivo menos frequentemente. [...] A prisão enquanto pena repressiva é rara, estando, no entanto, prevista, podendo ser fixa – quinze ou trinta dias – ou de duração arbitrária. [...] As Ordenações Filipinas mantiveram a prisão como pena com caráter preventivo e coercitivo. [...] A prisão com fim repressivo também foi mantida em alguns casos, umas vezes com duração arbitrária: ‘até nossa mercê’; outras com prazo fixo de quinze dias, trinta dias e três meses”. SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. p. 32-33.

¹¹⁵ “Carta Régia, de 8.7.1769. Assinada por D. José I, determinava ao Marquês de Lavradio construir uma Casa de Detenção, em local onde hoje está o Conjunto Penal da Rua Frei Caneca no Rio de Janeiro”. OLIVEIRA, Edmundo. **Evolução da legislação penitenciária no Brasil**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Número 2 (4). Período: julho/dezembro. Ano 1994. Brasília: Ministério da Justiça. p. 69.

¹¹⁶ “Aljube. Foi o cárcere de foro eclesiástico construído entre 1735 e 1740 pelo Bispo Dom Frei Antônio de Guadalupe. Funcionou também à época como estabelecimento prisional aos condenados por crime de contrabando”. OLIVEIRA, Edmundo. **Evolução da legislação penitenciária no Brasil**. p. 69.

¹¹⁷ PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias: projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. (publicação sem número de páginas).

oficinas ou outro tipo de estabelecimento que proporcionasse a oferta do trabalho aos presos. Com o segundo Código Penal, em 1890, já posterior à proclamação da República em 1889, desenvolveram-se um pouco mais as modalidades de prisão, totalizando quatro: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar, mas mais uma vez, a falta de estrutura e de investimentos não possibilitou a implantação de qualquer programa que permitisse aos presos o trabalho legalmente assegurado. Com essa falta de interesse o aspecto terapêutico-ressocializador que os elaboradores do referido Código previram ficou fatalmente prejudicado. Percebeu-se ainda que nas cidades não haveria possibilidade de instalação dessas instituições com finalidade laborativa, e em razão disto as prisões começaram a migrar para o interior dos Estados, visando com tal medida retirar das cidades os criminosos, bem como os alienados e o pobres que mendicavam. Nessa época, a mais famosa prisão do interior foi a Colônia de Dois Rios, na Ilha Grande no Estado do Rio de Janeiro. Com essa mudança geográfica, o Governo tentava ao máximo “limpar” as cidades através da “reclusão social”, tanto dos criminosos, como da população carente¹¹⁸.

O século XX para o Sistema Carcerário Brasileiro veio com a orientação de uma separação dos presos quanto ao sexo, tipo de crime cometido e idade, agravando ainda mais a situação estrutural que já era precária. Com o aumento do número de indivíduos cumprindo pena de prisão, deu-se início à massificação da construção de instituições para abrigá-los, e em 1935, antevendo um necessário regramento, entrou em vigor o Código Penitenciário da República, que tratava de todas as circunstâncias que envolviam a vida do indivíduo condenado pela Justiça. Teve curta duração e pouca aplicação em razão do advento do Código Penal de 1940, mas seu maior destaque estava na organização das sanções disciplinares e da separação de presos portadores de doenças infecto-contagiosas como a lepra e a tuberculose¹¹⁹.

Segundo Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI, o Código de 1940 era marcado pela mesma carga ideológica excludente presente em seu antecessor:

¹¹⁸ PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias**: projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. (publicação sem número de páginas).

¹¹⁹ PEDROSO, Regina Célia. *Op. Cit.*

“Seu texto corresponde a um ‘tecnicismo jurídico’ autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (próprias do código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de ‘indesejáveis’, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada”¹²⁰.

A principal alteração trazida pelo Código Penal de 1940, quanto às penas, foi a adoção do sistema duplo binário ou dualista, no qual além da pena de prisão, ao réu era imputada ainda uma medida de segurança, pois no caso de prática de ato considerado crime, se presumia uma periculosidade que deveria ser tratada.

Em 02 de outubro de 1957 ocorreu a edição da Lei nº 3.274, que dispunha sobre normas gerais do regime penitenciário e vigorou até a vigência da Lei nº 7.210/84, a atual Lei de Execuções Penais¹²¹.

Uma análise mais retida se faz necessária sobre a Lei de Execuções Penais pelo rompimento ocorrido em relação às legislações anteriores. Primeiramente pelo particular desenvolvimento do referido diploma na proteção dos direitos dos presos, através da determinação expressa das violações à sua esfera individual de direitos. Segundamente pela sistematização do assunto, que pela primeira vez, com base no atualizado Código Penal, era estruturado de forma completa. Com mais precisão apresenta-se as palavras de José Eduardo GOULART, citando Miguel Reale Júnior, este, um dos idealizadores da LEP:

“Na palavra de um de seus autores o perfil ideológico da nova legislação implica em ‘uma postura realista, sem ortodoxia e comprometimentos teóricos, instaurando-se um realismo humanista, que vê a pena como

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 222-223.

¹²¹ “Em 1975, a Câmara dos Deputados instituiu Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a situação penitenciária do país, ao final da qual se elaborou relatório que apontou para a necessidade de um estatuto legal específico para a execução penal, bem como reforçando a idéia da constitucionalidade da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário. [...] Finalmente, em 1981, comissão instituída pelo Ministro da Justiça e integrada por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto apresentou o anteprojeto da Lei de Execução Penal. Pela portaria nº 429, de 22 de julho de 1981, publicou-se o anteprojeto para receber sugestões e, com estas, foi entregue à comissão revisora constituída por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci que contaram com a colaboração de Everaldo da Cunha Luna e Sérgio de Moraes Pitombo. Encerrado o trabalho de revisão, foi o anteprojeto apresentado em 1982 ao Ministro da Justiça. [...] Em 29 de junho de 1983, o Presidente da República João Figueiredo encaminhou o projeto ao Congresso Nacional através da mensagem nº 242, foi promulgada a 11 de julho de 1984 e publicada no dia seguinte, para vigorar concomitantemente com a Lei da reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13 de janeiro de 1985”. SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de execução penal**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 41-42.

reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade”¹²².

Os objetivos primordiais da Lei de Execuções Penais, apreendidos pela leitura de seu primeiro artigo, são a efetivação do disposto na sentença penal condenatória, bem como a integração social do condenado e do internado¹²³. Julio Fabbrini MIRABETE afirma que a “Lei de Execução Penal adotou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da execução da pena e afastando o ‘tratamento’ reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria”¹²⁴. Dentre as bases da Nova Defesa Social propagada por Marc Ancel em 1954, que será tratada mais adiante, a humanização da pena decorreu em efeitos científicos positivos, transformando a situação do condenado que passou, pelo menos na legislação, de objeto a sujeito de direitos¹²⁵.

Quanto à finalidade da aplicação da pena privativa de liberdade na Lei de Execução Penal os idealizadores preferiram não atribuir uma classificação vinculativa, deixando margem a opiniões diversas. Isto pode ser facilmente observado pelo item 14 da exposição de motivos da LEP: “14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades de pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de

¹²² GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução**. São Paulo: RT, 1994. p. 73.

¹²³ “Quando o primeiro artigo da Lei de Execução Penal declara que a execução ‘tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado’, demonstra, ainda, que o sistema não se compromete com a teoria da emenda ou recuperação social do infrator. Tal objetivo assinalado à sanção criminal por algumas Constituições e Códigos Penais caracteriza, a mais das vezes, a tentativa do Estado de submeter o condenado a uma lavagem cerebral, negando-lhe a faculdade do livre-arbítrio e o direito de ser diferente. Esta é uma opção existencial válida no Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição brasileira que, entre seus fundamentos, adota o da dignidade da pessoa humana (art. 1º)”. DOTTI, René Ariel. **Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais**. In Sistema penal para o Terceiro Milênio: (atos do Colóquio Marc Ancel). Org. João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 92.

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 27.

¹²⁵ “Resumindo, portanto, a Nova Defesa Social, sem o radicalismo de seu início, tem por escopo, modernamente, uma política criminal de natureza humanitária, ancorada em profunda base científica, que dá ao Direito Penal caráter preventivo e protetor de dignidade humana”. PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de Criminologia e Política Criminal**. São Paulo: EDIPRO, 1994. p. 15.

que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”.

A importância da identificação da finalidade atribuída à pena privativa de liberdade paira sobre o seu decorrente desenvolvimento através da Política Criminal a ser adotada em um Estado. Quanto à Lei de Execução Penal, nota-se, a partir das palavras de seus elaboradores, uma tentativa de neutralidade, sem adotar explicitamente a retribuição ou a prevenção como linha mestra para todos os dispositivos. Como exemplo disso pode-se citar as palavras de René Ariel DOTTI:

“Superando concepções extremadas e antinômicas que modelam os perfis dantescos da pena segregadora, por um lado, e a pena ressocializadora, com o carisma da ideologia da salvação, por outro, o pensamento contemporâneo vem concebendo a pena como um processo de diálogo entre o condenado e o Estado. O objetivo de reinserção social, concebido como a criação de possibilidade de participação nos sistemas sociais, não é incompatível com a garantia de liberdade e a proteção dos direitos do condenado que não foram afetados pela sentença. Conforme pondera Calieff, este é o caminho para tentar lançar uma ponte entre os princípios antinômicos do Estado Liberal e do Estado Social”¹²⁶.

Ocorre que para o desenvolvimento do tema dissertativo proposto será necessária uma apreensão dos principais fins imputados à pena privativa de liberdade. Para tanto, será necessário um retorno às bases de discussão sobre as finalidades da pena de prisão.

2.2 Os modelos teóricos da prevenção e da retribuição e seus desdobramentos como finalidades atribuídas à pena de prisão.

É importante, neste momento de desenvolvimento do tema proposto, uma rápida apresentação das correntes que explicam quais os fins possíveis para a pena privativa de liberdade¹²⁷, pois se objetiva, a partir desses conhecimentos,

¹²⁶ DOTTI, René Ariel. **Execução penal no Brasil**: aspectos constitucionais e legais. p. 93.

¹²⁷ “As teorias e a política do Direito Penal também têm se ocupado com a questão acerca da solução dos casos jurídico-penais e no decurso do século encontraram as mais diferentes respostas e igualmente as rejeitaram. Há séculos estas respostas encontraram-se à disposição; a historicidade do sistema jurídico-penal mostra de modo particularmente claro quais as respostas à questão a cerca da solução dos casos jurídico-penais, que, às vezes, são favorecidas, quais são suprimidas e quais são consideradas falsas. Estas respostas denominam-se *‘teorias da pena’*, ou seja, as opiniões científicas sobre os fins e tarefas das penas; elas desembocam em uma *‘teoria do Direito Penal’* que prescreve ao todo os fins e tarefas do Direito Penal (incluindo os fins e

identificar elementos que possam facilitar uma classificação, inicialmente dentro das Políticas Criminais que serão apresentadas, e na seqüência, dentro do ordenamento pátrio, chegando a um parcial diagnóstico da Política Criminal Brasileira. Com este quadro exposto, tendo como escopo o estabelecimento de um pretense parâmetro possibilitando uma análise comparativa ou seqüencial, busca-se trazer o Regime Disciplinar Diferenciado à análise. Além da importância intrínseca para o presente trabalho Jorge de FIGUEIREDO DIAS destaca a importância do tema no contexto das ciências:

“É sabido como o problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e como no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela geral como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a *questão do destino* do direito penal. E por isso também qualquer revisitação dos problemas básicos do direito penal não se pode ainda hoje furtar à tentativa de fazer o ponto de querela sobre as finalidades da pena criminal e de divisar os caminhos do futuro próximo”¹²⁸.

Partindo do pressuposto que a pena é tão antiga quanto a existência do Direito, e logo, tão antiga quanto o próprio homem, pode-se notar uma simetria entre a evolução da pena e a evolução da filosofia como Ciência.

A teoria do Direito Natural, no século XVIII, ajudou a justificar qualquer tipo de atrocidade que era cometida contra o indivíduo, justificando-se tais práticas em razão do direito ser originário de uma força superior, divina, que não poderia ser questionada em sua razão ou vontade. Quando no século XIX, a fonte do poder no Direito Natural foi questionada, a razão passou a prevalecer como justificativa dos atos praticados pelos governantes, restando mais consciência ao indivíduo sobre seus direitos, ensejando um Direito Natural racionalista. Dessa postura filosófica decorreram as teorias absolutas da pena com Kant e Hegel. Logo a filosofia idealista, dando sustentação às teorias do Contrato Social, acabou

tarefas das penas)”. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 369.

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. p. 89.

formulando uma nova realidade social e jurídica. Nesta nova ordem social, o Contrato Social implicava ao indivíduo renunciar a parte de sua liberdade, permitindo sua convivência com os demais indivíduos e suas respectivas liberdades, sucedendo claramente na concepção de homem livre ou de livre arbítrio, sob a qual, tempo depois, desenvolver-se-ia o conceito de culpabilidade penal. Mais tarde, a passagem do Estado Liberal ao Social fez eclodir novas idéias para o fim da pena. No positivismo, e mais especificamente com o utilitarismo, desenvolvem-se as idéias sobre a finalidade preventiva da pena¹²⁹.

Utilizando-se de uma tipologia citada comumente pela doutrina pode-se classificar o fim da pena em teorias absolutas e teorias relativas¹³⁰, surgindo mais tarde as teorias unificadoras ou ecléticas.

Nas teorias absolutas ou retributivas da pena¹³¹, como já foi rapidamente explicado, tinha-se um reflexo do tipo do Estado (absolutista) e da base filosófica do Direito Natural, que justificava a aplicação da idéia de que quando se desobedecia à lei, se desobedecia ao soberano, que era a representação de Deus na Terra, por isso, nesse início, a teoria retributiva tinha grande caráter

¹²⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 198-205.

¹³⁰ “Examinando apriorística y conceptualmente éste, podríamos anticipar que a la pena se le puede dar dos significados distintos: como retribución y como prevención. La pena puede concebirse mirando al pasado, al hecho ya cometido, buscándose en el mal que la misma entraña una compensación o restauración de la infracción de Derecho producida por el delito. Pero también, mirando al futuro, al peligro de que el autor del delito o un tercero vuelven a cometer un nuevo hecho criminal. En el primer caso, la pena respondería al aforismo: *punitur, quia peccatum est*. En el segundo: *punitur, ne peccetur*. En el primero, sería la culpabilidad el criterio de referencia; la peligrosidad, en el segundo”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. 2. ed. Madri/Espanha: Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 121.

¹³¹ “Neste plano, a controvérsia pode hoje dizer-se terminada: a ‘compensação’ de que a retribuição se nutre só pode ser função da *culpabilidade* do agente. Logo porque se esta doutrina se reivindicava antes de tudo, como vimos, das exigências da ‘justiça’, essas implicam que cada pessoa seja tratada segundo a sua culpabilidade e não segundo a loteria da sorte e do azar em que na vida se jogam os comportamentos humanos e as suas conseqüências. Depois, e coerentemente, porque se o que está em causa é o tratar o homem segundo a sua liberdade e a sua dignidade pessoais, então isso conduz diretamente ao princípio *da culpabilidade* como máxima incontornável de todo o direito penal humano, democrático e civilizado; ao princípio, isto é, segundo o qual *não há pena sem culpabilidade e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpabilidade*. E aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins da penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana”. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. p. 93.

religioso. BUSATO e HUAPAYA explicam as principais características deste período:

“O que caracteriza esta nova concepção da pena é que com ele se pretende unicamente um ideal de justiça, os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre arbítrio e na culpabilidade individual. A liberdade constitui um atributo indispensável da vontade, de maneira que esta não pode existir sem aquela. A pena, neste contexto, deve ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto, a pena não devia ter nenhum fim”¹³².

Os maiores expoentes deste período da teoria retributiva da pena foram Kant e Hegel. KANT qualificava a lei e a pena como imperativos categóricos, em suas palavras: “O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim”¹³³. Reforçam a explicação do que é a pena para Kant, as palavras de BITENCOURT:

“Dentro do esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a Justiça porque ‘quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra’. Essa crença no império da Justiça levou Kant à elaboração do seu conhecidíssimo exemplo: se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça”¹³⁴.

Quanto a Hegel, baseado no método da dialética, conceituou a prática ilícita como uma negação do direito e por conseqüência a pena seria uma negação da negação desta lei ofendida, pregando a proporcionalidade entre o quanto da negação do direito e a intensidade da negação da negação, que seria a pena¹³⁵.

¹³² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p. 206.

¹³³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 45.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 97.

¹³⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p. 208.

BUSATO e HUAPAYA esclarecem a diferença entre as concepções de Kant e Hegel, quanto à pena: “A diferença entre Kant e Hegel se observa na fundamentação da pena. Enquanto que Kant legitima a pena na necessidade ética da mesma, Hegel encontra seu fundamento na necessidade jurídica. Com Kant, a comissão do delito perturba a ordem moral absoluta, e com Hegel, a ordem jurídica”¹³⁶.

Hodiernamente outros autores defenderam as idéias da teoria retributiva, como por exemplo Carrara, Binding, Mezger e Welzel¹³⁷. Na visão de Juarez Cirino dos SANTOS, quatro motivos implicam na resistência e durabilidade do discurso retribucionista:

“A literatura penal possui várias explicações para a sobrevivência histórica da função retributiva da pena criminal. Primeiro, a psicologia popular, evidentemente regida pelo talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa no *olho por olho, dente por dente* constitui mecanismo comum dos seres zoológicos e, por isso, atitude generalizada do homem, esse *zoon politikon*. Segundo, a tradição religiosa judaico-cristã ocidental apresenta uma imagem retributivo-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica *retributiva* da psicologia popular - portanto, de origem mais social biológica. Terceiro, a filosofia idealista ocidental é *retributiva*: Kant (1724-1804) define a justiça retributiva como a *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato e a culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados; Hegel (1770-1831) define crime como *negação do direito* e pena como *negação da negação* e, portanto, como *reafirmação* do direito - uma antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de Jakobs, da pena como *afirmação da validade da norma* -, considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da *coação psicológica* de Feuerbach (1775-1833), porque não tratava o homem como ser '*dotado de honra de liberdade*', mas como um cão ameaçado com um bastão. Quarto, o discurso *retributivo* se baseia na lei penal, que consagra o princípio da retribuição: o legislador determina ao juiz aplicar a pena conforme *necessário e suficiente* para *reprovação do crime* (art.59, CP) - e, por essa via, o discurso retributivo também alcança a jurisprudência criminal, para qual a pena criminal é, por natureza, *retribuição* através da imposição de um mal”¹³⁸.

¹³⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p. 208.

¹³⁷ Para Carrara o fim da pena era o restabelecimento da ordem externa da sociedade. Para Binding e Mezger a pena era a imputação de um mal em retribuição ao mal realizado. Para Welzel a pena se baseava em uma retribuição justa. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. p. 74-75.

¹³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005. p. 4-5.

Como já foi antecipado, a teoria preventiva decorre dos avanços filosóficos do positivismo e mais especialmente do utilitarismo. A idéia de prevenção vem na tentativa de evitar que o crime seja cometido, usando a pena como instrumento para tanto. Esta instrumentalização foi combatida por Kant e Hegel como sendo o principal elemento para o desrespeito à dignidade humana. A finalidade da pena numa visão preventiva importaria, portanto, em evitar que o crime fosse cometido, e não simplesmente castigar aquele que o cometeu. Desde Feuerbach, a teoria preventiva da pena está dividida em duas posturas diferentes: a preventiva geral e a preventiva especial.

Inicialmente a teoria preventiva geral proveio da idéia de que a pena seria uma ameaça da lei aos indivíduos, para que estes se abstivessem de desobedecê-la, fundamentando-se em duas idéias básicas: a intimidação ou utilização do medo e na racionalidade do homem, pois só quem é racional é capaz de entender a lei e temê-la. Uma nova classificação melhor nomeou essa teoria como *preventiva geral negativa*, atribuindo sua criação a Feuerbach através de sua teoria da coação psicológica¹³⁹. Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA explica: “Según Feuerbach, misión del Estado es impedir la violación del Derecho, lo que no puede conseguir exclusivamente con un omnipresente poder físico: para anticiparse a aquélla tiene que acudir a unos resortes coativos de naturaleza psicológica. El recurso básico sería la conminación penal...”¹⁴⁰.

A teoria preventiva geral também apresenta uma face que abdicou da intimidação. A *teoria preventiva geral positiva ou integradora* usa o direito ou a pena não como um elemento de coação psicológica, e sim como um reforço das

¹³⁹ “A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, como a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada”. Continuando: “Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é pois, uma ‘coação psicológica’ com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal. Presumia-se, assim, que ‘o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psicicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p.76-77.

¹⁴⁰ “Segundo Feuerbach, missão do Estado é impedir a violação do Direito, o que não pode conseguir exclusivamente com um onipresente poder físico: para antecipar-se a aquela tem que fazer uso de uns recursos coativos de natureza psicológica. O recurso básico seria a cominação penal...”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 140.

convicções jurídicas fundamentais. Neste ensejo, novamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: “La prevención general positiva – se dice – es la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales”¹⁴¹.

A idéia de prevenção geral positiva foi desenvolvida em diferentes sistemas de Direito Penal. Günther JAKOBS¹⁴², baseado em Luhmann e Parsons, desenvolveu uma abordagem sistêmica para o Direito Penal. BUSATO e HUAPAYA completam: “Jakobs sustenta que o Direito como sistema se legitima desde sua aceitação pelo sistema social. O que se lesiona logo, não são bens jurídicos, senão a norma mesma e a conseqüente confiança institucional dos indivíduos depositada nele. A pena, portanto, chega a estabilizar a norma e a confiança que nela têm os indivíduos gerando credibilidade e fidelidade ao Direito”¹⁴³.

Claus ROXIN¹⁴⁴, num sistema funcionalista, “[...] reconhece que a finalidade da pena é a prevenção geral positiva, porquanto a pena busca a restauração da paz pública e a reafirmação das regras de convivência. Mas

¹⁴¹ “A prevenção penal positiva – se diz – é a reação estatal a atos puníveis, que ao mesmo tempo proporciona um apoio e um auxílio para a consciência normativa social, isto é, a afirmação e asseguramento das normas fundamentais”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 147.

¹⁴² “Resumindo: a proibição de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena. Assim, podemos partir da base de que uma pena inútil não pode legitimar-se de nenhum modo em um Estado secularizado; a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social – sem esta necessidade, seria por sua vez um mal inútil. Essa utilidade da pena chama-se, na terminologia da teoria jurídico-penal – que utilizaremos aqui –, habitualmente, ‘fins da pena’”. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT. 2003. p. 12.

¹⁴³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p. 238-239. Ainda sobre Jakobs: “La pena, según la teoría sistémica, cumple una función de prevención integradora (distinta de los objetivos ‘retributivos’, de prevención ‘general’ y ‘especial’ que atribuyera a la misma la dogmática tradicional). Si el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad, lo tenido por ‘bueno y correcto’, la pena ‘simboliza’ la necesaria reacción social: aclara y actualiza ejemplarmente la vigencia efectiva de los valores violados por el criminal, impidiendo que se entumescan; refuerza la convicción colectiva en torno a la transcendencia de los mismos; fomenta y encauza los mecanismos de integración y de solidaridad social frente al infractor, y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 500.

¹⁴⁴ “La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho”. ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen Garcia Cantizano. Valência/Espanha: Tirant lo Blanch, 2000. p. 34.

também reconhece na pena uma função integradora que se desenvolve com a prevenção especial. Finalmente admite a culpabilidade como um limite da pena”¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Retomando o exame da classificação anteriormente proposta por Feuerbach, as *teorias preventivas especiais* procuram atuar também diretamente sobre o autor do fato punível, sem porém, utilizar-se da coação ou da intimidação como meios para atingir seu objetivo, impedindo destarte, que o delinqüente volte a cometer um crime.

As idéias básicas sobre a teoria preventiva especial são devidas a Von Liszt, que segundo BITENCOURT, pregava a necessidade da pena em razão de “critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”¹⁴⁷.

Como ocorreu na teoria preventiva geral, aqui, na teoria preventiva especial também se desenvolveram duas vertentes, sendo uma positiva e outra negativa.

A teoria *preventiva especial positiva* é marcada pela tentativa de melhoramento do delinqüente, como Eugenio Raúl ZAFFARONI e Nilo BATISTA explicam:

“No plano teórico este discurso parte do pressuposto de que a pena é um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicofísico. Em qualquer um dos casos oculta a natureza dolorosa da pena e chega mesmo a negar-lhe o próprio nome, substituído por sanções ou medidas. Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a

¹⁴⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p. 243.

¹⁴⁶ A doutrina também classifica o posicionamento de Roxin como sendo de uma Teoria Dialética Uniformizadora, ou seja, uma teoria mista ou unificadora: “Vista, assim, toda a teoria de Roxin, no que diz respeito à justificativa das penas, percebe-se que, ao estabelecer um Direito Penal subsidiário, com a preocupação de prevenção geral (positiva e negativa), além da prevenção especial, todas limitadas pela culpabilidade, e, sendo executada a sentença, isto seria feito com a preocupação da reinserção social (respeitando os ditames constitucionais), Roxin logrou fundamentar e, a um só tempo, limitar o poder de punir do Estado. Para concluir, vale transcrever, literalmente, a sua forma de pensar: ‘... Se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual’”. FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83-84.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 80.

ideologia *re* que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena”¹⁴⁸.

A referência à ideologia *re*, feita na passagem de ZAFFARONI e Nilo BATISTA, é marca da teoria preventiva especial positiva, pois a medida da pena é pautada em ideais como a **ressocialização**, **repersonalização**, **reeducação** e **reinserção** do condenado. Existe ainda uma postura diferente para a mesma teoria preventiva especial positiva que visa à moralização do delinqüente¹⁴⁹.

A *vertente negativa da teoria preventiva especial*, apesar de agir também sob o delinqüente esperando que este não cometa outros crimes, não tem como alvo o melhoramento do condenado, e sim, sua neutralização. Mais detalhadamente explicam ZAFFARONI e Nilo BATISTA:

“As teorias da prevenção especial negativa (cujo modelo é Garofalo) atribuem à pena uma função de a) eliminação ou neutralização física da pessoa para b) conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida c) por uma disfunção, que é sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder d) na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade”¹⁵⁰.

Completando a clássica separação dos fins da pena em teorias preventivas e retributivas vieram as *teorias mistas ou unificadoras* na tentativa de agregar os aspectos da retribuição e das prevenções gerais e especiais em uma só teoria. A principal característica das soluções mistas ou unificadoras é a distinção entre “o fundamento da pena e o fim da mesma. Entendendo-se o primeiro como a base de onde se deve partir; e, o segundo, como o que se deseja com a aplicação da pena”¹⁵¹. Nas palavras de BITENCOURT: “sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao

¹⁴⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 126-127.

¹⁴⁹ “As versões moralizantes (cujo modelo é Röder) atribuem à pena a) função de melhoramento moral da pessoa para b) impulsionar o progresso ético da sociedade e da humanidade em seu conjunto diante de c) ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem um sintoma de inferioridade ética) e d) na medida necessária para superar essa inferioridade”. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. p. 116.

¹⁵⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. p. 116.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um Sistema Penal Democrático. p. 229.

Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem”¹⁵². Tem como fundamento para a medida da pena, único e exclusivamente o fato punível praticado, afastando assim a prevenção geral (função de intimidação) e a prevenção especial (evitação de criminalidade futura através de tratamento).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA explica como se dá a junção das características preventivas e retributivas:

“Se las denomina, también, en la doctrina alemana *Spielraumtheorie* o *Rahmentheorie* por el modo en que combinan las exigencias derivadas de los principios de culpabilidad y prevención: porque reclaman una pena proporcionada a la culpabilidad, en el marco de la culpabilidad, si bien dentro de este ámbito (*Raum*) admiten que puedan operar los principios preventivos; lo que a efectos de la medición de la pena significa: pena ajustada a un fin (*Zweckstrafe*), pero sólo en el marco que ofrece la retribución justa (*grechte Vergeltung*); la pena justa o, dicho de otro modo: la retribución, será el límite máximo de la prevención”¹⁵³.

Resumindo o apresentado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA aparece a frase final da citação, que é atribuída a Mir Puig, na qual a teoria da unificação é sintetizada através da máxima “a retribuição será o limite máximo da prevenção”. Nesta idéia se percebe que o único elemento intimidatório que a pena pode utilizar é a ameaça de uma pena justa¹⁵⁴.

Outras teorias que explicam o fim dado à pena podem ser apresentadas, como a *teoria negativa* ou *agnóstica* da pena de ZAFFARONI, que prega o abandono de todas as idéias até aqui expostas, chamando de falsas as teorias positivas, isto é, que atribuem um fim para a pena. E encerra o conceito de pena como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 83.

¹⁵³ “Denominam-se, também, na doutrina alemã *Spielraumtheorie* ou *Rahmentheorie* pelo modo que combinam as exigências derivadas dos princípios de culpabilidade e prevenção: porque uma pena proporcional à culpabilidade, no marco da culpabilidade, dentro deste âmbito (*Raum*) admitem que podem operar os princípios preventivos; o que em relação a medição da pena significa: pena ajustada a um fim (*Zweckstrafe*), mas só no marco que oferece a retribuição justa (*grechte Vergeltung*); a pena justa ou, dito de outro modo: a retribuição, será o limite máximo da prevenção”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 165.

¹⁵⁴ Esta idéia vem conquistando a maioria dos doutrinadores do Direito Penal, podendo-se citar como exemplos dentre os atuais seguidores de teorias mistas ou unificadoras, conforme lista presente na obra de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Merkel, Mezger, Baumann, Maurach, Schmidhäuser, Stratenwerth, Welzel, Jescheck, Roxin, Cuello Calón, Muñoz Conde, Cerezo Mir e Mir Puig. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 166 e s.

perigos iminentes”, restando à pena, por exclusão, apenas um “exercício de poder”¹⁵⁵. Ainda nesta seara BUSATO e HUAPAYA atribuem ao Estado a função de controle social do intolerável, que para tanto precisa das normas, inclusive das penais. Com este raciocínio se idealiza o fim da pena como a manutenção do controle social pelo Estado¹⁵⁶.

Como foi escrito inicialmente, o propósito da apresentação das principais teorias que explicam as finalidades propostas à pena, não era de compendiar todos os estudos existentes, ou mesmo as inúmeras críticas quanto a cada uma das teorias expostas. O escopo do presente tópico é trazer ao trabalho os elementos necessários para a compreensão da análise a ser realizada sobre o Regime Disciplinar Diferenciado. Com a mesma justificativa deste esforço, consigna-se o próximo tópico que tratará sobre Política Criminal e suas diferentes correntes, tendo como expectativa, desenhar um quadro necessário ao desenvolvimento da presente dissertação.

2.3 Movimentos de Política Criminal que influenciaram a situação nacional atual e a possibilidade de classificação da Política Criminal brasileira quanto à pena privativa de liberdade.

Antes da apresentação do conteúdo sobre as diferentes correntes de Política Criminal que influenciaram a situação brasileira atual, é lógico e necessário estabelecer o significado da categoria Política Criminal e suas conseqüências dentro da estrutura jurídica e administrativa do Estado.

Provisoriamente, e com o intuito do desenvolvimento deste tópico, cita-se o conceito operacional proposto por composição de Política Criminal, com base nos ensinamentos de Nilo BATISTA, em virtude de sua clareza e bem sucedida separação dos elementos que compõem a idéia: Política Criminal seria um apanhado de princípios e recomendações que orientam a Justiça Criminal, tanto no momento da criação das leis, como na materialização do disposto nas normas específicas¹⁵⁷.

¹⁵⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. p. 99.

¹⁵⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um Sistema Penal Democrático. p. 249.

¹⁵⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 34.

A partir desse provisório conceito se observa que a Política Criminal é a responsável por estruturar a relação existente entre o Estado, através da elaboração de leis penais e de quaisquer outras ações voltadas ao controle da criminalidade, e a população, seja esta na posição de seguidores da norma disposta ou daqueles que a desrespeitam. Através da análise de uma das esferas de atuação, ou seja, de parte do objeto de estudo da Política Criminal, observa-se que esta pode ser analisada como uma subespécie de um ramo maior, nominado Política Jurídica, que se preocupa não só em como as normas penais são elaboradas e aplicadas, e sim, tem como preocupação e objeto, o estudo, a elaboração e a aplicação de todas as formas normativas provenientes do Estado.

A dificuldade na desconstrução da categoria Política Criminal pela relação existente entre essa e a Política Jurídica e o pluralismo conceitual¹⁵⁸ desta última, implica a adoção de diferentes posturas, variando em razão do posicionamento adotado dentre as correntes do Direito. Osvaldo Ferreira de MELO aponta quatro visões diferentes sobre esse tema.

Com base no Jusnaturalismo, MELO traz a visão de Pascual Marin Perez¹⁵⁹, o único dos autores comentados por MELO, que desenvolve um conceito para Política Jurídica. Para o autor espanhol, “Política do Direito seria o conjunto de regras que determinam a vinculação do homem de governo ao Direito Natural, através da técnica jurídica e com rigorosa lealdade aos princípios ideológicos do Estado, na mais ampla acepção do vocábulo”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ “Penso que ficará demonstrado, outrossim, que a falta de acordos semânticos nessa área tem dificultado a formulação de um saber teórico sobre Política Jurídica e mesmo impedindo a sua caracterização como disciplina autônoma, com âmbito e objeto universalmente aceitos. Mas também acredito que essas dificuldades possam ser em parte superadas por um esforço de comparação e de interpretação, através do que se possam extrair os elementos comuns às diferentes noções e nos aproximarmos de sistematização, o que significa dizer que o espaço necessário à contextualidade não deve ilidir despreocupação com a universalidade”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1994. p. 23-24.

¹⁵⁹ Em síntese, a estrutura básica da teoria de Pascual Marin Perez seria assim descrita: 1 – adequação da Política Jurídica ao Direito Natural, ocasionando como decorrência a correspondência entre Direito Positivo e Direito Natural; 2 – a Política Jurídica teria a missão de substituir paulatinamente a massa legislativa que rege a sociedade por simples declarações de princípios, “ficando a regulamentação destes a cargo dos instrumentos contratuais”; 3 – outra função atribuída pelo autor à Política Jurídica seria a de “influir na clareza e na beleza das leis, no que agora parece confundir o papel da Política do Direito com o da técnica legislativa”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 27-29.

¹⁶⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 29.

O segundo autor citado por MELO foi Hans Kelsen, como representante do Positivismo. Na opinião de MELO, no momento em que Kelsen conceituou o que seria Ciência Jurídica (o direito que é), delimitou o conteúdo da Política Jurídica (direito que deve ser)¹⁶¹. Segundo o comentário de MELO, apesar de Kelsen reconhecer a autonomia da Política Jurídica, acabou relegando sua cientificidade¹⁶². Outro elemento apontado por MELO na teoria kelseniana decorreu do fato deste autor ter, em obras diferentes, especificado ainda mais o objeto de estudo da Política Jurídica¹⁶³.

Quanto aos conceitos formadores da idéia de Política Jurídica para Alf Ross¹⁶⁴, representante do Empirismo, Osvaldo Ferreira de MELO se posiciona

¹⁶¹ “Assim, na concepção de Kelsen, existem possibilidades de examinar o ‘direito que é’ (Ciência Jurídica) e o ‘direito que deve ser’ (Política Jurídica), entende-se ser sua expectativa que o pesquisador, inclinado ao estudo pertinente de uma dessas áreas autônomas, terá que buscar métodos próprios visando a ocupação do respectivo espaço metodológico. Qualquer confusão comprometeria os resultados e a perturbação na definição do objeto impediria a consecução de algo mais sério”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 35.

¹⁶² “A Política Jurídica, no contexto Kelseniano, é considerada disciplina autônoma, mas de cientificidade descartada, pois várias vezes Kelsen tomou posição extremada contra a pretensão científica daqueles que ‘crêem poder estabelecer o direito justo e assim o padrão axiológico para o direito positivo’. Embora admitisse que o legislador pudesse ter sido justo ou injusto no momento de propor a norma, esta, porém, posta no sistema jurídico, não guardaria mais nenhum nexu axiológico com o ato da criação. As normas de justiça se diferenciariam das normas do direito : pertenceriam a universos diferentes, ou seja ‘dois fenômenos diferentes que devem manter-se distintamente separados’”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 36.

¹⁶³ “Ora, na sua Teoria Pura do Direito, segundo já demonstramos, Kelsen definiu como objeto da Política Jurídica: ‘tratar do direito que deve ser e de como deva ser feito. Nessa definição tínhamos um aspecto de Política propriamente dita (buscar o Direito que deve ser) e outro de tecnologia jurídica (como deve ser feito o Direito). Na Teoria Geral das Normas, embora mantivesse a Política Jurídica no mesmo lugar epistemológico em que a colocara anteriormente, avançou quanto à caracterização de seu objeto. Por duas vezes, no mesmo trecho, descreve-o como sendo ‘tratar do direito que deve ser e de como deva ser’. *Como deva ser o Direito* remete o problema para o campo da deontologia e da teleologia. *Como deva ser feito* é mero problema da técnica de legislação, assunto do cotidiano artesanato das casas legislativas. O objeto da Política Jurídica deve então ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões: Como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças? Deverá ser ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 38.

¹⁶⁴ “Dessas reflexões conclui-se que a natureza da política jurídica não pode ser buscada num objetivo específico; tal como, por exemplo, a ciência da medicina, a ciência da agricultura ou a ciência da construção de pontes, estão organizadas em relação a um objetivo específico. Se é para a política jurídica ser uma disciplina com conteúdo próprio, a posição terá que ser a inversa. Sua natureza particular tem que se achar condicionada por um corpo particular de conhecimentos, que é relevante logo que a técnica do direito seja empregada para a solução de problemas sociais, independentemente do objetivo destes. Este corpo especial de conhecimentos só pode ser buscado no conhecimento sociológico-jurídico que versa sobre a conexão causal entre a função normativa do direito e a conduta humana ou, também poderíamos dizer, que versa sobre as possibilidades de influir na ação humana mediante o aparato das sanções jurídicas. A política

sobre a impossibilidade da redução da Política Jurídica à “sociologia jurídica aplicada ou à técnica”¹⁶⁵. Segundo MELO, para Ross, “o âmbito e o alcance da Política Jurídica, nos termos de que sua tarefa consiste em ‘lograr um ajuste suave do direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, servindo a consciência Jurídica de estrela polar’”¹⁶⁶.

Miguel Reale, adepto do Culturalismo, na visão de MELO, vê a Política Jurídica conectada à Deontologia Política, pela preocupação comum com o valor, e também com a Teoria Geral do Estado, transformando o valor em norma, identificando assim, a origem da força da norma jurídica¹⁶⁷.

A visão de Osvaldo Ferreira de MELO sobre a Política jurídica vem permeada por um humanismo, explica o autor:

“À fundamentação da Política Jurídica importa sobretudo um humanismo que tenha por base as possibilidades e interesses do homem, resultando numa postura ética universal, dentro do preconizado pelo iluminismo que desenhou a utopia da autonomia do homem e da sociedade”. [...] “Por outro lado, esse humanismo deve ser reconceituado neste período de transmodernidade como sendo a busca de harmonia entre direitos e deveres não só na convivência humana, mas na relação do homem com os outros seres vivos, visando a equilibrar ambos os sistemas fundamentais: o sócio-político e o biológico, no mais amplo sentido de universalidade”¹⁶⁸.

O autor apresenta como alvo a ser atingido, uma norma jurídica permeada pelo humanismo, ética e justiça, tendo como objetivo remoto, um futuro melhor para a sociedade. Osvaldo Ferreira de MELO enuncia várias etapas necessárias

jurídica é sociologia jurídica aplicada ou técnica jurídica”. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003. p. 377.

¹⁶⁵ “Na verdade, Política não se confunde nem com Filosofia nem com Ciência, pois cada uma dessas áreas de investigação delimita-se em espaços próprios. Uma Política, seja educacional, econômica, jurídica ou outra qualquer, é sempre um conjunto de estratégias visando alcançar determinados fins”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 40.

¹⁶⁶ “O papel do jurista como político do direito... se limita a por seus conhecimentos e habilidades à disposição de outros, neste caso, daquele que têm as rédeas do poder político”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 49.

¹⁶⁷ “Para Reale ‘merece atenção o fato de a Política Jurídica figurar como parte culminante da Teoria do Estado, tanto no campo do saber político, quanto no do saber jurídico; é que ela representa o ponto de intercessão ou de interferência das duas pesquisas no plano empírico-positivo, como prudência legislativa e jurídica’. Assim, segundo o renomado pensador: ‘Propor-se a questão dos critérios de oportunidade e de conveniência que circunscrevem ou devem circunscrever o arbítrio do legislador quando, *in concreto*, o Poder converte um valor do Direito em regra de direito e, conseqüentemente, confere a uma proposição jurídica a força específica da norma jurídica, é tarefa que se contém na esfera empírica da Política do Direito, sem ultrapassar o âmbito das generalizações, tanto do ponto de vista causal como do teleológico’”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 47.

¹⁶⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 65-66.

à elaboração dessa norma mais humana, configurando o que o autor veio a chamar de “momentos jurídico-políticos na produção da norma”:

“Creio que se possam distinguir quatro momentos característicos. O primeiro deles significa a fase pré-normativa em que se ressalta uma investigação nas manifestações da consciência jurídica, como tentativa de detectar a ocorrência da adesão ou de repulsa social com referência a fatos e, se for o caso, às normas correspondentes. Também se verificará a existência ou não de representações jurídicas que possam orientar o Político do Direito. O segundo momento é o das convicções que se formam na mente do Político Jurídico, a partir das constatações havidas na fase anterior e devidamente testadas com a realidade, a racionalidade e os fundamentos éticos. O terceiro momento é o das proposições, o que acontece quando as convicções impulsionam o Político Jurídico à práxis. Interligando ao anterior, o quarto momento é o da cuidadosa arquitetura das normas propostas, para que a idéia, o conteúdo, a essência, não sejam prejudicados pela forma imperfeita”¹⁶⁹.

Essa abordagem humanista de MELO interessa especialmente ao presente trabalho em razão da criação de uma relação entre a produção legislativa e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹⁷⁰, sendo uma das bases teóricas utilizadas em futuro tópico para análise do Regime Disciplinar Diferenciado.

É possível notar, a partir do conceito provisório de Política Criminal elaborado no início deste tópico, a clara relação com a idéia de Política Jurídica, mesmo se se partir de uma simplificação desta idéia para uma preocupação com a elaboração e aplicação das leis. Assim, a Política Criminal, numa esfera jurídica, é a responsável pela criação e aplicação da parte da legislação correspondente às leis de natureza penal, compreendidas no ordenamento. Mas e na outra parte, isto é, naquela que compreende as ações de concretização do disposto na legislação? Em razão destas ações não se manifestarem somente através de normas jurídicas, não se pode simplificar a Política Criminal apenas à Política Jurídica, restando abordar a Política Criminal também sob a ótica da Política Pública.

¹⁶⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 20.

¹⁷⁰ “Refletindo sobre os chamados novos direitos, procuramos sugerir alguns caminhos metodológicos que possam colocar a Política Criminal a serviço da produção de normas que, sem prejuízo da liberdade de investigação científica, garantem a dignidade do ser humano”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 17.

Marcos Falcão CRITSINELIS formula o seguinte conceito para Políticas Públicas:

“Políticas públicas, por sua vez, compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores para a satisfação de demandas por intermédio da ação governamental e contam com a participação de atores políticos que recebem o apoio ou a pressão de outros atores privados: os burocratas, os tecnocratas, os trabalhadores sindicalizados, as organizações e outras instituições que compõe o quadro social”¹⁷¹.

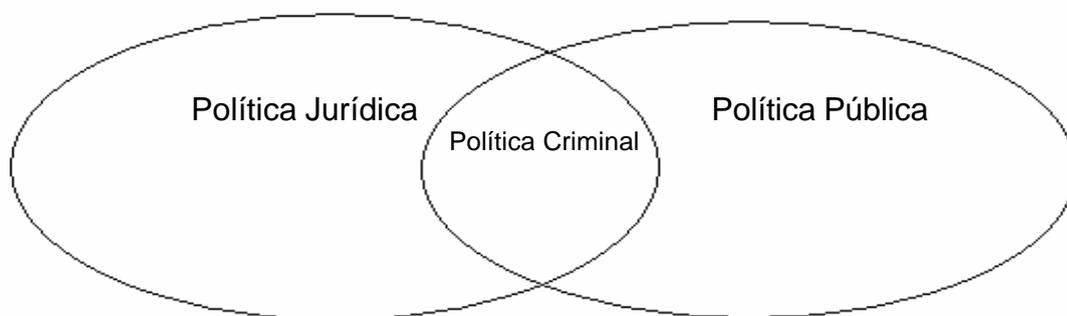
A Política Pública, de uma forma simplificada, abarcaria algumas relações entre o Estado e os particulares, que poderiam ou não estar reguladas pela legislação¹⁷². Seriam as outras formas de manifestação do Estado, que não através da elaboração ou aplicação de uma norma jurídica. Como exemplos dessas ações poder-se-ia citar os programas e planos instituídos pelo Poder Executivo para melhorar aspectos da saúde, educação, segurança e infraestrutura. Um exemplo desse tipo de ação no âmbito da Política Criminal é dado por BUSATO e HUAPAYA, a partir de Zugaldía Espinar, que com base em uma simples mudança na iluminação pública, não originária de uma norma jurídica, é possível se ter efeitos quanto aos índices de criminalidade¹⁷³.

Simplificando a relação proposta entre a Política Jurídica, Política Pública e a Política Criminal pode-se fazer uso da seguinte representação gráfica:

¹⁷¹ CRITSINELIS, Marco Falcão. **Políticas públicas e normas jurídicas** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 43.

¹⁷² “A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. [...] A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259.

¹⁷³ Os autores citam o seguinte exemplo: “A prevenção do delito pode lograr-se através dos mecanismos extrapenais. É paradigmático, neste sentido, um caso ocorrido na Inglaterra: as trabalhadoras de uma empresa situada nos arredores de uma determinada vila se viam obrigadas a ir trabalhar antes do amanhecer atravessando um longo descampado escuro. Os delitos de estupro dos quais eram vítimas muitas delas ocasionaram manifestações reclamando para os violentadores a pena de morte. Os estupros se cortaram pela raiz, contudo, iluminando o descampado de acesso ao lugar de trabalho”. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p. 18.



Além do conceito operacional de Política Criminal já citado inicialmente, cabem ainda acostar outros conceitos para se observar os diferentes ângulos por quais se podem visualizar a Política Criminal.

Para BUSATO e HUAPAYA: “Por um lado, a política criminal pode ser entendida como uma **atividade do Estado**, e por outro lado, se pode considerar como uma **atividade científica**, que tem como objeto o estudo da postura política assumida pelo Estado em todas as fases de sua atividade relacionada com o crime”¹⁷⁴. Para Juarez Cirino dos SANTOS: “A Política Criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade – uma definição comum em textos contemporâneos de Criminologia –, enquanto o Direito Penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação – conceito generalizado em textos de Direito Penal”¹⁷⁵. Jorge de Figueiredo DIAS concebe a Política Criminal como a “definição das estratégias de controle social do fenômeno da criminalidade”¹⁷⁶. Mireille DELMAS-MARTY, com base em Feuerbach, explica que a “... a política criminal compreende o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como ‘teoria e prática das diferentes formas de controle social’”¹⁷⁷. Alessandro BARATTA vê o conceito de Política Criminal como complexo e problemático, e que não pode mais considerá-lo apenas quanto ao controle da criminalidade, devendo se

¹⁷⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um Sistema Penal Democrático. p. 17.

¹⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005. p. 1.

¹⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. p. 23.

¹⁷⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 3-4.

estender ao controle das conseqüências da criminalidade, ou seja, buscar a prevenção de uma forma “proactiva”¹⁷⁸.

A partir dos conhecimentos apresentados sobre a noção de Política Criminal é possível identificar certas correntes internacionais que influenciaram sobremaneira a evolução e a situação atual da legislação penal brasileira. Sem a pretensão de esgotar as influências externas das diferentes Políticas Criminais passa-se a visualizar algumas das correntes que servirão de base para a melhor compreensão do advento do Regime Disciplinar Diferenciado.

2.3.1 Principais correntes de Política Criminal

Dentre as principais correntes de Política Criminal que influenciaram a condição atual brasileira pode-se citar a Nova Defesa Social, Lei e Ordem, bem como, sem serem considerados correntes propriamente, o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal do Inimigo. Outras correntes de Política Criminal, como a Abolicionista, ainda não tiveram impacto no ordenamento brasileiro.

A Nova Defesa Social surgiu em 1945, com Fellipo Gramatica, na Itália, com o nome de Defesa Social, sendo rebatizada com o adjetivo somente em 1954¹⁷⁹. Discussões entre os membros promoveram uma cisão interna, isolando o criador Gramatica em uma postura mais radical, marcada pela “abolição do crime (como fato), que substituía por índices de anti-socialidade subjetiva e seus ‘graus’”¹⁸⁰. O principal nome da postura mais ponderada da Nova Defesa Social foi Marc Ancel. Explica Flávio Renato MARCÃO: “Segundo seus postulados não visa punir a culpa do agente criminoso, apenas *proteger a sociedade* das ações

¹⁷⁸ “Los elementos que caracterizan a esta renovación en la teoría y práctica de la prevención ‘proactiva’ (para distinguirla de la ‘reactiva’, propia de la pena) son sobre todo dos: por un lado, el ingreso de la comunidad local en esta estrategia y, consecuentemente, la pluralidad de organismos que participan en el nivel local y nacional. Esto significa que el liderazgo no corresponde automáticamente a los cuerpos de policía, aunque este nuevo movimiento ha surgido, en parte desde una reflexión en el interior de aquélla. Por otro lado, la extensión de las acciones preventivas no está limitada a las variables situacionales y sociales de infracciones a la ley penal, sino que también se dirige, por lo menos de modo potencial, hacia conductas y situaciones no formalmente delictivas que se pueden calificar, utilizando un término francés, como *incivilités* (conductas incivilizadas)”. BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Dirección de Carlos Alberto Elbert. Buenos Aires/Argentina: B de F Editorial, 2004. p. 162.

¹⁷⁹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello. **Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo** – aspectos. In Sistema Penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Organização de João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 66.

¹⁸⁰ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de Criminologia e Política Criminal**. São Paulo: EDIPRO, 1994. p. 13.

delituosas. Essa concepção rechaça a idéia de um direito penal repressivo, que deve ser substituído por sistemas preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, postulando não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa”¹⁸¹.

Nota-se que a Nova Defesa Social reavivou a humanização da pena pregada pelo Iluminismo, combatendo o simples caráter de vingança, colocando o homem como o sujeito e não objeto, a ser tratado por medidas não necessariamente penais¹⁸².

É difícil precisar a influência da Nova Defesa Social na legislação brasileira, pois os mais importantes diplomas que compõem o sistema penal pátrio, Código Penal e de Processo Penal, são anteriores ao surgimento dessa corrente, ou seja, de 1940 e 1941, respectivamente. Da mesma forma, a distância temporal para a elaboração da Lei de Execução Penal, já na década de 80, não trouxe uma influência nominal ou direta da Nova Defesa Social, porém não relegou os reflexos das bandeiras levantadas nas décadas anteriores. Como exemplo pode-se citar a menção ao humanismo e a condição do preso como sujeito de direitos¹⁸³.

¹⁸¹ MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>. Acesso em: 10 de outubro de 2005. (publicação sem número de páginas).

¹⁸² “Resumindo, portanto, a Nova Defesa Social, sem o radicalismo de seu início, tem por escopo, modernamente, uma política criminal de natureza humanitária, ancorada em profunda base científica, que dá ao Direito Penal caráter preventivo e protetor de dignidade humana”. PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de Criminologia e Política Criminal**. p. 15. E ainda Evandro Lins e Silva: “A nova Defesa Social é, atualmente, um movimento dinâmico e propagador das idéias que surgem e se entrecruzam nos domínios da ciência penal. É inegável o seu papel como estímulo e emulação para os estudos, pesquisas e observações em torno dos problemas criminais, dentro de um amplo espectro, seja no direito e no processo penal, seja sobretudo na definição de uma política criminal garantidora do respeito aos direitos humanos. Ele é a expressão moderna das conquistas da Revolução Francesa e da antevisão genial de Beccaria. Nas palavras de Marc Ancel, ‘o movimento moderno da política criminal de defesa social nasceu de uma reafirmação dos Direitos do Homem, da dignidade do ser humano e de sua proteção efetiva na comunidade social... ele é a resultante por sua vez da corrente libertadora e humanitária de 1789 e da tradição cristã em sua vocação humanista’”. LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica**. In Sistema Penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Organização de João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 33.

¹⁸³ No item 21 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal consta a alusão à mudança do preso, de objeto, para sujeito de direitos: “O Projeto torna obrigatória a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma restrita percentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desporto”. Já no item 22, faz menção à humanização: “Como reconhece Hilde Kaufman ‘la ejecución penal humanizada no sólo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada

Com vistas à falência do modelo apresentado pela Nova Defesa Social, o qual tentava a implantação da prevenção especial positiva como principal fim da pena, o movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) surge manifestando como principal característica a atribuição apenas da função de retribuição à pena privativa de liberdade, deixando para trás anos de evolução teórica e científica. Um dos principais argumentos utilizados era quanto à falência da noção de tratamento e recuperação do criminoso¹⁸⁴. O tempo e o local de origem do movimento da Lei e Ordem foram a década de 70 nos Estados Unidos, que vivia um drástico aumento nos índices de criminalidade, o que veio a culminar no retorno da pena de morte em 1976¹⁸⁵.

Paulo Roberto da Silva PASSOS elenca as principais características do movimento Lei e Ordem:

“Sob a ótica do Movimento da Lei e Ordem, a pena se justifica como castigo e retribuição; os chamados crimes atrozes devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa); as penas privativas de liberdade, decorrentes de crimes violentos, deverão ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele reservado aos demais condenados; a prisão provisória deve constituir-se em resposta imediata ao crime, e deverá haver diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que deverá ficar a cargo exclusivo das autoridades penitenciárias”¹⁸⁶.

Num movimento subsequente ao apresentado pela Política Criminal da Lei e Ordem, outras posturas seguiram a mesma linha, porém com abordagens um

atenta precisamente contra la seguridad estatal’ (Principios para la reforma de la ejecución penal, Buenos Aires, 1977, p. 55)”.

¹⁸⁴ Hassemer e Muñoz Conde apresentam, em resumo, as seguintes causas para a falência da idéia do tratamento: a) ao invés da recuperação proposta, o encarcerado é inserido em uma subcultura que deturpa ainda mais seus valores, causando um distanciamento ainda maior do comportamento própria à vida em sociedade; b) a escassez dos meios aplicados à estrutura penitenciária, que mesmo em países como os EUA, não suportaram os custos de um tratamento em massa da população carcerária; c) como socializar aquele indivíduo, que em razão da crise econômica e da dificuldade de conseguir um emprego, comete um crime contra o patrimônio? Mesmo após um tratamento visando a reforma do comportamento do indivíduo, a conjuntura econômica que serviu de impulso para o cometimento do crime vai continuar existindo. E finalizam os autores: “Este es, pues el único sentido que puede tener hoy el tratamiento penitenciario: Procurar la no desocialización del delincuente, evitando los defectos desocializadores que son inherentes a toda privación de libertad”. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência/Espanha: Tirant lo Blanch, 1989. p. 156-159

¹⁸⁵ ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004. p. 97.

¹⁸⁶ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de Criminologia e Política Criminal**. p. 37.

pouco diferentes. Hodiernamente se fala em “Tolerância Zero”¹⁸⁷, que tem sua matriz científica na chamada *Broken Windows Theory* (Teoria das Janelas Quebradas), que seria baseada na idéia de que se ninguém conserta uma janela quebrada, é sinal de que ninguém dá importância para o local; logo, outras janelas serão quebradas¹⁸⁸. A base da Teoria das Janelas Quebradas está num artigo de autoria de James Wilson e George Kelling, no qual foi formulada a seguinte premissa: a desordem e o crime estão ligados em um desenvolvimento seqüencial¹⁸⁹.

No “pacote” vendido como “Tolerância Zero” os atos de mendicância, as infrações até então relevantes apenas no âmbito administrativo e os pequenos delitos passam a ser punidos severamente, visando que esses atos não evoluam para uma criminalidade maior. Para aquelas condutas que não configuravam crimes são elaboradas leis penais, para as condutas que já estavam no ordenamento penal, a pena é agravada, e para aquelas que já compreendiam pena grave, o regime prisional é recrudescido ou a pena de prisão é transformada em pena de morte.

¹⁸⁷ “A espetacular queda do crime em Nova York é apontada como prova irrefutável de que a teoria funciona. Entretanto, ela diz muito pouco, senão nada, sobre a *Broken Windows Theory*. Basta ver que outras grandes cidades ao longo dos EUA experimentaram uma queda notável da criminalidade ao longo dos anos 90. Muitas delas – incluindo Boston, Houston, Los Angeles, St. Louis, San Diego, San Antonio, San Francisco e Washington, D.C. – com índices maiores que os de Nova York, sem que tivessem implementado a mesma política. Nova York teve uma queda de 51% na taxa de homicídios no período de 1991 a 1996; Houston, 69%; Pittsburgh, 61%; Nova York ficou em quinto lugar (Joanes, 1999, p. 303). O que é marcante é que nenhuma dessas cidades implantou a política Wilson e Kelling. Algumas, aliás, fizeram o contrário. (...) Mais importante, todavia, é notar que a política de Tolerância Zero não foi a única implantada em Nova York, sendo que outros fatores contribuíram para a queda nos índices de crimes no período de 1993 a 1998: a duplicação do número de policiais nas ruas; a mudança no consumo de crack para heroína; um orçamento do NYPD de 2,6 bilhões de dólares; condições econômicas favoráveis nos anos 90; novos sistemas computadorizados; a queda no número de jovens de 18 a 24 anos e a prisão de grandes gangues de traficantes (Karmen, 1996; Fagan, Zimring e Kim, 1998; Butterfield, 1998). Punindo o desordeiro, estar-se-ia estabelecendo um padrão, uma norma social com o recado do que é certo e do que é errado e de que este último não é aceitável numa sociedade “normal”. Isso poderia ter, como argumento, alguma validade – mas não tem! – se houvesse perfeita transmissão e, nela, recepção, o que não ocorre nos EUA e muito menos no Brasil, onde a estatística oficial garante a presença, para começar, de dezessete milhões de analfabetos”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?**. (publicação sem número de páginas). Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=974>. Acesso em: 15 de outubro de 2005.

¹⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?**. (publicação sem número de páginas).

¹⁸⁹ RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>. Acesso em: 07 de abril de 2006. (publicação sem número de páginas).

Um bom exemplo brasileiro de manifestação do movimento da Lei e Ordem é a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)¹⁹⁰, que analisada em números por Gevan ALMEIDA, faz notar que no período de 1997 a 1999, crimes como o latrocínio, considerado hediondo pela lei, aumentou 230,1%, enquanto que o homicídio aumentou no mesmo período apenas 1,8%, possibilitando a observação que mesmo com uma lei mais rígida e uma pena mais grave, o latrocínio, que tem conotação patrimonial, aumentou muito mais do que o homicídio, um crime de sangue que não contém enfoque patrimonial. Da mesma forma o roubo aumentou 104,3%, enquanto a quantidade de estupros não variou em número suficiente para atingir 0,1%¹⁹¹. Convém questionar se mesmo com um segundo agravamento das penas, se a situação econômica continuasse a piorar, o número de roubos e latrocínios iria diminuir?¹⁹²

Outra das correntes de Política Criminal presente mais fortemente na doutrina internacional é o Abolicionismo. Baseado nas críticas quanto à inexistência do crime como uma realidade ontológica, na seletividade do Direito Penal, na ineficiência na aplicação da pena privativa de liberdade como medida de Política Criminal e na marginalização da vítima, autores como Thomas Mathiesen, Nils Christie, Eugenio Raúl Zaffaroni e Louk Hulsman propõem a abolição do Sistema Penal como se configura hoje¹⁹³. No Brasil autores como Edson Passetti, Nilo Batista e Maria Lúcia Karan propagam as idéias desse movimento, que por implicar em mudanças radicais quanto à forma de solução dos conflitos na sociedade e na própria formatação da estrutura social, não se

¹⁹⁰ “Destarte, passamos a conviver com algumas leis que representam um verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, verdadeira concessão aos postulados do movimento da *law and order*, que defende medidas drásticas no combate à criminalidade, como, por exemplo, penas severas, que deverão ser cumpridas em regime fechado, proibição de liberdade provisória e o desprezo de certos direitos e garantias processuais. O exemplo mais significativo dessa tendência é a Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos...”. ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal: e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 97.

¹⁹¹ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal: e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. p. 98.

¹⁹² “... numa verdadeira concessão ao movimento da *law and order*, diante da pressão dos meios de comunicação social que clamavam pela adoção de medidas mais severas no combate à crescente onda de crimes violentos, principalmente a extorsão mediante seqüestro, deu ensejo a que fosse editada a Lei nº 8.072/90, conhecida como a lei dos crimes hediondos, obra prima de direito penal simbólico, que visa dar uma satisfação à opinião pública, sem, contudo alcançar qualquer resultado prático na redução dos índices de criminalidade”. ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal: e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. p. 116.

¹⁹³ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal: e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. p. 13-15.

tem notícias sobre qualquer manifestação por parte do Estado, em substituir o Direito Penal por quaisquer outras alternativas propostas pelo abolicionismo para a solução dos conflitos na sociedade¹⁹⁴.

Uma postura menos radical do que a abolicionista é apresentada por aqueles que defendem um Direito Penal Mínimo. Que não seria propriamente uma Política Criminal, e sim, uma forma de Sistema Jurídico adotado pelo Direito Penal, gerando o que os doutrinadores chamam de Sistema Penal¹⁹⁵. O que norteia o Sistema Penal são medidas voltadas ao controle da intervenção do Estado nos direitos individuais, através da legislação penal; quando o Estado tem uma atitude de desrespeito aos direitos individuais e às leis em geral no afã de punir todo e qualquer suspeito de prática de crime, se tem um Sistema Penal denominado de Direito Penal Máximo; quando o Estado tem uma atitude de respeito aos direitos individuais e às leis em geral preferindo não punir um suspeito, a ofender tais dispositivos, se tem um Sistema Penal denominado de Direito Penal Mínimo. Nas palavras de Luigi FERRAJOLI:

“Está claro 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 seus pressupostos. [...] A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias”¹⁹⁶.

A doutrina é uníssona quanto à necessidade do Direito Penal Mínimo em dar grande importância ao estabelecido nos denominados princípios da

¹⁹⁴ HULSMAN, Louk. **Alternativas à justiça criminal**. In Curso livre de abolicionismo penal. Organizador: Edson Pessetti. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 35-68.

¹⁹⁵ “Por sistema penal entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção”. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. p. 60.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Juarez Tavares; *et alii*. São Paulo: RT, 2002. p. 83-85.

legalidade, intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade), humanidade, lesividade, culpabilidade e jurisdicionalidade¹⁹⁷.

Gevan ALMEIDA cita, o que considera, as principais medidas empregadas para a efetivação de um sistema de Direito Penal Mínimo: a) **descriminalização**¹⁹⁸ pela qual são afastados os tipos penais que já não são considerados tão lesivos pela sociedade, não merecendo um tratamento do Direito Penal, pela possibilidade de adequada resolução por outros instrumentos; b) **descarcerização**¹⁹⁹, limitando a prisão cautelar aos casos de extrema necessidade, afastando as prisões ilegais ou aquelas provenientes da pressão da mídia; c) **despenalização**²⁰⁰, aplicação da pena privativa de liberdade como último recurso, e sempre que possível, apelar para outras formas de punição.

Como manifestações do Direito Penal Mínimo no ordenamento pátrio se podem citar alguns exemplos. A descriminalização²⁰¹ pôde ser observada de forma inédita no histórico recente do atual Código Penal, com a Lei 11.106 de 28 de março de 2005, que revogou alguns tipos penais, como os que previam os crimes de sedução, de rapto violento ou mediante fraude e o consensual, bem como o mais famoso dentre estes, o adultério.

Quanto à adoção de medidas que implicariam na descarcerização, a própria deficiência estrutural do Sistema Penitenciário brasileiro está se encarregando da implantação. Nota-se que é tão grande o *déficit* de vagas no Sistema Penitenciário nacional para presos já condenados, que não se teria lugar

¹⁹⁷ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal**: e seus Reflexos na Legislação Brasileira.p. 23-35.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal**: e seus Reflexos na Legislação Brasileira.p. 77.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal**: e seus Reflexos na Legislação Brasileira.p. 77.

²⁰⁰ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal**: e seus Reflexos na Legislação Brasileira. p. 80-81.

²⁰¹ Mireille DELMAS-MARTY acrescenta uma diferenciação entre a descriminalização de jure e de facto: “A discriminação de jure, designada no relatório do Conselho da Europa como descriminalização de modelo A, tem por objetivo ‘o pleno reconhecimento jurídico e social do comportamento descriminalizado’ e implica ‘o reconhecimento de um direito legítimo a um modo de vida que era anteriormente contrário à lei’. A título de exemplo, o Relatório do Conselho da Europa cita a descriminalização das relações homossexuais entre adultos com consentimento, o que representa, em alguns países, a ‘abolição de uma discriminação’. Se o corpo social estiver pronto para admitir a mudança, sobretudo se esta só for imposta após um período de discriminação de facto (renúncia aos processos penais, ab-rogação de fato da lei penal), o movimento será direito, do modelo oficial estatal ao ponto 0, e constituir-se-á, ao mesmo tempo, em uma descriminalização no sentido pleno”). DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. p. 395.

para inserção de mais presos provisórios. Ocorre que a legislação não aponta nesse sentido. Com a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003) foi criada uma situação que agravará em muito a superlotação existente nas cadeias públicas e distritos policiais, locais teoricamente reservados para o recolhimento dos presos provisórios. Com a inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo (art. 14) e disparo de arma de fogo (art. 15) trazida pelo Estatuto do Desarmamento, o preso em flagrante só ganha o direito de liberdade após a sua absolvição, aumentando drasticamente a população de presos provisórios. Observa-se neste ponto, um caminhar no sentido contrário ao da implantação da descarcerização proposta pelo Direito Penal Mínimo.

Como medidas de despenalização²⁰² implantadas no Brasil podem ser citadas a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995) que instituiu a transação penal e a suspensão condicional do processo e a Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998) que ampliou a possibilidade de substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito (artigos 43 e 44 do Código Penal Vigente).

Utilizando-se de alguns dos norteadores do Direito Penal Mínimo, aparece a Teoria do Garantismo Penal idealizada por Luigi FERRAJOLI. O Garantismo Penal tem sua base formada por dez princípios elencados por FERRAJOLI:

“1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade”²⁰³

Fazendo uso novamente das palavras de FERRAJOLI, para explicar a citação, esses “...dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão lingüística – o modelo *garantista* de

²⁰² Por Despenalização, Raúl CERVINI entende “... o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Eliana Granja, et al. São Paulo: RT, 1995. p. 75.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p. 75.

direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”²⁰⁴.

Na visão do autor da Teoria Garantista do Direito Penal, a pena de prisão é observada como um instrumento na mão do Estado, mais uma das medidas de controle social utilizadas para a manutenção da estrutura da sociedade. Apesar da passagem remeter à situação italiana e ao combate à máfia, FERRAJOLI analisa a situação da pena de prisão no contexto da política criminal da Itália, sendo cabível tal crítica à realidade brasileira e à legislação de emergência produzida para o “combate à criminalidade organizada”:

“O cárcere – além da espetacularidade dos grandes processos, e também pela enorme quantidade de sujeitos atingidos pela justiça penal – é, em suma, e cada vez mais, um instrumento de controle e de repressão social reservado aos marginalizados. Dependentes químicos, imigrantes e jovens subproletários são, em número crescente, os destinatários principais da reclusão, por causa do aumento da desocupação, de pobreza, da simultânea crise do Estado do bem-estar e de suas prestações assistenciais e, por outro lado, da crescente onda repressiva que anima a opinião pública mobilizada contra os fracos e diferentes. Contra esses a justiça penal é extraordinariamente rápida e ‘eficiente’. Também porque o clima de emergência em que vivemos nos últimos 20 anos, juntamente com o consenso adquirido pela magistratura nos inquéritos contra a grande criminalidade, legitimaram nestes anos o fim de todas as garantias, especialmente as da defesa, e avalizaram, sobretudo no confronto com a microcriminalidade marginal, práticas sumárias e apressadas”²⁰⁵.

Importante salientar a postura existente na doutrina estrangeira, dentro de uma perspectiva funcionalista-sistêmica, que também pode ser utilizada para a fundamentação e justificação da mudança legislativa que implantou o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento brasileiro. A concepção do Direito Penal como Direito Penal do Risco, manifestada pela sua faceta mais radical, isto é, pelo Direito Penal do Inimigo, assim batizado por Günther Jakobs²⁰⁶.

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 75.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Tradução de Carlos Arthur Hawker Costa. In *Discursos Sediciosos* ano 7 número 12. Rio de Janeiro: Revan/ ICC – Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 34.

²⁰⁶ “O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se

A abordagem do Direito Penal do Risco é baseada nas considerações de que a modernidade trouxe a tecnologia, e esta trouxe a imprevisão e a insegurança quanto as suas aplicações, formatando o que se pode chamar de uma sociedade de riscos²⁰⁷. A existência dessas variáveis implicou na necessidade de se prever os riscos envolvidos em cada decisão tomada²⁰⁸. A administração entre a insegurança e a aceitação dos riscos criou na sociedade uma necessidade de proteção quanto a essas decisões tomadas, nas quais o risco assumido não se limita à esfera individual, e sim, é dividido por todos. Dessa necessidade moderna da sociedade de se proteger quanto às decisões que implicam em alto risco, surge o Direito Penal do risco²⁰⁹. Nas palavras de Paulo Rodrigo Aflen da SILVA:

“Este direito penal do risco se caracteriza, em primeiro lugar, principalmente pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado *não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, se*

descrever o direito do risco como um ‘direito que já passou a ser do inimigo’, como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como fez Günther Jakobs mais recentemente”. PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32.

²⁰⁷ “Os riscos modernos atingem justamente aqueles campos nos quais se executa a modernização da nossa vida, campos que expandem e em uma boa parte ainda são desconhecidos: a globalização da economia e da cultura, o meio ambiente, as drogas, o sistema monetário, a migração e integração, o processamento de dados, a violência por parte dos jovens. Em todos esses campos pode ocorrer um colapso de sistemas, que leva a conseqüências imprevisíveis e provavelmente não se pode evitar esse colapso”. SILVA, Paulo Rodrigo Aflen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

²⁰⁸ “Em 1986, Luhmann havia observado o fato de que, até então, fora da literatura sociológica, era muito comum (üblich) definir o *risco* como a medida de um perigo. Mas como tal entendimento deixava em aberto os motivos nos quais se baseava o *perigo*, de modo que o desastre natural e o tecnológico contavam com a mesma medida, procurou distinguir rigorosamente perigo e risco, considerando assim o perigo como qualquer possibilidade considerável de um prejuízo, ressaltando, por outro lado, que ‘deve-se falar de risco somente quando a própria decisão é um motivo indispensável da possível ocorrência de um prejuízo, quando, portanto, com uma outra decisão este prejuízo não ocorreria’, Com isso a ‘decisão’ passou a ser pressuposto de um risco e, igualmente, como vivemos sob o estímulo de decisões arriscadas, a sociedade inteira passou a se orientar pela idéia de risco”. SILVA, Paulo Rodrigo Aflen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. p. 76-77.

²⁰⁹ “O Direito penal de nossos dias se depara com uma imensa dificuldade: a evolução tecnológica exponencial levou à sensibilização intensa de determinados setores da sociedade aos riscos causados por estas tecnologias. Daí deriva um clamor intensificado pela intervenção penal onde se uniformizam os discursos oriundos de distintas orientações políticas. Assim ocorre, por exemplo, nos delitos informáticos, nos delitos socioeconômicos e nos delitos contra o ambiente”. BUSATO, Paulo César. **O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica**. In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: http://www.pqi.ma.gov.br/ampem/O_Direito_penal_e_os_paradigmas_da_revolu_o_t_cno_l_gica.p_df. Acesso em: 22 de março de 2006.

*criminaliza para que seja considerado como socialmente desvalorado. Assim, enquanto no direito penal clássico as condutas não eram criminalizadas mal per se, mas eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, no direito penal do risco, ao contrário, proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas. Isso decorre do fato de que o Estado, de garantidor da segurança jurídica, torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos. [...] Em segundo lugar, a motivação ética desta nova criminalização raras vezes tem a ver com comportamentos violentos, mas sim com comportamentos cujas conseqüências transcendem à criminalidade clássica violenta e cuja 'perigosidade' (Gefährlichkeit), aliás, não é algo evidente*²¹⁰.

Como mencionado por Cornelius PRITTWITZ, o “Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a conseqüência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada”. Compreende a abolição de direitos fundamentais conquistados, especialmente daqueles que formam a proteção do indivíduo contra os abusos do poder manifestado através da aplicação do Direito Penal, em nome de uma separação dos membros da sociedade, entre cidadãos e inimigos. E quem seria esse inimigo para Jakobs? Essa mesma pergunta aparece na tese de doutorado de Alejandro APONTE:

“Pero, en este contexto, surge una pregunta central: ¿cuál es el enemigo? Jakobs identifica al enemigo como aquél que no sólo de manera casual en su comportamiento (el delincuente sexual, el antiguo delincuente habitual o peligroso – suprimido por la reforma del 25 de julio de 1969, en su ocupación profesional –, el que está inmerso en la delincuencia económica, en la delincuencia organizada y, especialmente, en el tráfico de drogas e en el antiguo concierto para cometer asesinato). Es decir, se trata de aquel que en forma presuntamente verdadera ha abandonado el derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y que lo manifiesta explícitamente con su conducta”²¹¹.

²¹⁰ SILVA, Paulo Rodrigo Aflen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. p. 83.

²¹¹ “Mas, neste contexto, surge uma pergunta central: qual é o inimigo? Jakobs identifica o inimigo como aquele que ‘não só de maneira casual em seu comportamento (o delinqüente sexual, o antigo delinqüente habitual ou perigoso – suprimido pela reforma de 25 de julho de 1969, na sua ocupação profissional –, o que está imerso na delinqüência econômica, na delinqüência organizada e, especialmente, no tráfico de drogas e no antigo acordo para comente homicídio). Isto é, se trata daquele que na forma presumidamente verdadeira tenha abandonado o direito, que não garante o mínimo de segurança cognitiva de seu comportamento pessoal, e que o manifesta explicitamente com sua conduta”. APONTE, Alejandro. **Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25.

Sobre a influência de um Direito Penal do Inimigo na produção legislativa, cabe citar a opinião de PRITTWITZ afirmando que o “dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito”²¹². Assim agindo, criam-se inimigos a serem combatidos.

A doutrina internacional, exemplificada aqui por Jesús-María Silva SANCHES, diagnostica a Política Criminal da atualidade como apresentando um Direito Penal em expansão²¹³, desvalorizando os direitos fundamentais em nome da luta contra as novas manifestações do crime:

“Meu prognóstico é que, de fato, o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Nesse ponto, destarte, o Direito Penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção”²¹⁴.

Traçar um quadro preciso sobre as diferentes Políticas Criminais que impulsionaram a evolução da legislação nacional é tarefa complexa e incompatível com o espaço reduzido de um tópico num trabalho dissertativo. Contudo, perfunctoriamente, o resultado parcial encontrado através da análise dos apontamentos realizados desenha uma tela com traços de diferentes pintores, que deixaram suas marcas em diferentes tempos. Como a legislação tem origem em diferentes épocas, com diferentes contextos sociais e políticos, seria lógico encontrar diferentes influências, que direcionariam a evolução para caminhos diversos e discrepantes. Curioso é o fato de, na atualidade, se ter manifestações tão contraditórias em períodos tão curtos, demonstrando as

²¹² PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo**. p. 43.

²¹³ “Criação de novos ‘bens jurídico-penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo ‘expansão’”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradutor Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 21.

²¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. p. 75-76.

diferentes influências simultâneas pelas quais a Política Criminal atual é impulsionada. A inédita revogação de tipos penais, como o adultério, corre na direção diametralmente contrária do enrijecimento do regime carcerário e da desenfreada produção de novos tipos penais, transparecendo nitidamente a pluralidade ideológica e política encontrada na gênese da Política Jurídica brasileira²¹⁵.

O que se pode notar claramente é que a influência do “senso comum” permeada pelo retribucionismo jusnaturalista, percebida na maioria da população e propagada aos sete ventos pela mídia, começa a encontrar algumas barreiras de resistência teóricas no Garantismo Penal e no Direito Penal Mínimo.

Todas as correntes de Política Criminal apresentadas, bem como as diferentes formatações do sistema formado pelo Direito Penal, têm importância na análise das influências apresentadas pela lei que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento pátrio. Porém, é gritante a predominância da influência da corrente de Política Criminal denominada Lei e Ordem na idealização do Regime Disciplinar Diferenciado. E ainda, das bocas dos teóricos mais modernos também já surgem justificações resultantes da forte influência do Direito Penal do Inimigo, buscando o apoio e a legitimação da adoção de medidas político-jurídico-criminais cada vez mais drásticas.

2.4 O Regime Disciplinar Diferenciado

Como já foi apresentado na transcrição da evolução da pena de prisão, o agravamento do regime disciplinar prisional segue o rumo inverso pelo qual caminhou, até então, a evolução do sistema penal e prisional. Passou-se das torturas e penas físicas dos séculos XVII e XVIII, para a privação da liberdade com características médico-psiquiátricas e re-educacionais no século XIX, chegando até às substituições de penas privativas de liberdade, de curta duração, por prestações alternativas que não mais implicavam em recolhimento à prisão no

²¹⁵ “O debate sobre a ‘política criminal’ é denominado por uma silenciosa evidência. O interesse é voltado aos ‘melhores’ meios para combater a criminalidade: Qual é a melhor organização policial? Seria melhor militarizar ainda mais a perseguição do crime ou civilizá-la? O que deveríamos fazer na prisão: reeducar ou neutralizar? Seria mais adequado introduzir a pena de morte ou ampliar as penas alternativas? Presos neste dilema, mesmo os autores e atores políticos mais liberais não percebem que ninguém coloca a única pergunta decisiva: ‘Que coisa é o crime?’”. DIMOULIS, Dimitri. **Da ‘política criminal’ à política da igualdade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 29. São Paulo: RT, 2000. p. 210.

século XX, para então, no século XXI ser proposto novamente o isolamento celular prolongado e o por vezes o silêncio. Estando estas últimas duas características presentes nos primeiros sistemas penitenciários, juntamente com a idéia de regimes especiais para presos perigosos ou incorrigíveis, ou seja, nos sistemas Auburniano e Pensilvânico, datados do final do século XVIII.

A partir dessa cronológica apresentação das modificações ocorridas no regime carcerário das penas de prisão, seria possível afirmar que o advento do Regime Disciplinar Diferenciado implicaria em um retrocesso ou uma re-visitação a institutos criticados e abandonados há vários séculos. Antes, porém, de antecipar qualquer conclusão, é necessário observar a origem, justificações e as motivações que causaram aparentemente o ressurgimento do isolamento celular e dos demais rigores diferenciados propostos pelo Regime Disciplinar Diferenciado.

Especialmente quanto ao surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado foi possível encontrar algumas possíveis origens próximas. As primeiras no direito estrangeiro, mais especificamente nos Estados Unidos, através de seu regime *Supermaximum*, e mais recentemente, na Itália, uma das precursoras na fabricação de legislação direcionada ao combate do crime organizado, e conseqüentemente em regimes disciplinares para recolher os presos condenados por práticas ligadas às organizações criminosas.

Os Estados Unidos, com a intenção de recolher o que era chamado de “os piores dentre os piores” criminosos, idealizou a prisão de Alcatraz em 1934, num regime de segurança máxima. Esse regime de segurança máxima é baseado na possibilidade de um isolamento por determinação administrativa, isto é, por ordem do diretor da instituição penitenciária, por tempo indefinido. A prisão de Alcatraz foi desativada em 1963 e o regime conhecido como *Supermax* (abreviação de *Supermaximum*) foi esquecido até 1983, quando foi ressuscitado para ser aplicado na Penitenciária de Marion, Illinois²¹⁶. Depois do retorno do *Supermax*, o

²¹⁶ “As we discussed earlier, the placement of inmates into high-custody, controlled environments has a long history within the United States. The historical development of prisons now commonly referred to as “supermax” can be traced to 1934 when Alcatraz became the high-security penitentiary for the federal prison system. Alcatraz opened in 1934 to house the federal government’s “most highly publicized offenders, its most sophisticated escape artists and riot leaders, and its most assaultive inmates” (Riveland, 1999). It operated during the post-Prohibition and post-Depression period in America. After the prison closed in 1963, the Federal Bureau of Prisons did not use the supermax concept (indefinite administrative segregation) until converting

governo americano começou a investir fortemente na construção de penitenciárias próprias para a aplicação do isolamento celular. Hoje são mais de sessenta estabelecimentos com mais de vinte mil detentos que permanecem, em média, vinte e três horas e meia por dia trancados em celas, tendo como único contato humano diário, aquele que ocorre quando do recebimento da alimentação que é passada por uma portinhola na porta da cela²¹⁷.

A motivação para a proliferação do *Supermax* nos EUA é descrita em duas razões por Thomas J. STICKRATH:

“First, many correctional systems have been confronted with crowding due to the increasing inmate population and the influx of drug offenders, gang members, mentally ill, and young offenders. To maintain order, these systems have chosen to isolate the most disruptive inmates from the general population. Some officials state that their supermax prisons also act as a deterrent for some offenders who might be prone to disruptive behavior. Second, supermax prisons are politically and publicly attractive. They are symbols that a state is getting ‘tough on crime’”²¹⁸.

Já na Itália, a legislação chamada de *Antimafia*, teve seu início com a Lei 57/62, com posteriores modificações em 1965, 1975 e 1982, chegando até a Lei

the U.S. Penitentiary in Marion, Illinois in 1983. Today, most of the sixty or more supermax prisons in operation in the United States use the total lockdown philosophy developed at Marion. The era of rehabilitation in corrections and high operating costs eventually led to the closing of Alcatraz in 1963. The federal government abandoned the idea of concentrating hard-to-manage inmates and dispersed them to prisons across the country. However, an increase in violence and assaults toward staff led the federal government to establish a high-security control unit at the U.S. Penitentiary in Marion, Illinois in 1978. After the deaths of two officers and an inmate in 1983, Marion was converted to indefinite administrative segregation or lockdown. The prison housed the federal government’s most violent and troublesome inmates until the opening of the Administrative Maximum Penitentiary in Florence, Colorado in 1994”. STICKRATH, Thomas J. **Supermax Prisons: Why?** In Ohio Corrections Research Compendium. Vol. II, abril de 2004. Disponível em: <http://www.drc.state.oh.us/web/Reports/compendium2004.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

²¹⁷ “In super-maximum security prisons, inmates are often locked alone in their cells for up to twenty-three-and-a-half hours a day. They eat and exercise alone, live under extraordinary levels of surveillance and control, and have little or no opportunity for education or vocational training. Although U.S. prisons have always had harsh solitary confinement cells to which prisoners are sent for a few days or weeks to be punished, a new generation of these “supermax” prisons are imposing extreme social isolation on prisoners for years”. Human Rights Watch. Disponível em: <http://www.hrw.org/about/initiatives/supermax.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2005.

²¹⁸ “Primeiro, muitos sistemas correcionais tem se confrontado com a lotação devido à crescente população de encarcerados e entrada de traficantes de drogas, membros de gangues, mentalmente doentes, e jovens criminosos (crianças de 10 a 14 anos que cometeram homicídio). Para manter a ordem, esses sistemas tem escolhido isolar os encarcerados mais desordeiros do restante da população. Alguns oficiais indicam que as prisões que utilizam o Supermax agem também como um impedimento para alguns encarcerados que puderam ser propensos ao comportamento desordeiro. Segundo, prisões com o regime supermax são politicamente e publicamente atraentes. Elas são símbolos de que o Estado está agindo ‘duramente com o crime’”. STICKRATH, Thomas J. **Supermax Prisons: Why?** p. 125 e 126.

55/90, que sistematizou a matéria vindo a alterar o Código Penal Italiano. Em 1991, o Decreto-lei 419/91, que foi convertido mais tarde na Lei 172/92, trouxe as regras processuais necessárias para o combate à máfia italiana²¹⁹. Desde 1992, na Itália, já se aplicava um regime disciplinar penitenciário diferenciado para determinados presos que fossem ligados às organizações criminosas²²⁰. Mais tarde, em 23 de dezembro de 2002, a Lei 279²²¹ introduziu no ordenamento italiano um regime chamado de *carcere duro*, que tem a mesma formatação da alteração legislativa que deu origem ao Regime Disciplinar Diferenciado. O propósito da alteração do regime carcerário italiano era impedir que os chefes da máfia, presos pelas operações especiais realizadas nos últimos anos, continuassem a coordenar as atividades ilícitas de dentro das prisões.

O regime do *carcere duro* italiano partia de um sistema de isolamento do detento, possibilitando o contato com outros presos apenas nos momentos do banho de sol, com um número limitado a cinco detentos por período. A visita era realizada apenas uma vez por mês, sendo gravadas e filmadas as conversas entre o preso e o familiar para evitar a comunicação de ordens através de códigos ou gestos. O regime durava mais do que um ano e menos de dois, com possibilidade, através da atuação do Poder Judiciário, de progressão para regimes menos rigorosos. Além dos envolvidos com as *organizzazioni criminali*, também são submetidos ao *carcere duro* os terroristas e aqueles que subvertessem a ordem constitucional²²².

Com essa fórmula e seus rigores, o Sistema Carcerário Italiano conseguiu que vários membros de organizações criminosas passassem a “colaborar” através de informações que possibilitaram a prisão de outros participantes e a apreensão de bens e valores ilicitamente obtidos através das atividades ilícitas²²³.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano**. In Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995. p. 13-30. p. 21 e 22.

²²⁰ CRAXI, Vittorio. **Sugli articoli 41 bis e 4 bis dell’ordinamento penitenziario**. Social Critic. Disponível em: <http://www.inventati.org/laboratoriomarxista/repressione/nazionale/assemblea-milano/am-2.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2004.

²²¹ Anexado no idioma original – Anexo I.

²²² CRAXI, Vittorio. Ob. Cit.

²²³ MAIEROVITCH, Wálter. **Criminalidade estimulada pela incompetência**. Jornal do Terra. Disponível em: <http://tv.terra.com.br/jornaldoterra/interna/0%2C%2COI34928-EI2413%2C00.html>. Acesso em: 21 de junho de 2004.

O Direito Pátrio teve o primeiro contato com as idéias que viriam a formar a Lei 279/02 italiana, através do Estado de São Paulo. A Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) editou em 4 de maio de 2001 a resolução 026²²⁴, que instituía, no artigo 1º, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) “aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico”. Conforme informações presentes num informativo editado pela SAP, o que desencadeou a edição do RDD em São Paulo foram as constantes rebeliões, principalmente as orquestradas pela organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), como por exemplo, no dia 18 de fevereiro de 2001, no qual o PCC conseguiu mobilizar 25 (vinte e cinco) unidades prisionais e 4 (quatro) cadeias públicas, o que foi chamado de “*megarebelião*”, em protesto à aplicação de regras disciplinares mais rígidas aos chefes da organização que estavam recolhidos nesses estabelecimentos²²⁵. Somente em dezembro de 2002, o Rio de Janeiro²²⁶, também impulsionado por rebeliões, implantou um regime disciplinar mais rígido, nos moldes daquele já aplicado em São Paulo.

Como regras desse Regime Disciplinar Paulista apareciam: o isolamento do preso em cela individual; a duração de 180 dias na primeira inclusão no regime e de 360 dias nas demais; o banho de sol era limitado a uma hora por dia; e as visitas só seriam permitidas por duas pessoas, pelo tempo máximo de duas horas, se estas estivessem previamente identificadas e cadastradas, conforme a Resolução da SAP n.º 49 de 17/07/2002.

²²⁴ Conforme cópia juntada no Anexo II. Retirado do endereço eletrônico <http://www.mp.sp.gov.br/caexcrim/Legislacao/anexos/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20026-2001%20RDD.doc>. Acesso em: 21 de junho de 2004.

²²⁵ FURUKAWA, Nagashi. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/plivre/nagashi_furukawa.pdf. Acesso em: 04 de junho de 2005.

²²⁶ “No Estado do Rio de Janeiro, a primeira experiência com o regime disciplinar diferenciado ocorreu em dezembro de 2002, decorrente da rebelião de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar, que resultou na morte de quatro presos. Imediatamente após o término do movimento, os líderes foram isolados para impedir o contato com os demais presos, e o restante dos participantes foram colocados no Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES). [...] Em julho de 2003, a Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro reeditou o regime disciplinar especial de segurança (RDES) em Bangu I, e a partir deste momento generalizou a medida disciplinar para outras unidades penitenciárias”. FREIRE, Cristiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 128.

Segundo informações citadas por Luiz Flávio GOMES, o então Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin e o Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo, Nagashi Furukawa, tiveram grande importância no convencimento do Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, para que fosse proposta a alteração na Lei de Execuções Penais, que daria aplicação nacional ao Regime Disciplinar Diferenciado²²⁷.

Antes do advento da Lei 10.792 de 02 de dezembro de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o artigo 52 da LEP mencionava apenas que a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou o condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal”. A nova redação²²⁸ introduziu vários elementos que dão azo às mais diversas interpretações²²⁹, como *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento*

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora.** lus Net. Disponível: http://www.iusnet.com.br/webs/IELFNova/artigos/pdf/o_regime_disciplinar_diferenciado_constitucional.pdf. Acesso em: 21 de junho de 2005.

²²⁸ Lei de Execuções Penais: Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona 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 criminosas, quadrilha ou bando.

²²⁹ “Desde a edição da Lei de Execução Penal em 1984, tem-se criticado o estatuto pela utilização, na definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que acabam por permitir ao agente penitenciário o uso de metarregras em sua significação – v.g., incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefa e ordens recebidas. A técnica legislativa utilizada no ambiente carcerário serviu historicamente para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais de presos incômodos. A volatilidade dos termos produziu gradualmente a minimização dos direitos de defesa dos apenados nos procedimentos e na averiguação das faltas disciplinares, gerando sérias irregularidades na configuração da conduta punível pelos Conselhos Disciplinares, em face da irrefutabilidade de determinadas hipóteses levantadas pelos órgãos de segurança. Talvez um dos exemplos mais notórios de condutas reivindicatórias pacíficas que acaba(va)m sendo definidas como atos de “subversão da ordem e da disciplina”, passíveis, pois, de sanção disciplinar por falta grave, é a prática de *greve de fome*. Não por outro motivo, em casos de movimentos reivindicatórios não-violentos, a Portaria 202, de 18.12.2001, editada pela Secretaria de Estado da Justiça e da Segurança do Rio Grande do Sul, (SJS-RS), no intuito de minimizar os efeitos perversos propiciados pela terminologia da Lei de Execução Penal, determinou que ‘toda pessoa presa terá direito a expressar suas reivindicações, individual ou coletivamente, de forma pacífica’ (art. 7º, §1º) e que ‘a greve de fome, quando

penal ou da sociedade, bem como a aplicação do RDD ao condenado preso ou custodiado sobre o qual parem *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*.

Com base ainda no artigo 52 da LEP pode-se apresentar um conceito operacional para o Regime Disciplinar Diferenciado como um conjunto de restrições²³⁰, destinadas aos presos, condenados ou provisórios, pelo cometimento de crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, para os presos condenados ou provisórios, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, e finalmente, para o preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Com base nesse conceito operacional é possível distinguir três modalidades de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

A primeira possibilidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado (Art. 52, *caput* da LEP) ocorre para os presos, condenados ou provisórios, que vierem a cometer crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna. Lembrando-se inicialmente que, no rol das faltas graves elencadas no artigo 50 da LEP, a primeira é “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, diferindo da presente modalidade do RDD em razão do necessário cometimento de crime doloso; deixando qualquer outra ação que venha a perturbar a disciplina interna que não constitua crime doloso, como causa da aplicação da referida falta grave, que tem como pena disciplinar o isolamento por até trinta dias. Cabe aqui a análise das categorias²³¹ existentes nessa modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

O vocábulo *subversão*, com base em Aurélio Buarque de HOLANDA, deve ser entendido como a “insubordinação às leis ou às autoridades constituídas;

legítima, não será considerada falta disciplinar.’ (art. 7º, §2º)”. CARVALHO, Salo. **Tântalo no divã**: (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, set/outubro de 2004. p. 103-104.

²³⁰ Alguns autores consideram um “regime integralmente fechado *plus*” como Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire, ou, mais uma modalidade de falta grave quanto ao comportamento carcerário, como Rejane Alves Arruda.

²³¹ “... palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**. p. 29.

revolta contra elas”²³². O termo já foi empregado no Ordenamento Jurídico pátrio na Lei 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, no artigo 23, que considera crime “incitar à subversão da ordem política ou social”. O próprio termo já carrega uma carga axiológica por ter sido utilizado pelos Governantes, em períodos autoritários, para estereotipar como revolucionários ou comunistas aqueles que se opunham ao regime político vigente. No texto da LEP o termo é usado mais uma vez, no artigo 39, inciso IV, para atribuir o dever aos presos de se opor “aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina”²³³.

Outras categorias que merecem atenção são a *ordem* e a *disciplina*, que podem ser tratadas juntas por serem assuntos correlatos. No artigo 44 da LEP se tem um conceito operacional legal para o que seria disciplina. Segundo o texto legal, disciplina consistiria “na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”. A idéia de ordem ou disciplina sempre está ligada às idéias de poder e hierarquia, e disto, FOUCAULT²³⁴ retira apontamentos vinculando a transformação do camponês em soldado, registrando a docilidade e a submissão como modelos também para os presos.

A segunda possibilidade ou modalidade de implantação do Regime Disciplinar Diferenciado (Art. 52, §1º da LEP) é destinada aos presos condenados ou provisórios, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. É uma descrição legislativa que permite uma interpretação e aplicação muito aberta. A não ser pela parte da segurança do estabelecimento penal, que poderia ser objetivamente

²³² “Subversão. 1. ato ou efeito de subverter (-se). 2. Insubordinação às leis ou às autoridades constituídas; revolta contra elas. 3. Destruição, transformação da ordem política, social e econômica estabelecida; revolução”. PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1897.

²³³ MIRABETE explica o inciso: “Embora não se considere como dever legal do preso o de delatar a existência desses movimentos ou de sua autoria, já que inexistente o dever legal de agir para impedir a fuga de outrem, exige-se que o preso sempre se oponha a eles. Descumpra esse dever o condenado que sugere, instiga, incita ou planeja a fuga ou que fabrica, porta ou oculta instrumento ou objeto destinado à facilitação da evasão, ainda que ela não se consuma. A mesma exigência faz-se com relação aos movimentos de subversão à ordem ou à disciplina nas prisões ou fora delas. Refere-se a lei, aqui, aos movimentos de rebeldia e insubordinação, à destruição ou vandalismo, aos atos insolentes e ameaçadores contra autoridades ou funcionários, ou quaisquer outros que levem à insegurança ou à desordem, subvertendo a regular vida carcerária”. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. Editora Atlas: São Paulo, 2000. p. 111.

²³⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. p. 117-142

representada através de condutas descritas, como a construção de túneis, destruição de grades, introdução de armas ou ameaças aos agentes penitenciários, ainda assim, a amplitude de possibilidades para a subsunção nesta modalidade é muito grande, e um elenco serviria apenas para nortear a interpretação. Resta a questão sobre o que mais colocaria em risco a ordem num estabelecimento penal? A superlotação? A proporção de funcionários por presos no estabelecimento? Mas o problema principal, trazido pelo dispositivo legal, está em definir qual é o preso que representa alto risco para a ordem ou a segurança da sociedade.

Numa rápida digressão crítica sobre a possibilidade de constatar o risco à ordem ou à segurança da sociedade, cabe citar duas idéias. A primeira idéia que pode ser colocada a título de exemplificação é a comparação com a Política Criminal nacional-socialista, que se utilizava do “são sentimento do povo”²³⁵ para poder exercer a tutela penal mesmo sobre aqueles que não seriam alcançados pelos tipos penais existentes até aquele momento, mantendo um conceito tão aberto, que nas mãos de governos autoritários, passava a ser uma ferramenta para “qualquer conserto”. Outro aspecto que pode ser levantado é o da presença de resquícios da ideologia da segurança nacional ou Direito Penal da Segurança Nacional, pelo qual se propagava a idéia de que toda a sociedade haveria de estar preparada para uma guerra e com esta justificativa se cerceavam direitos dos indivíduos em defesa de um bem maior, que seria a Segurança Nacional. ZAFFARONI e PIERANGELI exemplificam o transporte da influência dessa ideologia para os dias de hoje:

“Embora a ideologia da segurança nacional seja, atualmente apenas uma lembrança, a sua realidade autoritária não desapareceu, e apenas adotou uma nova roupagem: a ideologia da segurança urbana. Os atores políticos, procurando clientela eleitoral, elaboram leis repressivas, longe de qualquer contexto ideológico coerente, mesclando argumentos moralistas, perigosistas e de segurança nacional. A sociedade de comunicação contemporânea e as cruzadas nacionais e internacionais, o medo, as

²³⁵ “Em 1935, foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do StGB pelo seguinte: ‘É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental’. O pensamento do ‘são sentimento do povo’ garantia o caráter irracional dessa legislação e a ditadura do costume”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. p. 335.

reações perante a quebra do estado de bem-estar e a redução do espaço político para providenciar soluções reais para os conflitos sociais favorecem uma transferência do poder, que, na época da ideologia da segurança nacional, levava à hegemonia das forças armadas e que, na versão da ideologia da segurança urbana, passa para as polícias”²³⁶.

Como exemplo mais recente se podem citar as idéias de Günther Jakobs, que apontam como finalidade para o Direito Penal, a estabilização das expectativas normativas através da prevenção geral²³⁷. Como esse autor considera o Direito Penal como “*un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas*”²³⁸, numa interpretação simplificada, cada crime que ocorresse na sociedade poderia ser diagnosticado como uma desestabilização das expectativas normativas, e por conseqüência, gerariam desordem e insegurança, confundindo a necessidade de aplicação da pena de prisão com a configuração do requisito necessário para a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado²³⁹. Mais adiante será tratada essa abordagem sistêmica-funcionalista, trazendo a crítica ao Direito Penal do Inimigo, também desenvolvido por Jakobs.

Antes de ultrapassar a análise da presente modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado cabe ainda a exploração do que seria entendido por *risco à ordem ou segurança da sociedade*. Os termos *ordem* ou *segurança da*

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. p. 362.

²³⁷ “Jakobs, por el contrario, pretende una nueva fundamentación de la dogmática jurídico penal y del sistema, acudiendo a la misión del Derecho Penal (prevención general) desde la perspectiva sociológica-funcionalista. La teoría luhmaniana de los sistemas le permitirá, a su entender, la renormativización de las viejas categorías de la dogmática, inservibles por su vinculación a inexpresivas estructuras lógico-objetivas y conceptos prejurídicos”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 498

²³⁸ “Desde esta óptica sistémica, el individuo no es más que un ‘subsistema físico-psíquico’, mero centro de imputación o adscripción de responsabilidades; y el propio Derecho, un ‘instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas’. Al ‘subsistema penal’ corresponde asegurar la ‘confianza institucional’ de los ciudadanos, entendida dicha función como forma de integración en le sistema social (lo que en organizaciones elementales llevarían a cabo mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos de una sociedad)”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 499.

²³⁹ “La violación de una norma (delito) se estima socialmente disfuncional, no ya porque lesione o ponga en peligro determinados bienes jurídicos; sino porque cuestiona la ‘confianza institucional’ en el sistema. El delito es, ante todo, la ‘expresión simbólica de una falta de fidelidad hacia el Derecho’: una amenaza para la integridad y estabilidad sociales, particularmente nociva cuando la infracción aparece de modo manifiesto, visible. La teoría sistémica, por ello, adopta un enfoque ‘sintomatológico’ para el que preocupa más la manifestación de un hecho disfuncional que las causas del conflicto mismo que puedan generar aquél”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal** – introducción. p. 499-500.

sociedade são utilizados como sinônimos de um outro termo já empregado freqüentemente na legislação brasileira, qual seja, *segurança pública*. A própria Constituição Federal, no artigo 144, já menciona e oferece um conceito operacional legal entendendo-se que a “segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Mesmo sendo ampla, a definição demonstra certas características importantes, como o fato da segurança pública ser um *dever do Estado*, dependendo de sua manifestação de poder e de seu interesse para ser efetivado como *direito e responsabilidade de todos*.

A última possibilidade ou modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado (Art. 52, §2º da LEP) é prevista para o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando. Fugindo um pouco do âmbito penal, o termo *fundadas suspeitas*, deve ser tratado sob a ótica do Direito Processual Penal. Ter suspeitas significa não ter provas sobre a ocorrência de um crime ou sobre a autoria deste. É como dizer que se têm apenas indícios²⁴⁰, tanto que parte da jurisprudência²⁴¹ acaba tratando os termos indícios, presunções e suspeitas como sinônimos. Pela simples aplicação de um raciocínio lógico percebe-se a ocorrência de duas respostas quanto à possibilidade de indícios fundamentarem uma condenação. A negatória, baseando-se no fato de que não importa quantos indícios sejam somados, nunca se chegará a um produto simétrico à verdade, ou tão próximo à certeza como se chega através da soma das provas. A posição pela aceitação argumenta que pelo raciocínio (indutivo), pela análise caso a caso e dependendo de uma relação de causalidade, pode-se aceitar que um conjunto de indícios perfeitamente concatenados fundamente uma condenação. Talvez seja nesta última postura que o legislador se espelhou para forjar a expressão *fundadas suspeitas*. Lembrando-se que qualquer prova ou outros indícios que venham a ser contrapostos ao

²⁴⁰ Artigo 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

²⁴¹ Como exemplo na jurisprudência: JUTACrim 65/241.

quadro indiciário acabam com qualquer possibilidade deste fundamentar uma condenação²⁴².

Outra interpretação cabível para a expressão *fundadas suspeitas* é a compreendida pela doutrina e jurisprudência para o juízo de pronúncia no processo do Tribunal do Júri²⁴³, podendo-se citar como exemplo um acórdão do STJ: “Segundo precedentes, ‘o juízo de pronúncia é, no fundo, um juízo de *fundada suspeita* e não um juízo de certeza. Admissível a acusação, ela, com todos os eventuais questionamentos, deve ser submetida ao juiz natural da causa, em nosso sistema, o Tribunal do Júri”²⁴⁴ (grifo nosso).

Outra categoria ou expressão que necessita ser explicada é o *envolvimento ou participação a qualquer título*. O parágrafo que prevê esta última modalidade de aplicação do RDD faz uso do termo *envolvimento*, que não carrega uma carga técnica ou jurídica, como o termo *participação*. O envolvimento é utilizado, na jurisprudência, como uma simplificação terminológica para uma participação não muito bem definida, normalmente questionada na fase processual do recebimento da denúncia por ser baseada apenas em indícios²⁴⁵.

Quanto à participação cabe a explicação, em melhores termos, de Juarez Cirino dos SANTOS:

“... a participação não tem conteúdo de injusto próprio e, por isso, assume o conteúdo de injusto do fato principal; por outro lado, a dependência da participação é limitada à tipicidade e antijuridicidade do fato principal, ou seja, ao tipo de injusto do fato principal. [...] A definição da participação como contribuição acessória de fato principal doloso exclui a possibilidade de participação em crimes de imprudência...”²⁴⁶.

²⁴² PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal segundo a jurisprudência**. Saraiva: São Paulo, 2000. p. 358-367.

²⁴³ Segundo a jurisprudência do STF, coletado por Damásio de Jesus, “não é necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o réu seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência (RTJ 63/476). Havendo dúvida, pronuncia-se (RT 523/377, 503/328, 522/361, 518/393 e 584/319). JESUS, Damásio E. **Código de Processo Penal Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 298.

²⁴⁴ RESP 192.049, Rel. Min. Felix Fischer.

²⁴⁵ Conforme jurisprudência coletada no STJ: HC 29222/SP, HC 28700/MS, HC 26266/PR, HC 11805/MT.

²⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 252.

Cabe ainda mencionar que a participação compreende duas modalidades, ou seja, a instigação²⁴⁷ e a cumplicidade²⁴⁸, conseqüentemente dependentes de um fato principal. É quanto a este fato principal e sua relação com a ação participativa que vale algum esclarecimento dentro do âmbito de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

Qual seria o fato principal que permitiria a existência da participação, se este termo foi utilizado com sua significação técnica-jurídica? A resposta é incerta, pois, caso a caso, as organizações criminosas se dedicarão a uma ou algumas modalidades de delitos que também farão o papel de fato punível principal. Constante na maioria dos casos, seria apenas a possibilidade de ocorrência do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, que descreve a conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”. Este, portanto, seria o crime principal que estaria configurado nessa possibilidade de aplicação do RDD, disposto no parágrafo segundo do artigo 52 da LEP.

A anterior interpretação é uma tentativa de imputar um mínimo de técnica jurídica aos elementos dispostos no referido parágrafo, mas ao que parece, o dispositivo foi elaborado sem a preocupação necessária com os conhecimentos dispostos no Direito Penal, decorrendo assim uma outra possibilidade, mais ampla, de interpretação, essa sim, correspondente à Política Criminal orientadora do instituto. Essa interpretação seria voltada à inclusão, como candidato à inserção no Regime Disciplinar Diferenciado, de qualquer indivíduo que tivesse envolvimento com o crime organizado ou mesmo com as facções criminosas que se formaram, ou na sociedade, ou até mesmo dentro do sistema carcerário nacional, como o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC). Argumento que reforça a presente orientação é a presença da locução *a qualquer título* no dispositivo em análise.

²⁴⁷ “A instigação significa determinação dolosa de outrem a fato típico e antijurídico doloso: o instigador provoca a decisão do fato mediante influência espiritual sobre o autor, mas não tem controle sobre o fato, reservado exclusivamente ao autor”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 254.

²⁴⁸ “A cumplicidade significa ajuda dolosa para fato típico e antijurídico doloso de outrem: o cúmplice (ou auxiliar) presta ajuda para realização do fato punível, poder exercido pelo autor”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 257.

Por último, e mais tormentosa, é a menção às organizações criminosas. Apesar da existência de uma lei que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”²⁴⁹ não se tem um conceito operacional legal para organizações criminosas ou crime organizado. Antes, porém, para se explicar o que é organização criminosa é necessário explicar o que é crime organizado. Diversos são os posicionamentos encontrados na doutrina pátria e internacional. Algumas enfatizando as possibilidades de interpretação possível do fenômeno²⁵⁰ e outras alertando a impossibilidade de importação de uma idéia ainda prematura, que seria fruto de um discurso promovido pelo poder dominante contra seus inimigos situacionais²⁵¹. Valendo a citação de passagem produzida por Juarez Cirino dos SANTOS:

²⁴⁹ Lei 9.034 de 3 de maio de 1995.

²⁵⁰ Scarance FERNANDES: “De modo geral, são três as linhas doutrinárias e legislativas formadas sobre o conceito de crime organizado: 1ª – parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização; 2ª – parte-se da idéia de crime organizado, definindo-o em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e, normalmente, incluindo-se entre seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa; 3ª – utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados”. FERNANDES, Antônio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira**. In Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Pentead. São Paulo: RT, 1995. p. 31-56. p. 36. Comentando ainda com base na citação anterior: Pela primeira linha apresentada por Scarance FERNANDES a lei deveria ter apresentado um conceito, e esta foi a orientação de um projeto não aprovado sobre o assunto. Pela segunda linha apresentada pelo autor, quanto à necessidade de especificar os elementos essenciais do crime organizado faz-se necessário transcrever passagem: “Na doutrina, ao distinguir entre ‘criminalidade de massa’ e ‘criminalidade organizada’, Winfried Hassemer parece seguir essa tendência, buscando, para caracterizar a organização criminosa um dado essencial, fundamental, e que, para ele, seria o poder de corrupção do próprio sistema encarregado da persecução penal estatal”. Apenas exemplificando a terceira linha para a definição de crime organizado, poder-se-ia citar a Lei de Crimes Hediondos, que não deixando margens a interpretações diversas, listou os tipos considerados crimes hediondos. Da mesma forma poderia ter feito a legislação sobre o tema das organizações criminosas, elencando um rol de tipos penais que, quando cometidos através de concurso ou participação de pessoas, decorreriam na subsunção da modalidade de criminalidade organizada.

²⁵¹ “A experiência mostra que a *resposta penal* contra o crime organizado se situa no plano *simbólico*, como espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado – na verdade, um discurso político de evidente utilidade: exclui ou reduz discussões sobre o modelo econômico *neoliberal* dominante nas sociedades contemporâneas e oculta as responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países de Terceiro Mundo na criação de condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de organizações locais de tipo mafioso. Na verdade, como assinala Albrecht, o conceito de crime organizado funciona como *discurso encobridor* da incapacidade política de reformas democráticas dos Governos locais: a *incompetência política* em face de problemas comunitários estruturais de emprego, habitação, escolarização, saúde, etc., seria compensada pela demonstração de *competência administrativa* na luta contra o crime organizado”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.11, n.42, p.214-224, jan./mar. 2003. p. 223.

“O discurso sobre crime organizado é um antigo discurso do poder contra inimigos internos com diferentes denominações, como indicam situações históricas conhecidas. O *Novo Testamento* informa que a doutrina de Cristo ameaçava o poder dos sacerdotes do Templo – e apesar de dizer que seu Reino não era deste mundo e que deviam dar a César o que era de César, foi crucificado. Quando Cristo chega ao poder com o *cristianismo* da Igreja Católica, o inimigo interno é o herege: as fogueiras da Inquisição queimaram milhares de hereges na Idade Média, como mostra *O Nome da Rosa*, de Umberto Eco, por exemplo. No Brasil-Colônia os inimigos internos eram os libertadores: enforcaram Tiradentes, líder do crime organizado contra a Coroa portuguesa. Sob o fascismo, os judeus eram a nova face do crime organizado – e o resultado foi o holocausto. No período das ditaduras militares do Brasil, Argentina e Chile, por exemplo, os comunistas são os inimigos internos – como resultado, as prisões, a tortura e os assassinatos em massa. Hoje, as ossadas descobertas no Brasil, as mães da *Plaza de Mayo* na Argentina e o processo contra Pinochet no Chile mostram onde estava o crime organizado – ou quem eram os verdadeiros criminosos”²⁵².

O que se pode interpretar a partir da análise da Lei 9.034/95, que trata sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, é uma análise que foge no momento que precisaria enfrentar o problema, omitindo qualquer definição, negativa que fosse, para organização criminosa e possibilitando a interpretação amplificada de que se consideraria crime organizado quaisquer ilícitos praticados por quadrilhas ou bandos.

Do exposto, se pode perceber a imprecisão do conceito utilizado como requisito para a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Talvez por uma forte influência dos estudos italianos sobre o tema, e uma gana em resolver rapidamente o problema apresentado pela organização de alguns grupos dentro do sistema penitenciário, a reforma da Lei de Execuções Penais atropelou discussões importantes que ainda estavam em período de gestação no Direito Penal brasileiro, como por exemplo, um consenso doutrinário para o que se considera crime organizado no Brasil. A Itália, na lei 55 de 1990, já previa uma definição para o que os italianos deveriam considerar “máfia”²⁵³, mas na doutrina,

²⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. p. 214-215.

²⁵³ “Diga-se, de antemão, que se entende por organização de tipo mafioso, no sistema italiano, a formada por três ou mais pessoas, em que os que a entregam se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano**. p. 20.

ainda hodiernamente não há consenso sobre o que se considera crime organizado²⁵⁴.

Para completar a apresentação dos posicionamentos existentes sobre o advento da Lei 10.792 de 02 de dezembro de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, se fazem necessárias mais algumas observações.

Na doutrina jurídica pátria o Regime Disciplinar Diferenciado foi severamente criticado em razão do distanciamento dos avanços alcançados pelo Estado de Direito²⁵⁵. Salo de CARVALHO aponta elementos demonstrando como a situação era favorável para o recrudescimento do regime carcerário:

“O fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência; vinculação da impunidade ao “excesso de direitos e garantias” dos presos (provisórios e condenados). A resposta contingente seria consequência natural; e em 02.12.2003 é publicada a Lei 10.792, alterando a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.²⁵⁶”

E como esse apontamento de Salo de CARVALHO, são necessárias outras observações que servirão para esclarecer ainda mais a posição ocupada pelo Regime Disciplinar Diferenciado aos olhos da doutrina pátria.

²⁵⁴ Três possibilidades apresentadas por Juarez Cirino dos Santos: “... a) um sujeito formado por uma *burguesia mafiosa* organizada em empresas com objetivo de acumulação de capital, métodos de violência e de intimidação em nível da organização do trabalho e da conduta dos negócios, além das vantagens competitivas do desencorajamento da concorrência, da compressão salarial e da disponibilidade ilimitada de recursos financeiros de origem ilícita, conforme Arlachi e Catanzaro; b) uma estrutura simbiótica de capital legal e ilegal, em relação de recíproca sustentação; o capital ilegal contribuiria com tráfico de armas, objetos preciosos, obras de arte, e de quebra com vastos recursos financeiros; a empresa legal garantiria acesso ao mercado financeiro, aos investimentos e parcerias empresariais, que direcionariam o capital ilegal para a produção econômica e a especulação financeira, segundo Ruggiero; c) uma organização ilegal de poder econômico e político no Estado constitucional, com estrutura hierárquica, recursos financeiros ilimitados e controle total das áreas de atuação, que manipularia partidos políticos interessados no poder mafioso de controle de votos, financiaria candidatos a cargos eletivos e participaria do poder legal, garantindo segurança nos negócios e imunidade de seus membros, de acordo com Pezzino”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. p.217-218. Arremata Hassemer sobre o que realmente identificaria uma criminalidade organizada – “criterio cualitativo”: “El propium de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraría en funcionamiento una nueva forma de criminalidad”. HASSEMER, Winfried. **Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada**: tesis y razones. Revista de Estudios Criminales n. 19. p. 12.

²⁵⁵ “As novas formas de gestão penal da miséria, caracterizadoras da face terrífica do controle social na era pós-industrial, indicam que as agências sancionatórias seguem uma pauta programática absolutamente definida na qual o Estado passa a adquirir cada vez mais função policiaesca”. CARVALHO, Salo. **Tântalo no divã**: (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). p.117.

²⁵⁶ CARVALHO, Salo. **Tântalo no divã**. p. 101.

2.4.1 Sobre o regime carcerário e algumas observações quanto aos rigores do Regime Disciplinar Diferenciado

Até a vigência do Código Penal de 1940, tinha-se um regime único de cumprimento de pena. Com a edição da Lei 6.416/77 alterou-se o Código Penal introduzindo a progressão de regimes, só vindo a uma completa sistematização com a edição da reforma da parte geral do Código Penal, pela Lei 7.209/84, e pela Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84.

O artigo 33 do Código Penal Vigente listou que a pena de reclusão deveria ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, vindo, nos artigos 34 ao 37, descrever algumas regras desses regimes.

O regime fechado foi descrito no ordenamento penal ficando caracterizado pela necessidade do exame criminológico de classificação para individualização da execução, visando uma maior possibilidade de recuperação para o detento, através da separação por graus de periculosidade; e pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, chamados pela Lei de Execuções Penais de penitenciárias. Os condenados poderiam trabalhar conjuntamente com outros detentos durante o dia e se recolher isoladamente durante a noite em cela individual, sendo possível o trabalho externo em obras públicas. O regime fechado era destinado principalmente para os condenados à pena superior a oito anos de reclusão, bem como para aqueles reincidentes condenados à pena entre quatro e oito anos de reclusão.

Para o regime semi-aberto, as principais mudanças foram o local de cumprimento da pena, que passou da penitenciária para a colônia agrícola ou industrial e a faculdade quanto à aplicação do exame criminológico. Nesse caso o trabalho é colocado como a principal ferramenta para a recuperação do preso.

O regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, tendo este a possibilidade de continuar vivendo em sociedade, mantendo seu trabalho e família, com o compromisso de freqüentar cursos e palestras oferecidos e de se recolher à noite e nos dias de folga em casa de albergado.

Pelo regular cumprimento da pena, o condenado consegue a progressão de regimes passando do mais grave para os mais brandos, porém ocorrem também as regressões de regimes em razão de não cumprimento de condições

impostas na sentença ou quanto às outras impostas na aceitação do regime, no caso do aberto. Essa regressão pode-se dar pelo cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena, tendo como a mais comum, a fuga de estabelecimento de regime semi-aberto.

Com vistas ao cometimento de falta grave pelo condenado é previsto no *caput* do artigo 53 da Lei de Execuções Penais, um rol das sanções²⁵⁷ elencadas da mais leve, a advertência, até a mais gravosa, que é a inserção no Regime Disciplinar Diferenciado. Logo, se o preso cometer um crime doloso ou que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, se o preso apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou se sobre o preso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, o encarcerado pode ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado.

As observações que podem ser apresentadas sobre as características compreendidas pelo Regime Disciplinar Diferenciado partem dos mesmos argumentos existentes quanto às desvantagens ou conseqüências do encarceramento em si. Ao se analisar elementos como o isolamento, a disciplina, o estigma ou o tempo no cárcere, tais observações são fundamentadas nos efeitos causados pela pena de prisão de uma forma geral, que quando aplicada de maneira ainda mais rígida, como acontece no RDD, apresentam um processo de exponenciação. Todo rigor adicionado ao modelo de cárcere, empregado como regra, cria a possibilidade de acréscimo do sofrimento e das dificuldades enfrentados pelo indivíduo encarcerado. Este é o parâmetro para as críticas que seguem.

Quando da inclusão do preso no RDD, a primeira medida a ser adotada será sua separação dos demais detentos, sendo o preso transferido para uma penitenciária que esteja propriamente estruturada para oferecer celas individuais²⁵⁸. Esse isolamento tem duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo ser repetido em razão do cometimento de nova falta

²⁵⁷ Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei; V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

²⁵⁸ Na LEP, no artigo 88, parágrafo único, estão dispostos como requisitos para a “unidade celular”, isto é, a salubridade do ambiente e uma área mínima de seis metros quadrados.

grave da mesma espécie, não podendo esse regime disciplinar de exceção ultrapassar o limite de um sexto da pena imposta.

O primeiro ponto crítico a ser levantado sobre os rigores carcerários trazidos pela Lei 10.792/03 é quanto ao isolamento prolongado ao qual é submetido o preso. Não se pode confundir sanção disciplinar com regime de cumprimento de pena. O isolamento em cela individual já era utilizado no Brasil com base no artigo 58 da LEP, que antes da Lei do RDD, tinha a seguinte redação: “O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias”. Hoje, com o RDD foi adicionada ao texto a seguinte exceção: “ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado”. Com tal alteração, como já foi tratado anteriormente, é possível que o preso fique em isolamento por até o limite máximo de um sexto da pena, o que, exemplificativamente, numa sentença de trinta anos equivaleria a cinco anos de isolamento. Há que se lembrar que o parâmetro para a extração da sexta parte da pena é quanto “a pena aplicada” (Art. 52, I, LEP), ou seja, sobre o total da pena determinada pela sentença judicial, que não é limitada pelo art. 75²⁵⁹ do Código Penal, em trinta anos. Destarte, conclui-se que o encarcerado tem como limite máximo de tempo inserido no Regime Disciplinar Diferenciado os mesmos trinta anos utilizados como parâmetro de cumprimento das penas privativas de liberdade.

A prisão é baseada num modelo de instituição total²⁶⁰ e esse “‘fechamento’ ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas, pântanos”²⁶¹. O simples encarceramento do indivíduo já tem

²⁵⁹ Art. 75 do CP - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

²⁶⁰ “As instituições totais de nossa sociedade podem ser, *grosso modo*, enumeradas em cinco agrupamentos. Em primeiro lugar, há instituições criadas para cuidar das pessoas que, segundo se pensa, são incapazes e inofensivas; nesse caso estão as casas para cegos, velhos, órfãos e indigentes. Em segundo lugar, há locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também uma ameaça à comunidade, embora de maneira não intencional; sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários. Um terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração.”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p. 16.

²⁶¹ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. p. 16.

conseqüências psicológicas graves, definidas por Erving GOFFMAN como um processo de “mortificação do eu”²⁶², mas a existência dentro de uma instituição total²⁶³ de um regime de isolamento, destrói ainda mais facilmente a imagem social que o indivíduo faz dele mesmo²⁶⁴, prejudicando qualquer possibilidade de reintegração à sociedade do indivíduo submetido a tais rigores por muito tempo.

Como já foi abordado quando do histórico das penas, o isolamento tem praticamente a mesma idade da pena privativa de liberdade, tendo sido adotado pelo Sistema Pensilvânico ou Celular no final do século XVIII. Com a instalação das primeiras penitenciárias que implantaram o sistema de isolamento vieram as primeiras críticas. Cezar Roberto BITENCOURT comenta as impressões sobre o isolamento na *Eastern Penitentiary*:

“Os resultados do isolamento foram desastrosos. Von Heting referindo-se às observações de Dickens, descreve casos dramáticos, nos quais se demonstra o grave prejuízo que o isolamento total ocasiona. Dickens considerou, acertadamente, que o isolamento se convertia na pior tortura, com efeitos mais dolorosos que os que o castigo físico podia produzir sem que seus danos fossem evidentes e sem que aparecessem no corpo do condenado. Dickens chegou a afirmar que não podia viver como um homem feliz sob um amplo céu ou deitar-se em seu leito durante a noite, sabendo que alguma criatura humana, pelo tempo que fosse, era submetido a este castigo em uma cela silenciosa”²⁶⁵.

²⁶² “O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora não muitas vezes intencionalmente, mortificado”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. p. 24.

²⁶³ “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem com exemplo claro disso, desde que consideremos que o aspecto característico de prisões pode ser encontrado em instituições cujos participantes não se comportaram de forma ilegal”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. p. 11.

²⁶⁴ “Em primeiro lugar, as instituições totais perturbam ou profanam exatamente as ações que na sociedade civil têm o papel de atestar, ao autor e ao que estão em sua presença, que tem certa autonomia no seu mundo – que é uma pessoa com decisões ‘adultas’, autonomia e liberdade de ação. A impossibilidade de manter esse tipo de competência executiva adulta, ou pelo menos os seus símbolos, pode provocar no internado o horror de sentir-se radicalmente rebaixado no sistema de graduação de idade”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. p. 46.

²⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 65.

Mesmo apresentando alguns argumentos favoráveis ao isolamento como nos casos do isolamento noturno²⁶⁶ e naquele aplicado aos psicopatas²⁶⁷, a doutrina sempre coletou dados aterradores em razão da instalação do isolamento prolongado. Como esclarece BITENCOURT fazendo um comentário sobre o isolamento prolongado aplicado no sistema Auburniano refere:

“Essas experiências de estrito confinamento solitário resultaram em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, os demais resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Uma comissão legislativa investigou esse problema em 1824, e recomendou o abandono do sistema de confinamento solitário. A partir de então se estendeu a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite. Esses são os elementos fundamentais que definem o sistema auburniano...”²⁶⁸.

Da mesma forma, hodiernamente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária se manifestou contrariamente à instituição do Regime Disciplina Diferenciado, que propõe um isolamento ainda mais gravoso do que o proposto pelo Sistema Celular pois não permite o trabalho na cela, em razão do RDD atentar contra a sanidade dos encarcerados. Nas palavras encontradas no parecer do CNPCP, transcritas por Maurício KUEHNE:

“Assim, tendo em vista que o texto em apreço contraria os princípios fundamentais de política penitenciária expressos na Constituição Federal, nos Tratados Internacionais, na Lei de Execução Penal e nas Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária adotadas por este Conselho, atentando contra a saúde mental dos sentenciados e, por fim, não contribuindo para a produção de um sistema carcerário mais seguro, a médio e longo prazos, à luz da experiência internacional, este Conselho vem se manifestar pela rejeição do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 5073/2001, no tocante às normas que alteram a Lei de Execução Penal, para incluir o RDD, já aprovado pela Câmara dos Deputados, recomendando ao Sr. Ministro da Justiça que oriente o Sr. Presidente da

²⁶⁶ “A separação dos internos em celas individuais durante a noite é a melhor resposta aos problemas que se originam ao encarcerar-se um grupo de pessoas. Neste sentido, o Congresso Penitenciário de Praga, celebrado em 1930, apesar de combater o regime filadélfico, considerava a separação individual, durante a noite, um elemento essencial de uma administração moderna. Também as Regras Mínimas de Genebra (art. 9º, inciso I) recomendam que as celas destinadas ao isolamento noturno, não deve ser ocupadas por mais de um recluso”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** – causas e alternativas. p. 67.

²⁶⁷ “Dentro de certas condições de legalidade e, sem partir da hipótese da incorrigibilidade, o regime celular também se aplica aos delinquentes perigosos (psicopatas de periculosidade extrema e presos com alto grau de nocividade)”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** – causas e alternativas. p. 67.

²⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

República a vetar tais dispositivos, na hipótese de sua aprovação pelo Congresso Nacional”²⁶⁹.

Como crítica final sobre o regime celular cabe comentar sobre os ensinamentos de Enrico FERRI, encontrados na obra de BITENCOURT, os quais, ainda no começo do século XX (1908) já alertavam sobre três características principais quanto ao isolamento proposto. Na visão de FERRI o isolamento pregado pelo regime celular era um “sistema desumano, estúpido e inutilmente dispendioso”²⁷⁰.

Modernamente, em outros países, já se têm experiências quanto aos efeitos provocados pelo isolamento prolongado no cárcere, especialmente pelos americanos através do regime *Supermax*. Apesar de opiniões contrárias²⁷¹, a

²⁶⁹ KUEHNE, Maurício. **Alterações à execução penal: primeiras impressões**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1008>. Acesso em: 26 de junho de 2005.

²⁷⁰ “Ferri percebeu com muita clareza a inconveniência e inutilidade penológica do sistema celular. Em uma conferência realizada em 1885 sob o título de *Lavoro e celii dei condenati*, afirmou que o sistema celular era uma das aberrações do século XIX. No mesmo sentido expressou-se em sua obra *Sociologia Criminal*, considerando que é um sistema desumano, estúpido e inutilmente dispendioso. Nesse ponto sua análise mantém-se plenamente atual. Valendo a pena citá-lo: ‘A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar, etc)... A psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama *loucura penitenciária*, assim como a clínica médica conhece a *tuberculose das prisões*. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou (...). O sistema celular é, além disso, ineficaz porque aquele isolamento moral propriamente que é um dos seus fins principais, não pode ser alcançado. Os reclusos encontram mil formas de comunicar-se entre si, seja durante as horas de passeio, seja escrevendo sobre livros que lhe são dados para ler, seja escrevendo sobre a areia dos pátios que atravessam, fazendo sons nos muros das celas, golpes que correspondem a um alfabeto convencional (...) Por último, o sistema celular é muito caro para ser mantido.’ As críticas de Ferri continuam sendo atualíssimas e continuam sendo o fundamento mais importante para reprovação do sistema celular”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. p. 66.

²⁷¹ “Aside from the need for supermax prisons, the effects of solitary confinement on the mental health of inmates is perhaps the most controversial topic debated about the prisons. The topic had been mostly limited to debate among mental health professionals. But it is emerging in the literature as a key issue in scrutinizing and defending correctional practices through empirical findings. However, despite the movement from anecdotal case studies to empirical analyses through the use of experimental and longitudinal research designs, the conclusions being drawn remain somewhat tenuous. Depending on which side of the argument one takes, studies exist to support that belief. For example, studies have found the solitary confinement in prison is neither universally damaging, aversive, or intolerable (Suedfeld, Ramirez, Deaton, and Baker-Brown, 1982) nor psychologically detrimental (Zinger and Wichmann, 1999). Conversely, other studies have shown solitary confinement to have severe psychological effects on inmates (Grassian, 1983; Grassian and Friedman, 1986; Hodgins and Cote, 1991)”. STICKRATH, Thomas J. **Supermax Prisons: Why?** In Ohio Corrections Research Compendium. V II, abril de 2004. Disponível em:

maioria dos psicólogos e psiquiatras que analisaram os presos em regime de isolamento constataram problemas mentais, muitas vezes irreversíveis. Tendo o *Supermax* motivações semelhantes às apresentadas para aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, como no caso do Art. 52 §1º (alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade). Nos Estados Unidos essa aplicação ganha a fundamentação simplificada da “Teoria da Maçã Podre”²⁷², isto é, se um condenado apresenta comportamento perigoso ou indesejado pela administração da instituição penitenciária, este indivíduo é afastado do convívio dos demais encarcerados na tentativa de que esse comportamento não se prolifere, da mesma forma que uma maçã podre pode vir a acelerar o apodrecimento das demais através do gás etileno²⁷³ produzido pelo natural amadurecimento na fruta.

Para evitar que presos com comportamento indisciplinado, considerados perigosos pela gravidade dos atos que os levaram ao encarceramento ou por agressões aos agentes penitenciários, convivam com os demais detentos, é reservado a estes um tratamento especial. No *Supermax* o regime de cumprimento de pena varia de regulamento para regulamento, mas em média, o encarcerado é submetido a vinte e três horas por dia de isolamento, por período indeterminado de tempo, não tendo sequer uma limitação em número de anos, variando de acordo com a determinação da autoridade que administra a instituição carcerária.

<http://www.drc.state.oh.us/web/Reports/compendium2004.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

²⁷² “Some sources suggest the primary rationale is to protect other inmates and staff. How this protection occurs is unclear. The “rotten apple” theory suggests that removing the “bad apples” (i.e., the most violent inmates) helps prevent other inmates from committing assaults and infractions (Ward and Werlich 2003). An alternative argument is that supermax prisons incapacitate the worst inmates, preventing them—but not necessarily their less serious counterparts – from injuring others. According to this view, there is no “rotten apple” effect per se. Rather, any overall reduction in prison violence results entirely from incapacitating the most violent and serious offenders. Others have identified additional goals, discussed in greater detail in this report, that can be associated with supermax prisons (National Institute of Corrections 1997; Riveland 1999b; Kurki and Morris 2001). MEARS, Daniel P. **Evaluating the Effectiveness of Supermax Prisons**. Disponível em: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/211971.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2005.

²⁷³ “Etileno [...] Tem um efeito importante acelerando o amadurecimento dos frutos e controlando, também a sua queda e envelhecimento (senescência). Os frutos ao iniciarem o amadurecimento começam a produzir o etileno, o que faz com que o processo se acelere. É por isso que ao se colocar uma maçã madura perto de outras ainda verdes o amadurecimento destas se acelera”. Disponível em: <http://www.herbario.com.br/cie/universi/creveg.htm>. Acesso em: 12 de dezembro de 2005.

Os efeitos desse isolamento prolongado já podem ser observados na prática. Um instituto americano, o *Human Rights Watch*, procedeu a um estudo de campo em dois dos mais rigorosos institutos penitenciários que aplicam o regime *Supermax*, isto é, o *Maximum Control Facility* (MCF) em *Westville*, e o *Secured Housing Unit* (SHU) em *Carlisle's Wabash Valley Correctional Facility*. Nos dois institutos penitenciários foi constatado que o isolamento age diferentemente em cada tipo de encarcerado, alguns não sofrendo qualquer alteração mental ou física, contudo, em outros encarcerados o isolamento era destrutivo:

“There is no way, of course, to measure the misery and suffering produced by prolonged supermax confinement. Inmates have described life in a supermax as akin to living in a tomb. At best, prisoners' days are marked by idleness, tedium, and tension. But for many, the absence of normal social interaction, of reasonable mental stimulus, of exposure to the natural world, of almost everything that makes life human and bearable, is emotionally, physically, and psychologically destructive. Prisoners subjected to prolonged isolation may experience depression, despair, anxiety, rage, claustrophobia, hallucinations, problems with impulse control, and/or an impaired ability to think, concentrate, or remember. As one federal judge noted, prolonged supermax confinement "may press the outer bounds of what most humans can psychologically tolerate"²⁷⁴.

A conclusão melhor embasada nos dados coletados foi sobre a alta probabilidade de que o indivíduo submetido ao isolamento do *Supermax*, que já sofria algum tipo de transtorno mental antes de ser submetido à solitária, teria seu estado agravado se esse isolamento perdurasse por longos períodos²⁷⁵.

²⁷⁴ “Não há como, por óbvio, medir a mágoa e o sofrimento produzido pelo prolongado confinamento no regime supermax. Encarcerados têm descrito a vida no supermax como similar a viver em um túmulo. Na melhor das hipóteses, os dias dos prisioneiros são marcados por preguiça, tédio e tensão. Mas para muitos, a ausência de interação social normal, de estímulos mentais razoáveis, de exposição ao mundo natural, de quase tudo que faz a vida mais humana e suportável, é emocionalmente, fisicamente, e psicologicamente destrutivo. Prisioneiros submetidos ao isolamento prolongado podem experimentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, claustrofobia, alucinações, problemas em controlar seus impulsos, e/ou uma prejudicada habilidade de raciocínio, concentração ou memória. Como um juiz federal escreveu, o prolongado isolamento supermax ‘pode pressionar os limites máximos que a maioria dos humanos conseguem psicologicamente tolerar’”. *Human Rights Watch*. (G)Out of Sight: Super-Maximum Security Confinement in the United States. Fevereiro de 2000, vol. 12, N. 1. Disponível em: <http://www.hrw.org/reports/2000/supermax/Sprmx002.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

²⁷⁵ “Dr. Stuart Grassian, a psychiatrist who has evaluated the psychological impact of several super-maximum security prisons, has identified a number of psychiatric symptoms frequently observed in prisoners confined in such facilities. His research has led him to conclude that solitary confinement can cause such symptoms as perceptual distortions and hallucinations, massive free-floating anxiety, acute confusional states, delusional ideas and violent or self-destructive outbursts, hyperresponsivity to external stimuli, difficulties with thinking, concentration and memory, overt paranoia, and panic attacks. The conditions of confinement seem to cause symptoms that are usually associated with psychosis or severe affective disorders even though not all of the prisoners

Como já foi enfatizado, a maioria dos estudos realizados conclui que, através da privação sensorial decorrente do isolamento, alguns danos de grande monta são proporcionados à saúde mental dos encarcerados. Lorna A. RHODES, professora dos Departamentos de Antropologia e Serviços de Saúde da Universidade de Washington, relata as complicações provenientes do isolamento:

“Even without a prior clinical condition, however, a prisoner may “break” under supermaximum confinement. Critical accounts of supermaximum prisons emphasize the negative effects of solitary confinement on the mental condition of many prisoners who experience extreme states of rage, depression, or psychosis. For example, social psychologist Leena Kurki and Norval Morris, describing the Tamms supermaximum facility in Illinois, write that “these are harsh conditions for anyone, but . . . they are formidably harsh . . . for the mentally ill and those teetering on the brink of mental illness.” Some supermaximum prisoners describe experiences of anxiety, rage, dissociation, and psychosis. One man who had been in and out of isolation for several years said, “Sometimes I see things that is on the wall. . . . Sometimes I hear voices. . . . There is nobody to talk to . . . and vent my frustration and, as a result, sometimes I am violent. Pound on the walls. Yell and scream”²⁷⁶.

who exhibit these symptoms are actively psychotic. The clinical symptoms can be provoked even in healthy personalities, but prisoners who enter solitary confinement with pre-existing psychiatric disorders are at an even higher risk of suffering psychological deterioration and psychiatric decompensation. [...] As noted above, our team’s psychiatrists in July 1997 identified many prisoners, particularly at the SHU, who were suffering from serious mental disorders with a range of psychiatric symptoms. It appears that most of them had previous histories of mental disorder prior to super-maximum security confinement. That is, we cannot say that confinement at the MCF or the SHU caused them to become mentally ill. But their condition was exacerbated by confinement at the MCF and SHU. For example, one psychotic inmate at the SHU interviewed by our team’s psychiatrists has acute panic attacks in solitary confinement that he relieves by self-mutilation. He insisted to us that the opportunity to be taken out of his cell for medical attention, even if only temporarily, was worth the pain”. Human Rights Watch. **Cold Storage – Super-maximum Security Confinement in Indiana.** Outubro de 1997. Disponível em: <http://www.hrw.org/reports/1997/usind/>. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

²⁷⁶ “Mesmo sem uma anterior condição clínica, entretanto, um prisioneiro pode ‘quebrar’ se submetido ao confinamento supermaximum. Levantamentos críticos da prisão supermaximum enfatizam os efeitos negativos do confinamento solitário na condição mental de muitos prisioneiros que experimentaram estados extremos de raiva, depressão ou psicose. Por exemplo, os psicólogos sociais Leena Kurki e Norval Morris, descreveram a carceragem supermaximum de Tamms em Illinois, escrevem que ‘aquelas são as condições mais severas para qualquer um, mas elas são especialmente severas ... para o mentalmente doente e para aqueles que se encontram na fronteira da doença mental.’ Alguns prisioneiros do supermaximum descrevem experiências de ansiedade, raiva, dissociação e psicose. Um homem que tem entrado e saído do isolamento por vários anos disse, ‘As vezes eu vejo coisas que estão na parede ... As vezes eu ouço vozes. Não há ninguém para conversar ... e eu descarrego minha frustração e, como resultado, as vezes sou violento. Bato nas paredes. Berro e grito’”. RHODES, Lorna A. **Pathological Effects of the Supermaximum Prison.** *In American Journal of Public Health*, vol. 95, n.10, outubro de 2005. Disponível em: <http://www.ajph.org/cgi/content/abstract/95/10/1692>. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

Além dos transtornos mentais potencialmente ocasionados, o isolamento acaba por agravar os males já constatados na simples privação da liberdade do indivíduo em um local fechado. Exemplificando uma dessas exponenciações, aparecem as doenças causadas pela desregulação do “relógio circadiano”²⁷⁷. Nas palavras de Rodrigo MORETTO:

“Há outro relógio biológico – os pesquisadores denominaram-no de “relógio circadiano” – que controla nosso organismo, não mais para impulsos imediatos, mas para respostas que devem ocorrer durante as 24 horas do dia. [...] Esse relógio mostra-se profundamente arraigado na quantidade de luz, fazendo nosso organismo responder de forma totalmente diferente se durante o dia ou durante a noite. [...] Mesmo que esse relógio não necessite de estímulo externo para se manter, necessita sim da luz solar para se manter ajustado...”²⁷⁸.

Essa constatação biológica de que o ser humano regula parte de sua fisiologia através de estímulos externos, principalmente pela relação entre a luz e a escuridão, isto é, a relação claro/escuro (CE), é mais perceptível em situações controladas em laboratório, ou situações extremas, como a presença de pesquisadores na Antártida (noite por seis meses), ou quando a pessoa é cega, e mais pertinente à análise, quando a pessoa permanece por períodos prolongados em isolamento. Fisiologicamente são inúmeras as alterações provenientes do ciclo claro/escuro²⁷⁹, existindo inclusive uma forma de depressão influenciada circadicamente, encontrada constantemente em encarcerados²⁸⁰.

²⁷⁷ “Muitos ritmos biológicos são associados a um ciclo geofísico, o mais evidente é o ciclo claro/escuro (CE). Este ciclo periódico possui o sinal ambiental luminoso para que o marcapasso circadiano humano seja sincronizado com as 24 horas-dia, sendo que a duração do período do **ritmo circadiano** pode variar de 20 a 28 horas. [...] Ao fator cíclico ambiental, que promove o arrastamento ou sincronização dos ritmos biológicos com o ambiente, foi dado o nome de “*Zeitgeber*”, neologismo alemão que significa “doador de tempo”, ou sincronizadores, ou arrastadores. Para a maioria dos organismos, o “*Zeitgeber*” mais importante dos ritmos circadianos é o ciclo claro/escuro. No entanto, outros fatores cíclicos também agem como sincronizadores, como, por exemplo, ciclos sociais, ciclos de temperatura e ciclos de alimentação. Os “*Zeitgebers*” da luz e do fator social são investigados pelos seus papéis na formação, prevenção e tratamento de alterações na saúde”. APARECIDA, Flávia; CALDEIRA, Jerri do Carmo; *et alli*. **Cronobiologia e suas Aplicações na Prática Médica**. In Revista HB Científica Vol. 7 nº 1 / Janeiro - Abril 2000. Disponível em: <http://www.famerp.br/publicacoes/revistahb/Vol7-N1/5-cronobiologia.html>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

²⁷⁸ MORETTO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão** – controle do espaço na sociedade do tempo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 57.

²⁷⁹ “Foi demonstrado que lesões bilaterais nos NSQs (núcleos supraquiasmáticos) de mamíferos alteram ou eliminam os ritmos circadianos de secreção de vários hormônios como cortisol, aldosterona, GH (Hormônio de Crescimento), LH (Hormônio Luteinizante), bem como ritmos de atividade locomotora e de ingestão de água e alimentos, além do ritmo circadiano de temperatura corporal, atividade sexual e ritmo ultradiano do sono de ondas lentas, que também se relacionam

O banho de sol ou atividades externas não são apenas necessárias para a sanidade mental do encarcerado, mas são indispensáveis para a integridade biológica do indivíduo²⁸¹. O isolamento prolongado, além de alterar o ritmo circadiano, diminui a síntese de Vitamina D, essencial para absorção do cálcio²⁸², e quando em deficiência pode acarretar problemas ósseos.

Quando o indivíduo é encarcerado, ocorrem outros problemas de ordem psicológica, além da liberdade, o preso perde também o poder de auto-gestão de seus atos²⁸³. Como consequência do encarceramento decorre um processo de infantilização do preso, que não mais tem autonomia para atos normais da vida adulta. Ações simples, como alimentar-se, onde e quando dormir, o que vestir, passam a ser tarefas intermediadas pela administração do estabelecimento

com alterações no ciclo sono-vigília”. APARECIDA, Flávia; CALDEIRA, Jéri do Carmo; *et alli*. **Cronobiologia e suas Aplicações na Prática Médica**.

²⁸⁰ “Existe um tipo de depressão que pode ser considerada como uma disfunção primária dos ritmos biológicos. Os pacientes com síndrome afetiva sazonal demonstram uma resposta exagerada à mudança das estações que, dependendo da estação, pode alcançar severas proporções, enquadrando-se nos critérios usuais de depressão endógena. Este tipo de depressão, possivelmente, manifesta-se quando a quantidade de horas de claro por dia fica abaixo de um certo valor crítico”. APARECIDA, Flávia; CALDEIRA, Jéri do Carmo; *et alli*. **Cronobiologia e suas Aplicações na Prática Médica**.

²⁸¹ “The effects of light fall into two categories: those modifying individual endocrine, hormone, and metabolic state by light reaching the retina and those resulting from light on the skin. Some effects of light on the skin are vitamin D production, skin tanning, and dissociation of bilirubin. Other studies have also supported the possibility of physiological benefits from light. Danzig, Lazarev, and Sokolov...contend that physiological disorders may occur in the human system if the human skin does not receive some exposure to solar radiation, either direct or diffused, for long periods of time. They believe there will be a vitamin D deficiency followed by weakened body defenses and an aggravation of chronic diseases. Wurtman and Neer (1975) suggest that nonvisual retinal responses to light mediate a number of neuroendocrine hormonal functions, which, in turn, regulate such mechanisms as pubescence, ovulation and a wide variety of daily rhythms. Faber Birren has been quoted as saying that ultraviolet radiation intensifies the enzymatic processes of metabolisms, increases hormone system activity, and improves the tone of the central nervous and muscular systems (A Summary of Light-Related Studies 1992)”. EDWARDS, L.; TORCELLINI, P. **A Literature Review of the Effects of Natural Light on Building Occupants**. National Renewable Energy Laboratory, julho/2002. Disponível em: www.ornl.gov/sci/solar/NREL_TP_550_30769.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

²⁸² “If vitamin D is absent, the body will not absorb the amount of calcium required for normal growth and development of the bones. This deficiency leads to the condition called rickets in children and osteomalacia in adults, which is characterized by a weak, porous, and malformed skeleton. It is known that both the development and maintenance of healthy bones is dependent upon the body’s ability to absorb calcium and phosphorus”. EDWARDS, L.; TORCELLINI, P. **A Literature Review of the Effects of Natural Light on Building Occupants**.

²⁸³ “A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão, o que não é difícil de explicar. O preso ou prisioneiro é levado a condição de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo que o adulto faz ou deve fazer usualmente em condições e com limitação que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, etc.)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 135.

prisonal. Todo esse poder exercido sobre o preso é, antes de mais nada, uma tentativa de fragilizá-lo, de torná-lo suscetível a qualquer ordem ou pedido que advenha desse poder que o mantém vivo. Maria Lúcia KARAM, utilizando os conhecimentos oferecidos por Foucault, explica o que são as regras de um regime disciplinar na prisão:

“Os regulamentos, aos quais o preso deve obedecer sem explicações, nem possibilidades de questionamento, a permanente vigilância, a aplicação de punições por quaisquer transgressões àqueles regulamentos, os sistemas de regalias, em que direitos básicos se transformam em recompensas por comportamentos que a administração define como bons, sufocam as melhores qualidades da pessoa e incentivam a submissão, a delação, a falta de iniciativa, a passividade, a dissimulação e a covardia. A dominação, ditada pelo exercício do poder, da formação dos ‘corpos dóceis’, do adestramento e da disciplina, é a marca fundamental desta instituição, que ‘se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante’²⁸⁴.

Com a pena de prisão sendo cumprida em isolamento há também uma exponenciação dessa fragilização do encarcerado, que se vê numa ligação de vida ou morte com aquele que o alimenta. Se lá esquecido pode definhir até a morte. Nestas circunstâncias, qualquer gesto de humanidade é extremamente valorizado pelo encarcerado. FOUCAULT acrescenta:

“Enfim, e talvez principalmente, o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total: Imagine-se [dizia Charles Lucas, evocando o papel do diretor, do professor, do sacerdote e das ‘pessoas carinhosas’ sobre o detento isolado], imagine-se a força da palavra humana que intervém no meio da terrível disciplina para falar ao coração, à alma, à pessoa humana. O isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele”²⁸⁵.

Um outro elemento a ser observado quanto à inclusão do indivíduo no Regime Disciplinar Diferenciado é o impacto desse encarceramento aos olhos da sociedade. Todo indivíduo que passa pela prisão fica marcado indelevelmente pelo cometimento de um ato reprovado pelas leis e, na maioria das vezes, pela sociedade. Esse tempo de encarceramento representa ao indivíduo, além das conseqüências previstas pelos fins atribuídos às penas, uma conseqüência social

²⁸⁴ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Lumem, 1993. p. 182-183.

²⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 2002. p. 200.

não prevista. Ao deixar a prisão, a biografia desse indivíduo irá carregar indefinidamente o registro da sua ação ilícita, e por consequência, esse indivíduo será associado a adjetivos e substantivos como desviante, desajustado, criminoso, delinqüente, maldoso, cruel e perigoso.

Essa rotulação criada pela aplicação da lei e pela ação da sociedade, com participação da mídia, foi teorizada e recebeu o nome de *Labelling Approach*²⁸⁶. Com influência do interacionismo simbólico²⁸⁷, um novo paradigma para o Direito Penal, para a Criminologia e para a Política Criminal é formado, isto é, o paradigma da “reação social” ou da “definição”, que possibilita a ampliação da análise do fenômeno da criminalidade. Nas palavras de BARATTA:

“La introducción del *labelling approach* (teoría del etiquetamiento), debido sobre todo a la influencia de corrientes sociológicas de origen fenomenológico (como el interaccionismo simbólico y etnometodológico), en la sociología de la desviación y del control social, y de otros desarrollos de la reflexión sociológica e histórica sobre el fenómeno criminal y sobre el derecho penal, han determinado, en el interior de la criminología contemporánea, un cambio del paradigma mediante el cual estos mecanismos de definición y de reacción social han ido ocupando un lugar cada vez más central en el objeto de la investigación criminológica. Se ha consolidado así un paradigma alternativo con relación al paradigma etiológico, y que es llamado justamente paradigma de la “reacción social” o “paradigma de la definición”. Sobre la base del nuevo paradigma la investigación criminológica tiene la tendencia a desplazarse de las causas del comportamiento criminal hacia las condiciones a partir de las cuales, en una sociedad dada, las etiquetas de criminalidad y el status de criminal son

²⁸⁶ “O *labelling approach*, ou enfoque do etiquetamento ou teoria da rotulação, constitui-se numa das correntes desconstrutoras do moderno sistema penal. É considerado, também, o paradigma criminológico contemporâneo (ou o novo paradigma), que estuda o processo de criminalização. Surgiu no final da década de 50 e início dos anos 60 deste século, nos Estados Unidos da América, em função dos estudos realizados pelos integrantes da Nova Escola de Chicago, num contexto histórico marcado pela crise do Estado providência e por diversas formas de radicalização social”. BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1998. p. 44.

²⁸⁷ “Como já ficou referido, é no *interacionismo simbólico* – de Charles Coolei, *Human Nature and Social Order* (1902) e George Mead, *Mind, Self and Society* (1934) – que o *labeling* mergulha uma das suas principais raízes, que está na base do seu claro pendor antideterminista. O interacionismo simbólico representa uma certa superação da antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano. Veio, com efeito, pôr em evidência que não é possível considerar a natureza humana ou a sociedade como *dados* estanques ou estruturas imutáveis. O mesmo vale para a *identidade* pessoal, que tem de ser encarada como o resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social. COOLEY, por exemplo, que foi o primeiro autor a refletir sobre a importância da *auto-imagem* compara as respostas dos outros a um espelho em que o actor se vê, revê e conforma a sua identidade. Só que o actor tem a possibilidade de provocar e condicionar a resposta deste espelho, manipulando a informação que lhe fornece”. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia** – O homem delinqüente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 1997. p. 345.

atribuídos a certos comportamientos y a ciertos sujetos, así como hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional (proceso de criminalización)²⁸⁸.

Dentro desse novo paradigma observou-se que o processo de criminalização se dá em dois momentos: 1) a criminalização primária pela descrição da conduta considerada ilícita pela legislação; 2) a criminalização secundária proveniente da aplicação da lei penal e da atribuição do *status* de criminoso²⁸⁹.

Observando a forma como a sociedade trata o ex-presidiário, como se fosse portador de algum mal ou doença contagiosa, pode-se observar nitidamente o que se tem por um processo de criminalização secundária²⁹⁰, na qual a sombra

²⁸⁸ “A introdução do *labelling approach* (teoria do etiquetamento), devido especialmente à influência de correntes sociológicas de origem fenomenológicas (como o interacionismo simbólico e etnometodológico), na sociologia da desviação e do controle social, e de outros avanços da reflexão sociológica e histórica sobre o fenômeno criminal e sobre o direito penal, tem determinado, no interior da criminologia contemporânea, uma mudança de paradigma a partir da qual estes mecanismos de definição e de reação social tem ocupado um lugar cada vez mais central no objeto de investigação criminológica. Se tem consolidado assim um paradigma alternativo da ‘reação social’ ou ‘paradigma da definição’. Sobre a base do novo paradigma a investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, para as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a certos sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processos de criminalização)”. BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Dirección de Carlos Alberto Elbert. Buenos Aires/Argentina: B de F Editorial, 2004. p. 91-92.

²⁸⁹ “No processo de ‘criminalização primária’ selecionam-se as condutas que põem em risco o sistema e estabelecem suas definições com suas respectivas conseqüências jurídicas: penas ou medidas de segurança. [...] Requer-se todo um mecanismo de persecução para poder incriminar aqueles que transgridam as normas estabelecidas: policiais, juízes, promotores, advogados, etc. [...] A estes se lhes denomina ‘operadores do Direito’ e são aqueles aos quais compete pôr em marcha todo o aparato incriminador conhecido como ‘criminalização secundária’. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um Sistema Penal Democrático. p. 105.

²⁹⁰ “*Delinquência secundária*. Introduzido por LEMERT em 1951, o conceito de *secondary deviance* viria a converter-se num dos tópicos centrais de toda a criminologia *labeling*. O que fundamentalmente a distingue da ‘*deviance* primária’, é a sua etiologia: enquanto esta ‘é poligenética e devida a uma variedade de factores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos’, a *deviance* secundária traduz-se numa resposta de ‘defesa, ataque, adaptação aos problemas manifestos ou latentes criados pela reacção social à *deviance* primária’. De forma mais explícita escreve ainda LEMERT: ‘A *secondary deviance* refere-se a uma classe especial de respostas socialmente definidas a problemas criados pelas reacção social à *deviance*. Trata-se fundamentalmente de problemas sociais provocados pela estigmatização, punição, segregação e controle social, factos que têm o efeito comum de diferenciar o ambiente simbólico e interaccional a que uma pessoa responde, comprometendo drasticamente a sua socialização. Tais factos convertem-se em eventos centrais na existência de quem os experimenta, alterando a sua estrutura psíquica, criando uma organização especial de papéis sociais e de atitudes para consigo. As acções que têm como referência estes papéis e atitudes para consigo constituem a *deviance* secundária. Por seu turno, o ‘desviante secundário’, é uma pessoa cuja vida e identidade se organizam em torno dos factos da *deviance*’. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia** – O homem delinqüente e a sociedade criminógena. p. 349-350.

do crime persegue o indivíduo mesmo depois de cumprida a pena de prisão, estreitando as possibilidades de alcançar uma posição social que o afaste do caminho da ilicitude. Sobre isso assevera Figueiredo DIAS:

“Tratar uma pessoa – escreve BECKER – como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinqüente, tem o efeito de uma profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder à imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado de harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinqüência” [...] A resposta dramatizada e ritualizada à delinqüência desencadeia dois tipos de conseqüências, convergentes nos seus efeitos últimos. Em primeiro lugar e no plano dos *outros significantes*, potencia a distância social em relação ao delinqüente, estreitando a sua margem de oportunidades legítimas e induzindo a procura de oportunidades ilegítimas. [...] Em segundo lugar e no que respeita ao delinqüente, provoca a conformação às expectativas estereotipadas da sociedade, a auto-representação como delinqüente e o respectivo *role-engulfment* que, muitas vezes, será irreversível”²⁹¹.

O fato do indivíduo ter sido condenado e encarcerado servirá inclusive para o Sistema Penal tratá-lo de forma diferenciada através da reincidência ou da influência dos antecedentes criminais²⁹². Esse tratamento gerará estigmas²⁹³ que justificarão a tratativa preconceituosa por parte da sociedade, que não mais considerará o indivíduo alguém “normal”.

Esse reflexo do processo de criminalização secundária acontece a qualquer pessoa que seja condenada e cumpra uma pena de prisão. Quando essa pena de prisão implicar na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado a

²⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia** – O homem delinqüente e a sociedade criminógena. p.352-353.

²⁹² “Ao aceitar a influência dos antecedentes e da reincidência criminal, inclusive após o cumprimento da pena, o sistema penal faz reforçar o estigma do indivíduo criminalizado, tornando-o refém do seu próprio passado. As marcas desse passado não somente indicam que as profecias se realizarão por si mesmas (*self-fulfilling prophecy*), mas que a sua realização é indispensável, pois, mesmo que o indivíduo venha a se reabilitar socialmente, será considerado muito mais pelo que foi do que pelo que é”. BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**. p. 217.

²⁹³ “Estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também de imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controlá-lo e até mesmo de linguagem de relações, para empregar expressão de Erving Goffman, que compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os estigmatizados e os ‘normais’, pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é completamente humano. Então, a idéia pretérita de estigma significando somente um sinal material já não existe mais, há muito tempo, ou se ainda subsiste, não é esta que será aqui considerada”. BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas** – um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 25.

situação tende a ser muito pior. A presunção de que o criminoso condenado era um ser perigoso vai ganhar ainda mais argumentos, fortalecendo o estigma carregado pelo indivíduo. Enquanto outros criminosos teriam sua periculosidade sob suspeita, alguém que cumpriu pena em estabelecimento penitenciário de segurança máxima, em cela isolada dos demais detentos e lá permaneceu por um ou mais anos, tem sua periculosidade confirmada irrefutavelmente.

Adicionando mais um elemento nesse quadro já tétrico, aparece a ação da mídia que, baseada numa postura mercadológica na qual quanto mais sangue e mais violência compor a notícia, mais tende a gerar audiência e por conseqüência lucros. Nesse processo de lucro e criminalização antecipada²⁹⁴, a mídia aponta certas pessoas como sendo a “personificação do mal” ou como “monstros” ou “animais” não restando outra saída ao público acrítico a não ser o medo. Com a fomentação do medo na população aparecem os impulsionadores de reformas legislativas que almejam penas mais graves, prisões mais seguras e mais cruéis, como sendo essas as melhores soluções para a criminalidade. Em razão disso, como seria tratado um indivíduo que cumpriu a sua pena, passando pelos rigores do Regime Disciplinar Diferenciado, após voltar à sociedade? Imagina-se um quadro próximo do Diabo em pessoa rompendo os limites entre o inferno e o plano terreno.

Concluindo o raciocínio quanto ao efeito da estigmatização sobre o indivíduo que cumpriu parte de sua pena no Regime Disciplinar Diferenciado, pode-se criar a seguinte situação: imagine-se o caso de um indivíduo condenado por tráfico de drogas, que foi motivo de semanas e semanas de reportagens sobre suas ações criminosas, que além de preso, foi colocado no Regime Disciplinar Diferenciado. Quando esse indivíduo sair, quem daria um emprego a ele? Qual seria seu destino além de retornar ao mesmo nicho criminoso do qual retirava seu sustento? É difícil imaginar Fernandinho Beira-mar, ícone do crime

²⁹⁴ “Nos meios de comunicação, não se distingue entre suspeitos e condenados. Ainda que a imprensa pretenda diferenciá-los, a maneira como divulga os fatos criminosos e expõe os seus possíveis autores leva à abolição de um princípio lógico, do qual se originou o princípio jurídico da presunção da inocência. Segundo Carnelutti, se de um princípio lógico se fez uma norma jurídica, é para determinar que as pessoas se contêm em relação ao investigado ou acusado para não ocasionar-lhe humilhações, sentimentos de vergonha que virão da certeza do crime, isto é, da condenação”. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: RT, 2003. p. 68.

organizado no Brasil, trabalhando como vendedor de televisores em uma popular loja de eletrodomésticos perguntando ao cliente: “Você quer pagar quanto?”.

Como última das críticas apontadas em razão da utilização do isolamento, se tem ainda mais um reflexo do encarceramento, que passa por uma situação de agravamento em razão da solidão e da falta de contato humano do preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado. Será que o tempo, para alguém sozinho em uma cela, passa da mesma forma que passa para o restante da sociedade?

Stephen HAWKING e Leonard MLODINOW explicam a diferença do tempo absoluto para o tempo relativo ou pessoal:

“Até o início do século XX, as pessoas acreditavam num tempo absoluto. Isto é, cada evento poderia ser rotulado por um número chamado ‘tempo’ de uma maneira única, e todos os bons relógios concordariam sobre o intervalo de tempo entre dois eventos. Entretanto, a descoberta de que a velocidade da luz era igual para todo o observador, não importando como ele estivesse se movendo, levou à teoria da relatividade – e ao abandono da idéia de que existia um tempo absoluto único. O tempo dos eventos não poderia ser rotulado de uma única maneira. Pelo contrário, cada observador teria sua própria medida de tempo conforme registrada pelo relógio que ele carregava, e os relógios carregados por diferentes observadores não seriam necessariamente concordantes entre si. Conseqüentemente, o tempo tornou-se um conceito mais pessoal, relativo ao observador que o media”²⁹⁵.

Essa diferença criada a partir da teoria da relatividade fez com que se pudesse falar em um tempo social, isto é, um tempo que correria para a sociedade como um todo, mas que seria diferente do tempo que correria para uma pessoa inserida em algum contexto especial nesta sociedade. Ana MESSUTI explica como a existência de um tempo social e de um tempo pessoal, que também se relaciona com o espaço, aplica-se ao encarceramento:

“A pena de prisão se diferencia de todas as outras penas pela forma como combina estes dois elementos: o tempo e o espaço. Esta interseção entre tempo e espaço marca o começo de uma duração distinta, qualitativamente diversa. E isto apesar da pena ser medida com a mesma unidade que se utiliza para medir o tempo social, o tempo comum. [...] Ao construir a prisão, pretende-se imobilizar o tempo da pena. Separá-lo do tempo social que transcorre no espaço social. A prisão é uma construção no espaço para calcular de determinada maneira o tempo. O fluir do tempo

²⁹⁵ HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **Uma nova história do tempo**. Tradução de Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005. p. 109.

se opõe à firmeza do espaço. O ordenamento jurídico, mediante a prisão, procura dominar o tempo. Pareceria que o tempo no qual transcorre a vida social normal fosse um tempo relativo, e que o tempo da pena, que transcorre na prisão, assumiria um caráter absoluto. ‘No espaço tudo está imóvel e claro na geometria da proporção; tudo transcorre e flui no ritmo do tempo’²⁹⁶.

Biologicamente as pessoas sentem de forma diferente a passagem do tempo. Estudos comprovam que a liberação de dopamina, em momentos de prazer, e adrenalina em momentos de tensão, podem fazer com que a percepção do transcorrer do tempo seja alterada²⁹⁷.

Em uma cela, na melhor das hipóteses, com seis metros quadrados, uma pessoa permanece vinte e três horas, das vinte quatro existentes em um dia. Olhando para a tinta que recobre as mesmas paredes, dia após dia, semana após semana, mês após mês, chegando até mesmo em ano após ano. O tempo, em uma situação dessas, seja por motivos biológicos, seja por motivos físicos, sofreria uma cristalização, gerando uma grande dificuldade ao indivíduo em recordar se aquele fato diferente ocorreu ontem ou semana passada, pois seus

²⁹⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Maria Clara Veronesi de Toledo e Tadeu Antonio Dix Silva. São Paulo: RT, 2003, p. 33.

²⁹⁷ “O corpo humano, por mais imperceptível que possa parecer, possui relógios biológicos, fazendo com que reconhecamos alterações tanto diárias quanto momentâneas. [...] Algumas questões são relevantes, visto que são percebidas pela grande maioria dos seres humanos. Vejamos: se estivermos diante de um evento que nos é irritante ou mesmo quando ficamos ansiosos, o tempo parece mover-se em ‘slow motion’. No entanto, quando estamos em um ambiente agradável, fazendo coisas que nos dão prazer, as horas passam como se fossem minutos. Qual o motivo disso ocorrer? Porque certos animais vivem mais do que outros? Se o tempo é uma ilusão, como envelhecemos? Isso posto, cabe ver o pouco que os pesquisadores já conseguiram descobrir sobre a relação entre o tempo, o corpo e a mente. [...] Até o momento, sabe-se que o organismo possui, se é que se pode chamar de relógios, certos ‘relógios de intervalo’ no nosso cérebro, que fazem com que os homens consigam criar uma relação temporal entre um estímulo e sua resposta. Esses estímulos ativam as faculdades cognitivas superiores do córtex cerebral, ou seja, o centro que governa a memória. [...] Tais descobertas vieram à tona com a utilização de ressonância magnética (IRMf) que determina quais partes do cérebro estão em funcionamento no momento de responder a um estímulo. [...] As pesquisas vêm demonstrando que os gânglios basais são as estruturas que primeiramente respondem aos estímulos externos, remetendo, a partir daí, os estímulos para outras áreas do cérebro. Porém, é em uma parte dos gânglios basais, no corpo estriado, que se encontram os neurônios espinhosos, os quais segundo pesquisas de John Gibbons, são os responsáveis pela percepção e controle dos intervalos correspondentes a cada estímulo. [...] Porém, é através da liberação da dopamina, bem como do nível de adrenalina, que os pesquisadores acreditam que o organismo percebe o intervalo de tempo, ou seja, uma liberação muito grande de dopamina ou adrenalina, tal como ocorre quando se utilizam estimulantes ou quando se está estressado, fazem com que o relógio de intervalo cerebral acelere-se, o que dá a impressão de o tempo estar acelerado. De outro modo, quando o nível de dopamina é diminuído, tal como ocorre em situações desagradáveis, o tempo parece não passar. A tensão é outro grande empecilho para que os relógios de intervalo não funcionem dentro do esperado”. MORETO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão** – controle do espaço na sociedade do tempo. p. 53-56.

dias seriam todos iguais. Mesmo com outras atividades como banho de sol, o fato de alguns minutos por dia olhando outras paredes recobertas com tintas de outras cores, ou mesmo um céu azul ou cinza e algumas nuvens, não são suficientes para alterar um cotidiano extremamente repetitivo.

Os únicos fatos que representariam uma situação diferente nessa rotina tediosa seriam as curtas saídas para participação de audiências, nas quais o réu acabaria passeando pela cidade e vendo outras pessoas, mesmo que seja para receber más notícias quanto a uma nova sentença ou a negação de uma apelação.

Ocorre que, na distorcida realidade hodierna, assegurar ao encarcerado a permanência em uma cela individualizada, a possibilidade de receber visitas semanais de até duas pessoas pelo período de duas horas e o banho de sol por duas horas diárias comporiam uma oferta irrecusável para quaisquer dos presos que desafiam o princípio físico da impenetrabilidade dos objetos em celas superlotadas, em cadeias públicas sem a estrutura para os dias de visitação, nas quais o banho de sol só ocorre quando há policiamento suficiente para impedir qualquer tentativa de fuga, o que de forma alguma justifica ou legitima o agravamento dos rigores carcerários. Se o Poder Público se omite em respeitar a condição de indivíduos da grande maioria dos encarcerados, não significa que ao dar condições necessárias à existência física dos presos inseridos no Regime Disciplinar Diferenciado, esteja justificada a possibilidade de aplicação de modelos cruéis e degradantes de penas.

Outra forma de visualizar a mesma questão é através dos custos criados pela implantação do Regime Disciplinar Diferenciado. Para a aplicação do RDD é necessária uma estrutura penitenciária também diferenciada da instalada no restante das penitenciárias brasileiras. A construção de celas individuais encarece em muito a construção. Para se ter idéia, segundo informações da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, o Centro de Readaptação Penitenciária (CRP) de Presidente Bernardes, inaugurado em 2 de abril de 2002, comporta 160 presos e custou aproximadamente oito milhões de reais, o que daria um custo de cinquenta mil reais por preso só em estrutura edificada²⁹⁸.

²⁹⁸ Somente a título de comparação, seguem informações de outros custos de construção e capacidade de outras penitenciárias: A Penitenciária Compacta de Irapuru/SP, inaugurada em

Esse dinheiro poderia ser empregado na construção de outros modelos de estabelecimentos penitenciários, que por não aplicar o isolamento celular, não teriam um custo tão alto, se considerada a relação custo/preso (custo por preso).

Interessante observar que o Regime Disciplinar Diferenciado é assim adjetivado por infligir ao encarcerado rigores incomuns aos demais presos do sistema penitenciário. Seria como dizer que o preso incluído no RDD é submetido a uma cela diferenciada, na qual vai passar um tempo diferenciado, sob uma disciplina diferenciada, tendo como companhia apenas seus pensamentos, que com o passar dos meses tendem a se diferenciar dos pensamentos mais comumente presentes na cabeça dos encarcerados.

O Regime Disciplinar Diferenciado acentua todas as conseqüências cruéis que a pena de prisão de uma forma geral causa aos encarcerados. Seja pelo isolamento que abandona o objetivo de socializar o preso e que pode causar insanidade ou doenças das mais variadas, pela disciplina que fragiliza e deteriora a identidade do encarcerado, ou pela passagem lenta e repetitiva do tempo, o indivíduo submetido ao RDD sofre um tratamento “especial” ou “diferenciado”, mais ou menos como aquele dado às feras em um zoológico, no qual por ser perigoso ou peçonhento, o animal não pode permanecer em contato com qualquer outro... Contudo o que difere o RDD do tratamento das feras em um Zoológico é que as feras podem conviver ao menos entre elas.

2006, tem capacidade para abrigar 768 presos. A unidade foi construída pelo valor de R\$ 13.848.685,63. A unidade conta com detector de metais, sistema de alarme, circuito fechado de TV e telas de cobertura. Ainda no primeiro semestre a unidade vai receber um aparelho de raios-x para revista de materiais enviados aos presos (jumbo). As Penitenciárias Compactas de Tupi Paulista e Flórida Paulista, inauguradas em 2005, cada uma com capacidade para 768 presos em regime fechado, tiveram como custos, respectivamente, R\$ 15.174.275,33 e R\$ 14.800.714,71. Como medidas de segurança, ambas contam com detector de metais, sistema de alarme contra incêndio, circuito fechado de TV e proteção de tela de cobertura nos pátios; A Penitenciária Estadual de Ponta Grossa – PEPG/PR, inaugurada em 27 de maio de 2003, com 108 celas e capacidade para 432 presos, destina-se a condenados do sexo masculino que cumprem pena em regime fechado. Seu custo total, incluindo projeto, obra e equipamentos, foi no valor de R\$ 10.654.987,03, provenientes do tesouro do Estado. As celas pré-moldadas, construídas com uma estrutura de concreto de alta resistência, extremamente seguras, não permitem a abertura de túneis, dificultando fugas; A Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu, inaugurada em 19 de julho de 2002, com 124 celas e capacidade para 496 presos, destina-se a presos do sexo masculino que cumprem pena em regime fechado. O custo total, incluindo projeto, obra e equipamentos, foi no valor de R\$ 11.400.000,00, provenientes do tesouro do Estado. A Penitenciária possui painéis de controle de segurança dos mais modernos, onde todas as portas são automatizadas e é possível controlar a segurança até de fora do prédio de carceragem. Disponível em: <http://www.admpenitenciaria.sp.gov.br/> e <http://www.pr.gov.br/depen/>. Acesso em: 10 de abril de 2006.

Capítulo 3 - A Política Criminal e a relação entre o Princípio da Dignidade Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado

Como colocações finais a serem realizadas por essa dissertação, dois pontos devem ser postos em evidência. Num primeiro grupo de observações será abordada a validade material apresentada pela Política Criminal que impulsionou a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado. No segundo grupo de observações será realizado um cotejo entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado, a partir da teoria da argumentação jurídica.

3.1 A validade material da Política Criminal que produziu o Regime Disciplinar Diferenciado

Como surge uma lei no Brasil? Quais interesses são elevados da sociedade e introduzidos no Ordenamento Jurídico? Quem são os impulsionadores desse mecanismo legiferante?

As perguntas realizadas no parágrafo anterior têm respostas que preenchem obras e mais obras de várias áreas diferentes do Direito. Essas indagações servem, neste momento, somente para demonstrar os temas que percorrem os bastidores da presente pesquisa dissertativa. Caberia sim, com mais apuro e delimitação, perguntar sobre a norma que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no Ordenamento Jurídico pátrio. As potenciais respostas a algumas dessas perguntas estariam descritas no segundo capítulo, no qual, não houve apreciação sobre a validade dessa norma, seja esta material ou formal.

Inicialmente caberia expor o conceito operacional²⁹⁹ para a categoria validade material. Em razão da anterior filiação pela noção de Política Jurídica proposta por Osvaldo Ferreira de MELO, sem perder de vista as outras características necessárias à adoção de um conceito operacional³⁰⁰, com base

²⁹⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5 ed. rev.atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001, p. 41.

³⁰⁰ "COP proposto é aquele formulado doutrinariamente e cuja aceitação é livre, dependendo de uma série de fatores como: a sua logicidade e/ou a sua praticidade e/ou a sua cientificidade e/ou acatamento pelo comunidade científica (às vezes por adesão ao modismo, em outras não por isto, mas sim pela sua validade intrínseca)". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 41.

nos ensinamentos oferecidos por MELO é possível retirar um conceito operacional por composição:

“O Caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme com os valores justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser chamada de jurídica e melhor será que não faça parte do sistema normativo. [...] Essa a posição inarredável da Política do Direito”³⁰¹.

MELO relaciona a validade material à vinculação com a justiça e com a utilidade social, isto é, uma norma jurídica para ter validade material, além da validade formal, é necessário que esta seja um reflexo das manifestações da justiça³⁰² e da utilidade social³⁰³. Além desses dois elementos iniciais, em outros momentos, MELO faz alusão à ética:

“... a Política Jurídica percebe que a norma não é corpo sem alma sendo esta a capacidade de a norma gerar relações e decisões justas. Assim sendo, a validade não pode ser examinada apenas por esse estudo formal, lógico-dedutivo. A validade de essência, de matéria, será buscada no exame axiológico e teleológico, tendo-se como norte a legitimidade ética, nos termos mais abrangentes possíveis. A eficácia será também, nesse contexto, entendida não só em relação à sua adequação ao agir, mas em função da aquiescência social, ou seja, da obediência à conduta esperada”³⁰⁴.

E por fim à consciência jurídica:

³⁰¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 44.

³⁰² “Creio que seja possível ao político do direito trabalhar com quatro concepções de Justiça, complementares entre si, todas tendo em comum o fato de serem emanadas de idéias formadas no corpo social. Em resumo, poderemos mencioná-las assim: 1 – Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade: A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será considerada injusta. 2 – Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma injusta. 3 – Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: A norma cujo sentido não corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta. 4 – Justiça como legitimidade ética. A norma do Direito que conflitar com a norma de moral poderá ser considerada injusta”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 108-109.

³⁰³ “Finalmente queremos referir-nos aos critérios axiológicos utilizados para o aconselhamento, para a proposição ou para a decisão. Em qualquer desses casos levar-se-á em conta não só a fundamentação ético-política como também o chamado paradigma do cálculo de vantagens da tradição doutrinária do Utilitarismo. A experiência jurídico-política nos ensina que justiça e utilidade não são conceitos antitéticos. Se é verdade que, dependendo da natureza do assunto em estudo, se tenha, em certos casos, que optar por um ou outro critério (do justo ou do útil) a verdade é que geralmente justiça e utilidade social são qualidades da norma perfeita, que apresenta validade material e eficácia jamais comprometidas pelo dissenso ou pela desobediência reiterada”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 32.

³⁰⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 90.

“A consciência jurídica da sociedade, manifestada através das representações jurídicas, do direito informal e da opinião pública, nos revela a concepção do Direito menos como norma ou fato e mais como um dado cultural. Através dessas manifestações, é possível detectar não só um julgamento do justo e do injusto, como também do que para a sociedade é útil ou inútil. O que a sociedade (ou grupos específicos) considera legítimo ou não, pode passar por esse mecanismo de arbitramento do útil e do inútil”³⁰⁵.

Totalizando os elementos expostos em um conceito operacional por composição, com base nas obras de Osvaldo Ferreira de MELO, depois de ultrapassada qualquer dúvida quanto ao procedimento que lhe deu origem bem como sua posição no sistema de normas, pode-se considerar a validade material como a necessidade da norma vincular-se à justiça e a utilidade social, sem desrespeitar ainda a consciência jurídica sobre essa norma ou sua base ética.

A complexa relação entre esses quatro elementos proporciona à norma jurídica uma legitimidade, que amplia as possibilidades de sua aplicabilidade, conseguindo transpor mais facilmente a barreira entre o dever ser e o ser, carregando a norma com valores existentes na sociedade para qual o regramento foi criado. MELO deixa claro, contudo, que a relação entre elementos como justiça e utilidade não deve ser desarmoniosa, procurando sempre a independência entre esses orientadores, que nem sempre podem conviver simultaneamente num mesmo dispositivo legal³⁰⁶.

Pelo que já foi exposto, no segundo capítulo sobre os “momentos jurídico-políticos na produção da norma”, a fase pré-normativa tem como objeto de investigação as diversas manifestações da consciência jurídica, com vistas a observar a aquiescência ou rechaço da sociedade com relação a fatos que ocorram, ou com relação a normas já existentes. Mas o papel da consciência jurídica, seja esta individual ou social, não se resume à primeira fase da

³⁰⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 119.

³⁰⁶ “Em razão dessa visão epistemológica ambos os termos deixam de ser antiéticos como muitas vezes se procura demonstrar. Outrossim verifica-se que nem têm razão os utilitaristas quando pretendem absorver a idéia de justiça na de utilidade nem os filósofos da justiça quando pregam exatamente o contrário. O que se verifica é uma independência de ambos os conceitos que, balizando a validade material da norma, podem estar concomitantemente presentes, ou apenas estar ocorrendo a presença de um deles. É esta uma constatação de grande relevância para chegarmos ao conhecimento das espécies de juízos que a consciência Jurídica emite com relação à norma e aos procedimentos de sua construção e aplicação”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 108.

elaboração da norma, se estendendo durante e após o processo de produção normativa, como assevera MELO:

“Não resta dúvida de que a experiência obtida com o desempenho dos papéis sociais e a receptividade dos discursos recebidos dos papéis sociais, forma, em cada um de nós, a consciência jurídica individual. Mas ocorre que toda comunidade retém memória social, numa série de experiências acumuladas, tradições culturais e alocações de valores. Esta é a consciência jurídica social, categoria que reputamos da mais alta importância nas tarefas da Política Jurídica com vistas às necessidades sociais. [...] Assim a Consciência Jurídica se apresenta não só como a tradição pré-normativa da sociedade, mas ainda como readequação de valores prevalentes em seu estrato político (o estrato da consciência, da experiência, da cidadania). O que desejamos enfatizar é que, embora o sentimento e a idéia do justo e do útil não se expressem por consenso, em face de conflitos de interesses e de atitudes ideológicas no interior dos grupos sociais, é possível verificar o que deseja e [*sic*] maioria das pessoas sobre questões de interesse comum e portanto já configuradas em representações jurídicas do imaginário social. Tal verificação se dá nas manifestações de opinião pública, conforme veremos”³⁰⁷.

Num Estado Democrático de Direitos é correto afirmar que as manifestações da sociedade comporiam boa parte dos conteúdos que se transformariam em normas jurídicas, fazendo valer a democracia participativa e os pressupostos da cidadania. E quando essa consciência jurídica social aponta num sentido contrário ao adotado pelo ordenamento jurídico ou pelos princípios humanitários?

Especificamente isto acaba acontecendo no caso da Política Criminal, quando é atendida a cólera manifestada pela população amedrontada, que não vê outra saída além da instintiva, isto é, responder à violência com uma violência ainda maior, com a expectativa de que a força do Estado prevaleça sobre a ação criminosa.

Institutos e idéias como a pena de morte, pena perpétua, tortura, trabalhos forçados, isolamento, cela escura, diminuição da alimentação e outras caem no gosto popular como sendo a solução definitiva para o fenômeno da criminalidade. Esse sentimento retributivista baseado na concepção maniqueísta de fazer o bem e ser recompensado e fazer o mal implicar em punição, tem como uma das principais influências a ação da religião, principalmente a Cristã³⁰⁸, para

³⁰⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 22-23.

³⁰⁸ “O pensamento cristão, com algumas diferenças entre o protestantismo e o catolicismo, proporcionou, tanto no aspecto material como no ideológico, bom fundamento à pena privativa de

qual o paraíso é reservado apenas às pessoas boas e o inferno às que forem más. Apesar da Religião Cristã pregar também o perdão, este só ocorre depois de uma penitência. O sofrimento, nessa ótica, passa a fazer parte do processo de purificação e retorno ao lado do bem. Nas palavras de Nilo BATISTA:

“A representação de um Deus-juiz, que no início da história humana investiga e pune os delitos de Adão e Caim, e no final julgará a todos os mortais, permeia de tonalidades judiciais a conversão ao cristianismo, que na Europa rural se intensifica no século VIII. A hegemonia política da igreja católica, que alcançará o ápice no contexto da chamada reforma gregoriana, como oportunamente veremos, terá no exercício implacável – e pioneiramente transnacional – do poder penal seu mais poderoso instrumento. Operando em esferas paralelas e complementares, o direito penal canônico e o direito penitencial não apenas exprimirão a ideologia legitimadora do exercício daquele poder, mas sobretudo introduzirão concepções e práticas que, explícita ou implicitamente, subsistem até hoje. [...] A promiscuidade conceitual entre *delito* e *pecado*, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo, abrirá ao direito penal canônico uma perspectiva de *intervenção moral* comparável a poucas experiências judiciais da antigüidade, e cabalmente inédita quanto ao totalitarismo do discurso e à expressão quantitativa de suas vítimas. Essa *intervenção moral* do sistema penal estará doravante legitimada para ocupar-se do pensamento, porque o pecado (e logo, o delito) pode perfeitamente residir no pensamento, seja ele uma inquietação herética ou um desejo sexual nefando”³⁰⁹.

Mas como MELO coloca sobre o conflito ser preeminente sobre o consenso na formação das idéias de justiça e utilidade, várias são as forças que interagem na formação da consciência jurídica social. Mas existe uma força que tem o poder de apaziguar o conflito e “quase” uniformizar o posicionamento da sociedade. Os meios de comunicação, conhecidos como “quarto poder”, através de seus serviços de informação e utilidade pública acabam por dirimir parte dos conflitos existente na população usando de mecanismos de convencimento, às vezes diretos e às vezes indiretos, para nortear a postura apresentada pelos indivíduos. Esses mecanismos utilizados formam uma plêiade infindável que vai do inofensivo comercial, passando pelo *merchandising* inseridos na programação, até os editoriais dos telejornais. Mais especificamente, quando se trata do fenômeno da criminalidade, a arma utilizada é sempre o medo.

liberdade. Por esta razão, não é causal que se considere que uma das poucas exceções à prisão-custódia do século XVI tenha sido a prisão canônica”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. p. 20.

³⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro** – I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/ICC, 2002. P. 163-164.

O medo que toma conta da sociedade direciona a consciência jurídica social, mobilizando o que se pode chamar de opinião pública, numa direção contrária daquela fruto da avaliação racional da situação. A emoção (medo) propagada(o) pelos meios de comunicação atinge a população deslealmente, sensacionalizando fatos corriqueiros, agindo de forma a gerar o maior impacto ao maior número de pessoas, no menor tempo, criando uma forma de utilitarismo³¹⁰, que tem como a premissa não mais a felicidade, e sim, o medo. Quanto mais pessoas com medo, quanto mais aterradorizante for a notícia, maior é a audiência e maior o número de pessoas que não vão sair de casa em razão desse medo. Barry GLASSNER, observa esse fenômeno cruel e contagiosos:

“Uma evidência ampla do mundo real que sustenta a proposição de Gerbner encontra-se entre os idosos americanos, muitos tão perturbados com os assassinatos e com o caos vistos nas telas de suas TVs que estão aterrorizados a ponto de não querer sair de casa. Alguns se isolam tanto, que, de acordo com alguns estudos, não se exercitam o suficiente e a saúde física e mental se agrava. Nos piores casos, eles sofrem de subnutrição como consequência do medo da criminalidade induzido pela mídia. Com medo de sair de casa e comprar mantimentos, eles literalmente definham em suas casas. O padrão se torna autoperpetuante: quanto mais tempo os idosos passam em casa, mais tendem a assistir à TV e se tornam mais temerosos”³¹¹.

Raúl CERVINI³¹², referindo-se às conclusões de um Colóquio realizado na Universidade do Rio de Janeiro em 1987, consigna os vários tipos de campanhas portadoras de meta-mensagens, a saber: *campanhas de desvalorização*, onde se busca ofuscar e colocar no esquecimento valores fundamentais como a vida ou a administração formal da justiça; *campanhas maniqueístas*, onde se fragmenta artificialmente a realidade, separando o bom do mau, criando na sociedade a sensação de que o bem pode recorrer a qualquer instrumento para eliminar o mau; *campanhas de distração*, através das quais se procura focalizar a atenção da opinião pública em fatos isolados para deslocar o

³¹⁰ “Bentham pensou que podia estabelecer esse princípio sobre uma base empírica considerando a natureza humana. Todo esforço humano é um esforço em busca da felicidade. A felicidade, portanto, é a coisa que é boa em si mesma e o princípio moral do comportamento deve apontar para a ação que produz a maior soma possível de felicidade no mundo. O valor de uma ação depende, por isso, dos efeitos que produz, medido em termos de prazer (felicidade) ou dor humanos”. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 336.

³¹¹ GLASSNER, Barry. **Cultura do medo**. Tradução de Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. p.100-101.

³¹² CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. p. 87-89..

centro de interesse da crise estrutural política, econômica ou social; *campanhas conformadoras do estereótipo do criminoso*, onde se busca criar a figura do criminoso – geralmente no jovem do sexo masculino, marginalizado e pobre; e as conhecidas *campanhas de lei e ordem* que propagam o sentimento de insegurança, através da difusão de determinado tipo de delito, num processo de convencimento da opinião pública da necessidade de mudanças legislativas buscando o aumento da repressão contra aqueles considerados o público alvo.

Essa mídia chamada por ZAFFARONI de “fábrica de realidade”³¹³ faz uso de medo com arma de controle da população, perpetuando a ignorância sobre determinados assuntos, favorecendo assim, a manutenção o *status quo*:

“Os meios de comunicação social de massa – especialmente a televisão – são hoje elementos indispensáveis para o exercício do poder de todo o sistema penal. [...] Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal.”

Alessandro BARATTA, enfatiza também a conexão entre os discursos da Lei e Ordem e a propagação do medo pelos instrumentos midiáticos, buscando a formação de uma opinião pública favorável a perversas mudanças:

“Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos mass-media e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de alarme social que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de ‘lei e ordem’, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra ‘um inimigo interno’ comum”³¹⁴.

Compilando as informações sobre a formação da opinião pública, como produto da ação da mídia, com a formação da noção de consciência jurídica, assim denominada por MELO, para ser constatada a validade material de uma

³¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. p. 76.

³¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC – Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 204-205.

norma penal hodiernamente, esta deverá ter reflexo em uma política criminal extremamente repressiva contra aquele que cometesse o crime, retribuindo a violência com mais violência e impondo um sofrimento ainda maior do que o causado pela prática do ato criminal, e isto tudo, em nome da abalada segurança pública, para qual a mídia televisada cria rostos. Esses estereótipos serão separados da sociedade como se inimigos fossem, sem haver nenhuma guerra declarada.

Jock YOUNG acrescenta sobre a criação de inimigos, num claro exemplo de uma *campanha maniqueísta* (CERVINI), ou de demonização ou de criação de monstros:

“Mas é na mobilização da agressividade que há um paralelo extraordinário entre a guerra e a criminalidade. Para criar um ‘bom inimigo’, temos que ser capazes de nos convencer: 1. que eles são a causa de grande parte de nossos problemas – senão de todos; 2. que são intrinsecamente diferentes de nós: que resumem a corrupção, o mal, a degradação, etc. Isto é, apontar precisamente o objeto e essencializar. O primeiro princípio faculta dirigir a animosidade contra eles, o segundo dá ‘permissão’ para usar de violência, frequentemente de natureza extrema. Na guerra, o governo orquestra a comparação, os soldados levam a cabo os atos de violência. No crime, o governo ou os órgãos e instituições incumbidos de fazer respeitar as leis são ativos na comparação: assim, temos ‘uma guerra contra as drogas’, dirigida por um ‘czar das drogas’. A essencialidade dos ‘barões da droga’ como epítome do mal e dos ‘viciados’ como incorporação da degeneração permite à campanha concentrar-se agressiva e justificadamente em seu alvo. Quem, como pergunta finamente Nils Christie, deixaria de se mobilizar contra um ‘inimigo [tão] bom’ como este?”³¹⁵.

Hoje, percebe-se que o surgimento de leis como a 10.792/03, que deu origem ao Regime Disciplinar Diferenciado, advém justamente da busca dos representantes legislativos em dar uma resposta às manifestações da opinião pública deturpada pelo medo³¹⁶, que por vezes é uma criação artificial dos meios

³¹⁵ YOUNG, Jock. **Sociedade excludente** – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC – Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 173-174.

³¹⁶ “As origens desta lei podem ser perfeitamente detectadas. Há um estado de medo permanente na sociedade brasileira, provocado pela existência de alarmantes índices de criminalidade que, além do mais, tem invadido as cadeias e subvertido o próprio sistema de execuções penais, convertendo os próprios estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de certas ações delitivas. Isto, associado à crescente influência dos bandos criminosos, principalmente em locais onde se acumulam milhares de pessoas em condições de vida desumanas, tem feito com que as instâncias estatais de controle social reajam de modo já conhecido: a edição reiterada de mais legislação penal, progressivamente restritiva e ofensiva para as garantias fundamentais”.

de comunicação, formando uma consciência jurídica social que aponta na direção da adoção de um Direito Penal do Inimigo³¹⁷.

Expondo a ligação entre a orientação do Regime Disciplinar Diferenciado e o avanço de um Direito Penal do Inimigo, BUSATO escreve:

“A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com ‘suspeitas’ de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um ‘Direito penal do inimigo’, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinadas classes de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e ‘inimigos’”³¹⁸.

Diferenciar as pessoas de uma sociedade em duas categorias, ou seja, entre cidadãos e inimigos, e transformar o criminoso nesse inimigo, concordando com BUSATO, é aproximar os conceitos de guerra e de processo penal³¹⁹, fazendo de um regime cruel de exceção a regra para a tratativa de um fenômeno social que faz parte da vida de todos os seres humanos. Transformando a Política

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. In Revista de Estudos Criminais n. 14 p. 140.

³¹⁷ “Em segundo lugar, a política criminal seletiva-conjuntural tem uma conseqüência prática ainda mais grave. O estabelecimento de prioridades induz os órgãos de aplicação da lei a exaurir a sua severidade nos crimes ‘prioritários’: ‘punição exemplar’. Esta palavra de ordem da política criminal conjuntural propicia uma atuação ilegal dos órgãos de repressão, na tentativa de mostrar-se eficientes. Categorias de criminosos estigmatizados pela política criminal conjuntural são considerados como inimigos parciais da sociedade. Isto encoraja os órgãos de repressão a cometer ilegalidades, inclusive atos tortura, ou seja, um delito que, como já observamos, é previsto pela Constituição como um dos poucos crimes hediondos e de repressão prioritária”. DIMOULIS, Dimitri. **Da ‘política criminal’ à política da igualdade**. p. 214.

³¹⁸ BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. p. 140.

³¹⁹ “JAKOBS entende que a crítica permanente que se faz ao processo de expansão e a crescente violência da legislação penal deriva de uma confusão entre duas categorias distintas: a do cidadão e a do inimigo. ‘Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente cidadão não deve se assustar se os conceitos de ‘guerra’ e ‘processo penal’ se mesclam. Abre-se, então, ainda segundo JAKOBS, a possibilidade de tratamento diferenciado: [...] Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado [...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas, ya que de lo contrario completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal de enemigos; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana”. BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. p. 142.

Criminal em uma política de guerra a própria sociedade que elege democraticamente um governo, passa a ser inimiga deste.

Numa guerra os exércitos se diferenciam por uniformes, bandeiras, cores e as vezes até pela etnia. Ao considerar o criminoso um inimigo e tratá-lo como tal cria-se um sério problema. Não há uniformes diferentes, não há bandeiras, cores, ou etnias, o criminoso é um indivíduo como qualquer outro dentro de uma sociedade, vestindo as roupas de uma pessoa comum, sem nenhum elemento que torne possível diferenciar o criminoso daquele que ainda não cometeu um crime. Com o aumento da repressão ao crime chegará o momento em que as forças de combate à criminalidade, fazendo uso de uniformes e municiados por esse Direito Penal do Inimigo, não vão ter outra saída senão pensar que o inimigo será todo aquele que não estiver utilizando uniforme semelhante ao seu, isto é, qualquer pessoa da sociedade.

Concluindo o artigo sobre o Direito Penal do Inimigo, BUSATO afirma que: "... é necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da Lei 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"³²⁰.

A preocupação com os direitos e garantias fundamentais do homem deve estar sempre no cerne de qualquer política, seja pública, seja mais especificamente criminal. Atender à manifestação amedrontada da sociedade manifestada pela opinião pública, viciada pelo sensacionalismo midiático, apesar de atingir o requisito da validade material de uma norma jurídica, não implica necessariamente num desenvolvimento de uma Política Jurídica ética e justa.

Oswaldo Ferreira de MELO deixa muito claro que a existência da validade material de uma norma é importante para legitimar tal regramento³²¹, mas adverte que somente esta não basta: "... se forem percorridas todas as fases

³²⁰ BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. p. 145.

³²¹ "No plano filosófico pode-se entender por fundamento o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa realizar ou tutelar um valor reconhecido e necessário à coletividade. O mesmo problema é posto empiricamente pela Política do Direito que assim se liga logicamente à especulação filosófica, por atender aos meios práticos de sua atualização, segundo a tábua dos valores dominantes". MELO, Oswaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 52.

mencionadas no momento pré-normativo da produção jurídica, firma-se, no Político do Direito, a convicção de tratar-se de norma destituída de validade material ou flagrantemente em desacordo com os conhecimentos científicos pertinentes – é então o caso de propor a sua retirada do sistema”³²². Fixando além da validade material, a necessária correspondência entre a nova norma e os conhecimentos científicos que dizem respeito à situação. Acrescenta ainda que havendo discordância entre a Política Jurídica e qualquer outra política preconizada pelo Estado deve prevalecer a que garantir mais os valores humanos³²³.

Com esse enfoque de valorização dos direitos fundamentais e dos valores humanos aparece a proposta garantista de FERRAJOLI. Para o qual, garantismo teria três significados³²⁴, importando mais neste momento, o terceiro:

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

³²² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. p. 30-31.

³²³ “No caso de incompatibilidade entre os objetivos da Política do Direito e qualquer outra política conduzida pelo Estado ou por este patrocinada, o mundo jurídico tem condições (e principalmente obrigação) de mobilizar todo seu poderoso arsenal teórico e institucional, que inclui a doutrina, o magistério, o debate legislativo e especialmente a ação de um poder judiciário independente e bem preparado, para garantir a opção pelos valores humanos, em detrimento dos produtos da dominação e daquilo convencionado institucionalmente”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 21-22.

³²⁴ Um primeiro significado para Garantismo seria a designação de um “modelo normativo de direito”, esse sistema normativo tem como base a legalidade e seus efeitos, “sob um plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantias dos direitos dos cidadãos”. Num segundo significado o garantismo designaria uma “teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica quer mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito”. Seria o caso de diferenciar a normatividade e a realidade (Teoria da Divergência). É um aporte mais questionador no qual “...o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer que dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p. 685.

legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo”³²⁵.

Apesar de não utilizar a denominação de validade material e formal, manifesta um desenvolvimento semelhante através da “legitimação externa” e “interna”³²⁶, respectivamente. Colocando o Estado muito mais numa posição limitada pelo regramento, especialmente constitucional, do que na posição de limitador, respeitando não só a validade material, como também a estrita legalidade, e assim, automaticamente, respeitando os direitos fundamentais já descritos no ordenamento³²⁷.

No momento da criação da legislação, particularmente na penal, há a necessidade de parâmetros não somente materiais, isto é, com base no senso de justiça da população, ou num simples utilitarismo. Há necessidade de olhar o próximo sem desumanizá-lo, isto é, sem transformá-lo em um inimigo ou em um

³²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 684-685.

³²⁶ “Por *legitimação externa* ou *justificação* refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por *legitimação interna* ou *legitimação em sentido estrito* refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às *razões externas*, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas *razões internas*, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre *justiça* e *validade*. Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como ‘justos’ em base a critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez, serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como ‘válidos’, ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos. Em se cotejando a distinção entre justiça e validade com aquela entre legitimação externa e interna, parece-me preferível esta última por duas razões: primeiramente, estas duas expressões são mais genéricas, identificando não apenas ‘valores’ mas, inclusive, e de forma mais ampla, ‘pontos de vista’ normativos; ao depois, porque são menos comprometedoras, vez que não fazem menção a qualquer das doutrinas existentes, positivas ou jusnaturalistas, sobre a validade e a justiça. ‘Legitimação externa’ ou ‘justificação’ (do direito), particularmente, possuem um significado mais extenso e menos comprometido do que aquele de ‘justiça’, abrangendo não apenas valores ou razões ético-políticas, mas, também, qualquer ‘boa’ razão metalegal, ou até mesmo somente política, de oportunidade, de interesse ou de funcionalidade prática”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 171.

³²⁷ “Por isto, hoje é tempo de uma ciência da legislação [...] Apenas um remodelamento do papel da lei, sustentado por uma renovada e atualizada ciência da legislação, pode reestruturar e em muitos casos instaurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente à tutela dos direitos fundamentais. Obviamente isto não quer dizer exumar antigas ilusões iluministas de perfeita racionalidade. Deve antes, assistir-nos a plena consciência da imperfeição inevitável de qualquer sistema jurídico e, além do mais, daqueles sistemas como os Estados democráticos de direito, que incorporam em suas Constituições valores e expectativas altas e até mesmo utópicas, mas de tudo realizáveis. Mas é precisamente esta consciência que deve assistir seja a legislação que a cultura jurídica na transformação e na proteção do direito”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 736-737.

problema a ser resolvido, e para tanto, basta observar os avanços conseguidos através das garantias e direitos fundamentais.

Sintetizando a principal característica do garantismo, e por consequência do garantismo penal, FERRAJOLI arremata:

“Como a função utilitária e garantista do direito penal é aquela da minimização da violência, tanto privada quanto pública, a função garantista do direito em geral consiste na minimização do poder, de outro modo, absoluto: dos poderes privados, os quais se manifestam no uso da força física, no aproveitamento imoral ou injusto e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; dos poderes públicos, os quais se exprimem nos arbítrios políticos nos abusos policiais e administrativos. [...] A técnica desta minimização é aquela já mencionada da igual garantia e maximização dos direitos fundamentais, e da correlativa limitação e funcionalidade das situações jurídicas de poder. [...] Limitam a liberdade as leis que comprimem direitos fundamentais, como por exemplo, as normas penais sobre delitos de opinião, ou de associação ou de reunião. Ao contrário, as leis emanadas sob a tutela de tais direitos limitam mais os poderes dos sujeitos mais fortes, em garantia das liberdades ou das expectativas dos sujeitos mais fracos. [...] A função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade”³²⁸.

A Política Jurídica não pode ser apenas uma manifestação de uma consciência jurídica refletindo a opinião pública da maioria da população, ou de um critério simplesmente utilitarista, senão, deve ser sim conexa com os direitos e garantias individuais de modo que, as novas normas jurídicas não venham a retirar direitos, agravar intervenções estatais, recrudescer as sanções, perseguir minorias e excluir o próximo criando classificações, e sim, a norma jurídica venha num sentido de diminuir as desigualdades, incluindo este “outro”, que só passa ao papel de *outsider* por ação dessa discriminação realizada pela sociedade. Não se pode deixar que o mesmo titular, que manifesta sentimentos preconceituosos que dão origem à separação da sociedade, utilize-se do Direito Penal para além de discriminar, punir a diferença.

3.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado.

Convencer alguém de que algo está certo ou errado, que algo é verdade ou mentira, tentar mudar a concepção de uma pessoa sobre um determinado

³²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 745-746.

assunto polêmico, é sempre tarefa das mais complexas. Para tanto, são utilizadas várias “armas”, que compreendem desde uma conversa amigável até a violência física. Quando há necessidade de convencer alguém sobre a veracidade ou cientificidade de uma idéia pode-se optar por reproduzir empiricamente uma experiência, exemplificando a ocorrência fática, até que sejam esgotadas as possibilidades daquele experimento, podendo-se assim chegar a alguns apontamentos. Ocorre que em certas experiências, e especificamente em certas áreas da ciência, não se pode optar pelo método empírico, sendo impossível, por exemplo, levar um termômetro até o Sol para medir sua temperatura, ou prever o comportamento do clima ou de animais dentro de uma floresta.

Inicialmente com os avanços trazidos pelo estudo da incerteza³²⁹, que abalou todo o complexo de leis físicas newtonianas, servindo de base para o desenvolvimento da física quântica, a capacidade do homem em prever se uma teoria é “correta ou incorreta” a partir do que poderia ser verificado, se enfraqueceu. Todos os avanços da física no Século XX, e mais recentemente a teoria do caos³³⁰, resultaram na passagem das noções de verdade e ciência, de

³²⁹ “A hipótese quântica explicou muito bem a taxa observada de emissão de radiação dos corpos quentes, mas suas implicações para o determinismo só foram percebidas em 1926, quando outro cientista alemão, Werner Heisenberg, formulou seu famoso princípio da incerteza. [...] O princípio da incerteza nos diz que, ao contrário da crença de Laplace, a natureza realmente impõe limites na nossa capacidade de prever o futuro com o uso de lei científica. Isto porque, para prever a posição e velocidade futuras de uma partícula, é necessário que se possa medir seu estado inicial – isto é, sua presente posição e velocidade – com exatidão. A maneira óbvia de fazê-lo é iluminar a partícula. [...] Segundo a hipótese quântica de Plank, contudo, não é possível usar uma quantidade arbitrariamente pequena de luz: você precisa usar pelo menos um quantum, cuja energia é maior em frequências maiores. Logo, quanto maior a precisão com que você quiser medir a posição da partícula, mais energético será o quantum de luz que você precisará atirar contra ela. [...] De acordo com a teoria quântica, mesmo um quantum de luz perturbará a partícula: alterará sua velocidade de uma maneira que não pode ser prevista. E quanto mais energético for o quantum de luz que você vai usar, maior será o distúrbio provável. Isto significa que, para medições mais precisas da posição, quando você terá de empregar um quantum mais energético, a velocidade da partícula será perturbada num valor maior. Logo, quanto maior a precisão com que você tentar medir a posição da partícula, menor será a precisão com que conseguirá medir sua velocidade, e vice-versa”. HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **Uma nova história do tempo**. p. 94-95.

³³⁰ “A teoria do caos foi antecipada por Jules Poincaré (1854-1912) em sua obra ‘Ciência e Método’, de 1908. Ganhou forma e rigor matemático nas décadas de 1970 e 1980 nas indefinidas fronteiras entre a meteorologia, ecologia, astronomia, dinâmica de fluídos, economia e vários ramos da matemática, relevando uma universalidade de formas e padrões manifestos em diversos contextos de formas e padrões manifestos em diversos contextos da natureza e aparentemente sem qualquer relação entre si. A teoria do caos veio separar causalidade de previsibilidade, estabelecendo não que os acontecimentos sejam fortuitos, mas que muitas vezes não se pode prever os efeitos de causas especificáveis, mesmo em sistemas completamente determinísticos. As leis da física permitem que se obtenham as equações matemáticas que descreveram a evolução de muitos sistemas caóticos. [...] O caos não aparece, portanto, devido à nossa

uma fase determinista para uma fase probabilística, caindo por terra a segurança das afirmações científicas, formatando-se, para tanto, vários critérios para compensar a falta de certeza quanto ao mundo, ou quanto o que se pode considerar científico ou não. Como exemplos desses critérios aparecem a Navalha de Occam³³¹, um princípio econômico pelo qual são retiradas todas as características de uma teoria que não podem ser observadas, passando a considerar certa a explicação mais simples. Ou a falseabilidade de Karl Popper³³², que na simplificação das palavras de HAWKING e MLODINOW:

“Qualquer teoria física é sempre provisória, no sentido de ser apenas uma hipótese: nunca é possível prová-la. Não importa quantas vezes os resultados dos experimentos estejam de acordo com alguma teoria, você nunca poderá ter certeza de que, na próxima vez, o resultado não a contradirá. Por outro lado, você pode desacreditar uma teoria encontrando uma única observação que seja discordante de suas previsões. Como enfatizou o filósofo da ciência Karl Popper, uma boa teoria é caracterizada pelo fato de fazer várias previsões que, em princípio, poderiam ser refutadas ou invalidadas pela observação. A cada vez que se observa que novos experimentos são concordantes com as previsões, a teoria sobrevive e aumenta a nossa confiança nela; porém, se algum dia for constatado que uma nova observação é discordante, precisamos abandonar ou modificar a teoria”³³³.

Constante no mundo científico, especialmente nos casos em que a verificação empírica é limitada, é a utilização do pensamento manifestado através das palavras, sempre num exercício racional de explicação e busca pela aceitação. Esse processo de argumentação tem como um dos principais instrumentos a Lógica, seja esta material ou formal. Nas palavras de Goffredo TELLES JÚNIOR:

“A Lógica, segundo o que já explicamos, considera a argumentação em si mesma. É evidente, pois, que estuda os elementos constitutivos da argumentação, e a disposição dada a esses elementos. Verifica-se,

ignorância sobre o sistema nem à insuficiência de métodos para resolver suas equações. O caos surge devido à sensibilidade do movimento futuro a ínfimas variações nas condições iniciais. As conseqüências sociais, políticas e econômicas desta abordagem podem ser amplas. Em História, por exemplo, é perfeitamente possível elaborar explicações coerentes após os fatos. Fazer previsões, no entanto, pode ser impossível. Ainda que o mesmo caminho de eventos seja trilhado, mudanças pequenas e insignificantes levam a desfechos completamente diversos”. MORETO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão** – controle do espaço na sociedade do tempo. p. XIX.

³³¹ HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **Uma nova história do tempo**. p. 96.

³³² POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 14. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

³³³ HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **Uma nova história do tempo**. p. 23-24.

portanto, que tal ciência compreende o estudo da causa material e da causa formal da argumentação, isto é, das causas intrínsecas desta. [...] Em conseqüência, divide-se a Lógica em duas partes principais: a primeira, dedicada ao estudo material da argumentação; a segunda, dedicada ao estudo da causa formal da argumentação. Assim, a primeira, denominada Lógica Material, considera os elementos de que se compõe a argumentação; a segunda, denominada Lógica Formal, considera a disposição dada a esses elementos”³³⁴.

Partindo da Lógica como o elemento constante e necessário na argumentação, atuando como um fator de aproximação entre as ciências naturais (matemática, v. g.) e as ciências sociais, nota-se sem dificuldades sua importância em áreas como o Direito. A utilização da Lógica como alicerce da argumentação acarreta a possibilidade de estruturar o raciocínio e permitir o desenvolvimento de idéias partindo de premissas que possibilitem a inferência de uma conclusão.

A ligação existente entre a Lógica e a argumentação se dá a partir do necessário envolvimento do raciocínio, isto é, através das palavras de Goffredo TELLES JÚNIOR: Se raciocinar “...é a operação pela qual o espírito prova uma asserção, por meio da combinação de asserções já aceitas”³³⁵. “Da operação denominada raciocínio, resulta um produto denominado argumentação”³³⁶. “Verifica-se, pois, que a Lógica é o estudo da argumentação ideal, isto é, da argumentação enquanto norteadora da operação de raciocinar”³³⁷.

Melhor apresentando as categorias argumentação e inferência cabe citar a explicação de TELLES JÚNIOR:

“A argumentação é um organismo lógico formado de várias proposições, das quais a conclusão é inferida das premissas, porque a conclusão é considerada inferior às premissas, uma vez que decorre e depende delas. Inferir é a ação de fazer decorrer um elemento intelectual de outro. A relação existente entre dois elementos, dos quais um decorre e depende do outro, chama-se relação de inferência, isto é, relação de superior a inferior. O laço lógico existente entre o antecedente e o conseqüente constitui uma relação de inferência”³³⁸.

³³⁴ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da conseqüência** – curso de lógica formal. 5. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980. p. 87.

³³⁵ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da conseqüência** – curso de lógica formal. p. 69.

³³⁶ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da conseqüência** – curso de lógica formal. p. 75.

³³⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da conseqüência** – curso de lógica formal. p. 77.

³³⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da conseqüência** – curso de lógica formal. p. 209-210.

Antes de iniciar a exposição sobre a teoria da argumentação cabe o importante alerta sobre a insuficiência da Lógica Formal como estrutura do raciocínio no âmbito jurídico, especialmente quando se trata de normas com características de princípios. Isto posto, vale dizer que não basta um raciocínio lógico-formal para aplicação de um princípio, pois seu conteúdo não se assemelha aos termos utilizados nos silogismos, devendo o princípio passar por um exercício argumentativo prudencial e não somente lógico dedutivo³³⁹.

Segundo Manuel ATIENZA são em número de três os âmbitos jurídicos, nos quais a argumentação pode ser observada: a) na produção ou estabelecimento das normas jurídicas; b) na aplicação das normas jurídicas à solução de casos; c) no âmbito da dogmática jurídica³⁴⁰;

Delimitando a análise desta conclusão quanto ao objeto do presente trabalho dissertativo, a argumentação que será utilizada para o cotejamento entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado será aquela presente no terceiro âmbito citado por ATIENZA, fazendo referência não à produção da legislação (Política Jurídica), ou a decisão de um *hard case* específico na jurisprudência, e sim, no âmbito da Dogmática Jurídica, mais apuradamente no que tange aos limites da aplicação e força normativa do princípio em questão e da legislação infra-constitucional que instituiu o RDD³⁴¹.

³³⁹ “Para representar (a fin de analizar conceptualmente) la argumentación jurídica, la teoría estándar recurre a la lógica formal (bien se trate de la lógica proposicional o de la lógica de predicados, y bien se usen o no operadores deónticos), pero ésta, por sí sola, no constituye un instrumento adecuado para tal fin. [...] La noción lógica de argumentación sirve, por tanto, para indicar que hay (o que no hay) una conexión necesaria o de deducibilidad entre unas proposiciones (las premisas) y otra u otras (la conclusión). Pero parece que esto no es suficiente para reconstruir lo que habitualmente entendemos por argumento o por buen argumento. Por ejemplo, según lo anterior cabría construir también argumentos (buenos argumentos, desde el punto de vista lógico) con premisas falsas [en realidad, por lo anteriormente dicho, la silogística tradicional no considera, o bien excluye, la posibilidad de que las premisas sean falsas, mientras que Aristóteles se refiere muchas veces a conclusiones válidas efectuadas a partir de premisas falsas; cfr. Patzig, *ibid.*], o bien con premisas que contienen información no suficientemente comprobada: «Todas las mujeres griegas respetan a sus maridos; Xantipa es una mujer griega; luego Xantipa respeta a su marido» también sería entonces un argumento válido, aunque no parece que sea tan cierto que Sócrates haya sido respetado por su mujer”. ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. Revista DOXA n.º 8, año 1990. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_02.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2005.

³⁴⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 18-19.

³⁴¹ “Finalmente, o terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da *dogmática jurídica*. A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e

Num claro contexto de justificação³⁴², o Direito aparece como uma disciplina que se preocupa em como justificar certas decisões ou conclusões inferidas a partir de premissas, que muitas vezes podem coincidir com dispositivos legais. Essa justificação dos argumentos poderia ser observada formalmente – “quando se pode considerar que um argumento, num campo determinado, é aceitável”³⁴³; ou materialmente – quando o conteúdo das premissas também é colocado em análise. Essa duplicidade da justificação dos argumentos permite a diferenciação entre a Lógica Formal e a Lógica Material³⁴⁴. Sobre essa argumentação situada no contexto de justificação explica ATIENZA, alertando especialmente sobre o decisionismo e o voluntarismo:

“A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias [...] que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também [...] como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo

sistematizar um setor do ordenamento jurídico. As teorias comuns da argumentação jurídica se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve para cumprir a segunda dessas funções. Esses processos de argumentação não são muito diferentes dos efetuados pelos órgãos aplicadores, uma vez que se trata de oferecer, a esses órgãos, critérios – argumentos – para facilitar-lhes (em sentido amplo) a tomada de uma decisão jurídica que consiste em aplicar uma norma a um caso. A diferença que, não obstante, existe entre os dois processos de argumentação poderia ser assim sintetizada: enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver casos concretos (por exemplo, se se deve ou não alimentar à força os presos que estão em greve de fome para obter determinadas mudanças em sua situação carcerária), o dogmático do Direito se ocupa de casos abstratos (por exemplo, determinar quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual dos dois deve prevalecer quando há conflito entre eles)”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 19.

³⁴² “Na filosofia da ciência costuma-se distinguir (cf. Reichenbach, 1951) entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação* das teorias científicas. Assim, de um lado está a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico; nesse plano, cabe unicamente mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e o historiador da ciência. Mas do outro lado está o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar a sua validade; essa última tarefa exige uma análise de tipo lógico (embora não são aplicáveis no contexto da descoberta). Pode-se também estender a distinção ao campo da argumentação em geral e ao da argumentação jurídica em particular (cf. Wassertrom, 1961, e Golding, 1984, págs. 22-3). Assim, uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 20.

³⁴³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 22.

³⁴⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 22.

metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade) (cf. Neumann, 1986, págs. 2 e 3)³⁴⁵.

Dentro da Lógica envolvida na argumentação jurídica aparecem vários elementos que não podem ser olvidados. Inicialmente os princípios fundamentais da Lógica que norteiam a racionalidade da argumentação. Num segundo momento uma tipologia dos argumentos utilizados no âmbito jurídico, e por fim, uma tentativa de juntar e tornar aplicável toda a teorização apresentada.

A partir dos conhecimentos de Luís Fernando COELHO, apura-se que a Lógica, muitas vezes adjetivada como clássica ou formal, descreve quatro mandamentos que devem nortear a retidão do raciocínio, ou seja: a) identidade: “... afirma que uma coisa é idêntica a si mesma e não a seu contrário; ele se enuncia: ‘O que é, é, o que não é, não é’”³⁴⁶; b) contradição: “... enuncia que o contrário do verdadeiro é falso, ou, que a mesma coisa não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser”³⁴⁷; c) terceiro excluído: “entre duas proposições contraditórias, não há outra opção entre a verdadeira e a falsa, isto é, simbolicamente, $A \vee \neg A$, [...]”; assim, A ou não A ³⁴⁸; e por último, d) razão suficiente: “nada ocorre sem que haja uma causa ou razão determinante, isto é, que tudo o que é tem sua razão de ser, todo o real é racional”³⁴⁹.

Ainda explorando a ligação entre a Lógica e a argumentação, cabe exemplificar algumas formas de raciocínio manifestadas através de argumentos que comumente são utilizados no mundo jurídico.

Várias são as classificações, ou mesmo a nomenclatura, apresentada pela tipologia dos argumentos empregados mais frequentemente no âmbito jurídico³⁵⁰. Em opção motivada pela clareza, aparece Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, que elenca doze principais argumentos, dos quais vale citar em tom exemplificativo: Argumento *ab absurdo* ou *reductio ad absurdum*: “No plano da retórica, fala-se em absurdo quando a demonstração conseqüente de uma

³⁴⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 22.

³⁴⁶ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 210.

³⁴⁷ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 210.

³⁴⁸ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 210.

³⁴⁹ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 210-211.

³⁵⁰ SOARES, Edvaldo. **Fundamentos de lógica**: elementos de lógica formal e teoria da argumentação. São Paulo: Atlas, 2003. p. 130-151; CARNEIRO, Maria Francisca; ÉLER, Karen; SEVERO, Fabiana Galera. **Teoria da argumentação jurídica** – lógica e retórica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 155-163.

proposição conduz a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a ‘verdade’ da proposição oposta”³⁵¹; Argumento *ab auctoritate*: “Trata-se de um argumento que procura provar uma tese qualquer, utilizando-se dos atos ou das opiniões de uma pessoa ou de um grupo que a apóiam. O argumento de autoridade funda-se, sobretudo, no prestígio da pessoa ou do grupo invocado”³⁵²; e por fim; Argumento *silogístico ou etinema* que será objeto de uma análise mais pausada.

O silogismo é uma forma de raciocínio lógico freqüentemente aplicado na argumentação jurídica. Nas palavras de TELLES JUNIOR: “Chama-se *argumentação dedutiva* ou *silogismo* aquela cuja conclusão é alcançada por meio de um terceiro termo, isto é, de um termo que, no antecedente, estabelece a ligação entre os dois termos, unidos na conclusão”³⁵³. A forma do silogismo ou argumentação dedutiva é dada através da relação entre duas premissas, nas quais se pode encontrar alguma coisa em comum, possibilitando a inferência de uma conclusão com base nas informações dispostas nas proposições. É regida por dois princípios fundamentais: princípio da tríplice identidade³⁵⁴ (união afirmativa de termos em uma conclusão) e o princípio da discrepância³⁵⁵ (um termo afirmativo e outro negativo se unem ao mesmo terceiro termo).

FERRAZ JUNIOR explica que o argumento silogístico dedutivo utilizado na argumentação jurídica não pode ser chamado de lógico:

“É quase-lógica porque não tem o rigor formal do silogismo, pressupondo juízos de valor não formalizáveis. Este é o caso quando se argumenta do seguinte modo: admitindo-se o princípio da irretroatividade das leis (há aqui um juízo de valor que considera a irretroatividade *superior*, por

³⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 336.

³⁵² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 337.

³⁵³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência** – curso de lógica formal. p. 218.

³⁵⁴ “Quando, no antecedente, dois termos são unidos afirmativamente a um mesmo terceiro, verifica-se a inferência da conclusão, de acordo com o primeiro princípio fundamental da argumentação dedutiva. Este princípio denomina-se *princípio da tríplice identidade*, que se enuncia como segue: Dois termos, idênticos ao mesmo terceiro, são idênticos um ao outro”. TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência** – curso de lógica formal. p. 222.

³⁵⁵ “Quando, no antecedente, um termo é unido afirmativamente a um terceiro, e, noutra premissa, um segundo termo é unido negativamente ao mesmo terceiro, verifica-se a inferência da conclusão, de acordo com o *segundo princípio fundamental da argumentação dedutiva*. Este princípio denomina-se *princípio do terceiro excluído* ou *princípio da discrepância*, que se enuncia como segue: Dois termos, dos quais um é idêntico, e outro não é idêntico ao mesmo terceiro, não são idênticos um ao outro”. TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência** – curso de lógica formal. p. 222.

motivos éticos, sociais e mesmo técnicos, à retroatividade), e a lei X é, em relação ao caso C, um caso típico de retroatividade (que deve ser recusada), segue-se a exigência de não-aplicação da lei X ao caso C. Ao lado do caráter de método de raciocínio, o etinema tem força de argumento de que a quase-dedução que ali ocorre dá a impressão de rigor lógico, o que fortalece no espírito do endereçado o sentimento de persuasão³⁵⁶.

ATIENZA, utilizando a Lógica Formal, propõe uma definição para o que se deve considerar argumento dedutivo³⁵⁷ e com base na idéia de inferência explica: “Quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo”³⁵⁸.

Dizer que um argumento tem validade dedutiva é o mesmo que afirmar que a relação lógica entre as premissas possibilita uma conclusão, porém essa validade dedutiva apresenta vários problemas quanto a sua aplicação no mundo jurídico. Como aponta ATIENZA: “Um primeiro motivo de insatisfação – aliás óbvio – deriva precisamente do fato de que a lógica dedutiva só nos oferece critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”³⁵⁹.

Analisar a validade ou não dos conteúdos dos argumentos é uma tarefa que não pertence à Lógica Formal e sim à Lógica Material, que faz uso de

³⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 343.

³⁵⁷ “Finalmente, cabe introducir la noción de argumento deductivo que vendría a ser un caso específico (límite) de la de argumento en general. Como definición de argumento deductivo propongo la siguiente: Si un autor aduce x como argumento en favor/en contra de algo, o aduce algo como argumento en favor/en contra de x , entonces su argumento es un argumento deductivo si y sólo si: a) x no se puede separar en partes de manera que el autor aduzca la primera como argumento en favor/en contra de la segunda, o viceversa, y b) si x es un argumento en favor de y y x (o, en su caso, lo aducido en favor de x) es válido (es verdadero, es correcto, etc.), entonces necesariamente debe serlo también y (o, en su caso, x); y si x es un argumento en contra de y y x (o, en su caso, lo aducido en contra de x) es válido (es verdadero, es correcto, etc.), entonces necesariamente debe ser inválido (falso, incorrecto, etc.) y (o, en su caso, x)”. ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. Revista DOXA n.º 8, 1990. p. 48. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_02.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2005.

³⁵⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 220.

³⁵⁹ “Assim, por um lado, como vimos, a partir de premissas falsas pode-se argumentar *corretamente* do ponto de vista lógico; e, por outro lado, é possível que um argumento seja *incorreto* do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis. Em alguns casos a lógica aparece como um instrumento necessário, mas insuficiente, para o controle dos argumentos (um bom material). Em outros casos é possível que a lógica (lógica dedutiva) não permita nem sequer estabelecer requisitos necessários com relação ao que deve ser um bom argumento; como veremos, um argumento não lógico – no sentido de não dedutivo – pode ser, contudo, um bom argumento.”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 28.

metodologias especiais, particulares a cada tema delimitado em uma proposição³⁶⁰.

Outro problema apontado por ATIENZA quanto ao emprego do argumento dedutivo é a presença de normas jurídicas como preposições: “Mas no Direito, na moral etc. os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciados em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade”³⁶¹.

Uma das formas sugeridas por ATIENZA, para observar o argumento jurídico é através da sugestão de Wróblewski, na qual é desenvolvida uma terminologia própria para separar a análise lógico-formal da lógico-material:

“Mas, naturalmente, além dos casos simples há também casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), isto é, suposições nas quais a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou a premissa normativa exige novas argumentações que podem ou não ser dedutivas. Wróblewski (e a sua terminologia é hoje amplamente aceita) chamou ao primeiro tipo de justificação, o que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, *justificação interna*. E ao segundo tipo de justificação, o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas, *justificação externa* (Wróblewski, 1971 e 1974). A justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito”³⁶².

Através da divisão sugerida por Wróblewski, é possível avaliar separadamente a validade dedutiva do argumento, da “potencial verdade” de seu conteúdo, mostrando assim, a insuficiência de uma análise unicamente lógica do argumento³⁶³.

³⁶⁰ “A lógica material é a lógica aplicada, a lógica desformalizada em função de cada ciência especializada. É metodologia das ciências reais-naturais, e metodologia das ciências reais-sociais (ciências reais ou ciências empíricas - *Erfahrungswissenschaften*). [...] O método tem um lado lógico-formal e outro material, extralógico. O método para verificar um teorema matemático não é o mesmo que o método para verificar fatos de consciência, ou fatos físicos, ou fatos sociais. Só no momento em que o conhecimento se reveste de *linguagem*, e na linguagem se exprimem *proposições*, só no momento proposicional do conhecimento científico tem cabimento a teoria lógica. Por isso se diz que à lógica compete o controle da *verdade formal*. Da metodologia depende o controle da *verdade material*”. VILANOVA, Lorival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Max Lomonad, 1997. p. 61.

³⁶¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 29.

³⁶² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 39-40.

³⁶³ “Antes de passar a considerar essas teorias, convém esclarecer um último ponto: como a argumentação jurídica (ou a teoria da argumentação jurídica) se relaciona com a lógica jurídica. [...] Por um lado, se pode dizer que a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica porque, como vimos anteriormente, os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica: por exemplo, da perspectiva psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal, às vezes chamada de ‘lógica material’ ou ‘lógica informal’, e

Em decorrência da insuficiência da aplicação da lógica-formal, ATIENZA, filiando-se a Ulrich Klug, propõe a adoção de uma concepção do que se poderia chamar de lógica jurídica³⁶⁴, bem como, utilizando-se ainda os conhecimentos de Kalinowski, propõe também o desenvolvimento da idéia de um raciocínio jurídico³⁶⁵. O que acaba sendo uma limitação ou especificação de parte do arcabouço que compõe a Lógica, como disciplina autônoma ou ciência, destinando esta parcela especificamente à argumentação jurídica. Lembrando-se, porém, do alerta feito por Lorival VILLANOVA, que explica que utilizar termos jurídicos em exemplos de Lógica Formal não é necessariamente criar uma lógica jurídica³⁶⁶.

Como foi inicialmente delimitado, após apresentar alguns dos princípios fundamentais da Lógica, e explicitar os tipos de argumentos mais utilizados no âmbito jurídico, a partir deste momento, caberia descrever uma teorização que

outras vezes de 'tópica', 'retórica', 'dialética' etc. [...] Por outro lado, a lógica jurídica vai além da argumentação jurídica no sentido de que tem um objeto de estudo mais amplo". ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 40.

³⁶⁴ "Klug parte de uma concepção da lógica geral como 'teoria da consequência lógica' (pág. 2), o que lhe permite distinguir entre argumentos válidos e não válidos do ponto de vista lógico-formal. A lógica jurídica seria uma parte especial dessa lógica geral, ou seja, 'a teoria das regras lógico-formais que são empregadas na aplicação do Direito' (pág. 8). E nela, por sua vez, ele distingue entre a forma básica do raciocínio jurídico – o que chamamos de silogismo judicial ou jurídico -, que, na sua opinião, seria uma aplicação ao campo do Direito do silogismo tradicional *modus barbara*; e os argumentos especiais da lógica jurídica. Nessa última categoria incluem-se: o raciocínio por analogia (ou *a simili*), o raciocínio *a contrario*, os argumentos *a fortiori* (*a maiore ad minus* e *a minori ad maius*), o *argumentum ad absurdum* e os argumentos interpretativos; estes são os que servem para estabelecer as premissas dos raciocínios dedutivos – seriam os meios a utilizar no que chamamos de 'justificação externa'- e não fazem parte propriamente da lógica jurídica: são 'princípios para a interpretação, não problemas lógico-jurídicos' (pág. 197)". ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 41.

³⁶⁵ "Kalinowski (1973) considera raciocínios jurídicos aqueles que são exigidos pela vida jurídica, e apresenta para eles uma dupla classificação. Por um lado, distingue entre raciocínios de coação intelectual (lógicos), de persuasão (teóricos) e propriamente jurídicos (os que se baseiam em suposições, prescrições, ficções etc. estabelecidas pela lei). Por outro lado, ele separa os raciocínios normativos (em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas) dos não-normativos (que seriam jurídicos apenas por acidente). Os raciocínios normativos, por seu lado, podem ocorrer no plano da elaboração, da interpretação ou da aplicação do Direito". ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. p. 42.

³⁶⁶ "Do mesmo modo, nada há de especificamente jurídico em usar a forma do raciocínio e dizer: todo grego é pessoa/ Sócrates é grego/ Sócrates é pessoa. A *forma argumental* pode ser recheada com qualquer fato, coisa, estado-de-coisas, inclusive ser recheada com fatos e coisas do mundo do direito, sem por isso alterar-se como forma de raciocínio. Por esse caminho exemplificativo, pois, não se alcança a lógica formal jurídica. Lógica formal *com exemplos jurídicos* não deixa de ser lógica geral. As variáveis lógicas são substituíveis por objetos de quaisquer universos. Apenas há que obedecer a uniformidade de substituição em todas as ocorrências da mesma variável, no mesmo contexto formal. Se enunciado: 'x é homem, implica x é mortal', não posso substituir na primeira função proposicional x por Sócrates, e, na segunda, x por Sol". VILLANOVA, Lorival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Max Lomonad, 1997. p. 64-65.

possibilite a explicação da argumentação de natureza jurídica, aproveitando tais ensinamentos para elucidar o confronto entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado.

A opção pela teorização de ATIENZA, quanto à argumentação jurídica, tem fundamento na clareza. Também contribuiu para a opção pela teoria da argumentação jurídica de ATIENZA o posicionamento do Autor quanto à necessidade de uma justificação externa, além da validade puramente dedutiva proporcionada pela Lógica Formal, acarretando assim, uma maior proximidade com a realidade.

Esse processo argumentativo inicia-se como a elaboração de uma pergunta. Quando a pergunta é facilmente respondida, em razão das informações necessárias para o raciocínio estarem presentes, a argumentação se aproxima mais de um simples raciocínio dedutivo. Porém, são raras as vezes em que essa simplicidade ocorre no mundo das questões jurídicas, ainda mais hoje, com as informações e complicações provenientes dos avanços tecnológicos e seus desdobramentos. A normalidade é o enfrentamento de questões nas quais as premissas são “deficientes”, ou por falta ou por excesso de informação³⁶⁷. Isso implica na formulação de problemas a serem resolvidos³⁶⁸, como explica ATIENZA:

“Ahora bien, en forma semejante a lo que sucedía en el ejemplo tradicional de silogismo, podría ocurrir ahora que nos encontráramos con problemas de falta de información o de información contradictoria, a propósito de las siguientes circunstancias: 1) Existen dudas sobre qué norma haya que aplicar al caso x. Llamaré a estos problemas [aquí, como en los otros tres supuestos, sigo a MacCormick, 1978, págs. 65 y sigs.] problemas de relevancia. 2) Existen dudas sobre de qué manera deben entenderse los términos (todos ellos o algunos de ellos) de la norma X/OY. Llamaré a estos problemas, problemas de interpretación. 3) Existen dudas sobre si x

³⁶⁷ “Determinación de si se trata de una situación en que existe una insuficiencia de información (es decir, de si existe una laguna [2.1.]) o bien un exceso de información (una contradicción [2.2.1]). Los problemas de redundancia, o bien son casos aproblemáticos (es decir, existe realmente redundancia) o bien pueden considerarse como casos de información insuficiente (que se transforma en redundante cuando se añaden premisas que se entienden implícitas)”. ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. Revista DOXA n.º 8, año 1990.

³⁶⁸ “Quedan, por tanto, dos tipos de situaciones problemáticas: cuando existe una información insuficiente, o bien contradictoria. En estos supuestos, argumentar sólo puede significar añadir nuevas informaciones, o bien eliminar informaciones existentes, de manera que la solución a la que se pretende llegar pueda tener, al final del proceso de la argumentación, un mayor apoyo (y, si fuera posible, un apoyo concluyente) que al comienzo. En estos casos sí que se puede decir que al final del proceso hemos obtenido algo nuevo, es decir, algo que no existía en un comienzo”. ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. p. 44.

ha tenido lugar. Llamaré a estos problemas, problemas de prueba. 4) Existen dudas sobre si x es un supuesto de X. Llamaré a estos problemas, problemas de calificación”³⁶⁹.

Quando o grau de dificuldade de solução desses problemas é alto, a doutrina, especialmente a americana, denominou esta situação como sendo um *hard case*. Esses normalmente advêm de situações jurisprudenciais reais decididas por tribunais de última entrância. Porém, a teoria da argumentação jurídica não é aplicável somente à solução de casos reais de difícil solução, como assevera ATIENZA, a argumentação jurídica serve para resolver problemas jurídicos e não somente judiciais, incluindo-se aí, não só a resolução real de um conflito existente, mas também, a solução de casos abstratos³⁷⁰.

Quanto ao tema proposto neste trabalho dissertativo pode-se desenvolver o seguinte problema: “O Regime Disciplinar Diferenciado ofende o Princípio da Dignidade Humana?”. Esse problema compreende duas variáveis ou termos e um operador lógico, denominado como “cópula”³⁷¹ por Goffredo TELLES JUNIOR.

Na busca por uma classificação do problema existente entre a Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado percebe-se que, antes de qualquer análise material de seus conteúdos, ambos os termos correspondem a normas jurídicas. A Dignidade da Pessoa Humana manifestada no ordenamento pátrio através de uma estrutura de princípio, e o Regime Disciplinar Diferenciado através de uma estrutura de regra. Neste ponto específico ocorreria uma colisão entre normas validadas formalmente dentro de um mesmo sistema normativo, mas não seria possível a utilização da ponderação proposta por Robert ALEXEY,

³⁶⁹ “Mas, de forma semelhante ao que se sucedia no exemplo tradicional de silogismo, poderia ocorrer ainda que nos encontrássemos com problemas de falta de informação ou de informação contraditória, em razão das seguintes circunstâncias: 1) Existem dúvidas sobre que norma há que aplicar ao caso x. Chamarei estes problemas [aquí, como nas outras três hipóteses, sigo MacCormick, 1978, págs. 65 e segs.] problemas de relevância. 2) Existem dúvidas sobre qual maneira devem entender os termos (todos eles ou alguns deles) da norma X/ou Y. Chamarei estes problemas, problemas de interpretação. 3) Existem dúvidas sobre se x ocorreu. Chamarei estes problemas, problemas de prova. 4) Existem dúvidas sobre se x é uma suposição de X. Chamarei estes problemas, problemas de qualificação”. ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. p. 53-54.

³⁷⁰ “Así pues, tanto la labor de los órganos jurisdiccionales y, en general, aplicadores del Derecho, como la de los dogmáticos, puede decirse que consiste en producir argumentos para la resolución de casos, bien sean individuales o genéricos, reales o ficticios”. ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho** - sobre la justificación de las decisiones judiciales. Revista Isonomia n.º 1, outubro de 1994. p. 55. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000005.htm#l7_. Acesso em: 14 de dezembro de 2005.

³⁷¹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência** – curso de lógica formal. p. 131.

descrita no primeiro capítulo, em razão desta se aplicar somente a casos concretos, não servindo, portanto, para o exame em tese da confrontação entre as normas em questão.

Afastando também em parte a análise sistemática do ordenamento, na qual, simplificada, uma Lei Federal não poderia contrariar texto expresso na Constituição Federal. Ocorre porém que, em razão da Carta Constitucional ser construída por uma base principiológica, e nesta estar compreendido o disposto quanto à Dignidade da Pessoa Humana, tem-se, com já foi referido no primeiro capítulo, que os princípios são normas que dispõem que algo deve ser realizado na maior medida possível, obedecendo as possibilidades jurídicas e reais existentes. Considerando os princípios como *mandatos de optimización*³⁷², e não considerando a Dignidade da Pessoa como um meta-valor, forma-se a possibilidade de que um princípio, que dispõe sobre um conteúdo de forma mais abstrata, seja completado por normas com características de regras quanto às situações mais particulares. Um exemplo que pode ser citado é a própria liberdade de imprensa que é limitada por várias legislações eleitorais, tendo essa limitação justificativa na isonomia entre candidatos. Da mesma forma ocorre a relação legislativa entre o Princípio da Dignidade Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado. O princípio da Dignidade é citado como um dos fundamentos da República Federativa constituída sobre as bases do Estado Democrático de Direito, sem nenhuma outra menção direta quanto à sua amplitude ou aplicabilidade na esfera dos regimes prisionais. Não é possível dizer, em razão das concepções apresentadas sobre a dignidade da pessoa, que a manifestação desse princípio constitucional ter-se-ia limitado ao disposto no artigo 5º, inciso XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;). Como se procurou demonstrar, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana abrange outras searas como a liberdade, igualdade e respeito. Portanto, abstratamente, seria possível que uma legislação infra-constitucional limitasse a amplitude de aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Mas em qual contexto? E sob qual justificação? Estas seriam as perguntas a serem realizadas se o

³⁷² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 86-87.

presente trabalho tivesse por objeto avaliar a constitucionalidade³⁷³ da norma que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento pátrio. No caso em tela, partindo do pressuposto de que ambas as normas são válidas, caberia questionar qual das normas deve ser aplicada (Q).

Atentando-se novamente à classificação de problemas proposta por ATIENZA, restaria classificar a presente discussão como um problema de relevância, tendo em vista que existem premissas deficientes por excesso de informação, sendo estas contraditórias. Porém, tal classificação não excluiria completamente a existência de outras problemáticas em segundo plano, como a interpretação dos termos vagos utilizados na lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado.

O passo seguinte, pelo modelo argumentativo proposto por ATIENZA, para resposta de problemas de relevância envolvendo informações normativas contraditórias seria a elaboração de hipóteses³⁷⁴.

³⁷³ Quanto à inconstitucionalidade do RDD: **Juarez Cirino dos Santos**: “O regime disciplinar diferenciado de isolamento em cela individual até 1 (um) ano – renovável por mais 1 (um) ano, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena – é inconstitucional, por várias razões: a) constitui violação da *dignidade da pessoa humana*, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, definido no art. 1º da Constituição Federal; b) representa instituição de *pena cruel*, expressamente excluída pelo art. 5º, XLVII, letra ‘e’ da Constituição Federal; c) a indeterminação das hipóteses de aplicação do regime disciplinar diferenciado infringe o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), porque subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais e idiossincráticos: primeiro, é indeterminável a *quantidade* de *alteração* necessária para configurar o conceito de *subversão* da ordem ou da disciplina (art. 52, LEP); segundo, é indeterminável a *quantidade* de *risco* definível como alto para a ordem e segurança da prisão ou da sociedade (art. 52, §1º, LEP); terceiro, é indefinível o conceito de *fundadas suspeitas* de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2º, LEP)”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. p. 78. **Rômulo de Andrade Moreira**: “Cotejando-se, portanto, o texto legal e a CF, concluímos, com absoluta tranquilidade, serem tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) garantindo-se, ainda que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este monstro chamado RDD**. p. 38. **Saló de Carvalho**: “Embora seja clara a inconstitucionalidade da lei não apenas por ferir o princípio constitucional da legalidade com a utilização abusiva de termos vagos, mas especialmente pela ofensa ao princípio da humanidade das penas quando prevê a submissão do preso ao regime diferenciado – a manutenção em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5º, XLVII, da Constituição da República) – o temor que se inaugura é o de que nossos tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, acolhas a barbárie posta em lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.”. CARVALHO, Saló. **Tântalo no divã**: (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). p. 104-105.

³⁷⁴ “Establecimiento de hipótesis, esto es, de nuevas premisas. Aquí deben introducirse las siguientes consideraciones: [...] 3.2. Si se trata de un problema de información contradictoria (por ejemplo, se parte de que existe una norma N1: X/OY y una norma N2: X/-OY), entonces el paso

Dentro de uma estrutura lógico-dedutiva, tendo duas possibilidades de caminhos a seguir, a formulação dessa escolha recai apenas sobre um dos termos, formulando-se uma pergunta que teria como resposta X ou -X (não X). Com base na problemática exposta, há a necessidade de uma escolha, tendo em vista as normas em conflito, entre limitar a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, optando por um menor alcance de seu âmbito de proteção, e dar aplicabilidade ao disposto pelo Regime Disciplinar Diferenciado (-D); ou, respeitar o âmbito de aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pressupondo que este seria ofendido, e não aplicar o Regime Disciplinar Diferenciado (D).

Para efetuar a opção por qualquer uma dessas hipóteses, D ou -D, há a necessidade de uma avaliação de suas justificativas, possibilitando assim, a demonstração do raciocínio envolvido no momento da escolha.

Com a Justificação Interna sendo simplificada através da passagem lógico-dedutiva das hipóteses formuladas, para a norma que será escolhida no caso em tela isto é N ou N', cabe neste momento, revisar os argumentos que compõe a Justificação Externa que funcionarão como aqueles que justificarão a adoção de uma escolha entre as possíveis normas aplicáveis.

Inicialmente, apesar de não ter sido o enfoque do presente trabalho, caberia sintetizar quais seriam os principais argumentos que justificariam a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado. Tendo sido esses argumentos apresentados indiretamente; ou, como os elementos que impulsionaram a Política Criminal da qual se originou o regime prisional em questão, ou através do manifestado pelo legislador na lei 10.792/03; ou, quando dos elementos criticados através de algumas teorias da Criminologia apresentadas ao final do segundo capítulo.

ATIENZA alerta que, para teorizar a argumentação jurídica é necessário dar atenção aos aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos dos

debe darse en el sentido de suprimir bien N1 o bien N2 (pero no las dos). Suprimir N1 significa confirmar o justificar N2, y viceversa". ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. p. 55.

argumentos³⁷⁵, possibilitando também, o entendimento a partir de uma representação gráfica.

Iniciando a estruturação da análise do argumento jurídico em questão, cabe abordar a Justificação Externa envolvida na limitação da aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, optando-se assim, por um menor alcance de seu âmbito de proteção, dando por conseqüência, aplicabilidade ao disposto pelo Regime Disciplinar Diferenciado, tratado a partir desse momento como -D.

Como primeiro aspecto dessa linha argumentativa aparece a relação entre a vontade popular pela punição severa dos criminosos perigosos (enunciado empírico – a') somado a um raciocínio motivado pelo senso comum, isto é, de que a sociedade estará mais segura com os criminosos mais perigosos presos em prisões de segurança máxima (juízo de valor – b'), fundamentando a adoção de uma política criminal mais “combativa”, podendo ser exemplificada pela corrente da Lei e Ordem (enunciado normativo – c'). Essa relação estaria apoiada no princípio democrático que rege a representação política nacional, pois, os legisladores buscam transformar os anseios populares em normas, visando assim, a modificação de certas situações sociais. Se a população pede que o Estado reaja de maneira mais enérgica contra a criminalidade, o Poder Executivo diz estar de mãos atadas em razão das leis existentes, logo, cabe ao Poder Legislativo viabilizar as alterações normativas que possibilitem a ação governamental.

Uma segunda linha argumentativa que justifica a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado é a relação entre a incomunicabilidade dos presos inseridos no RDD (enunciado normativo – d') como sendo medida capaz de combater e desestruturar o crime organizado (juízo de valor – e'). Com a mesma perspectiva das legislações anti-máfia italianas, o aprisionamento dos chefes das organizações criminosas no Brasil e sua manutenção em um estado de

³⁷⁵ Resumidamente, o aspecto sintático representa a relação entre os argumentos, através das setas que ligam as figuras que compreendem os argumentos. O aspecto semântico se preocupa com o sentido dos enunciados, facilitando a compreensão dos diversos conteúdos. O aspecto pragmático implica o tipo de linguagem aplicado pelo enunciado, podendo ser descrito através de: enunciados empíricos (universais ou singulares), enunciados normativos, juízos de valor, postulados de significação e adoção de princípios. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – teorias da argumentação jurídica**. p. 216-217.

isolamento e incomunicabilidade, seria medida capaz de desestabilizar as organizações criminosas, retirando destas a voz de comando. Essa é a maior bandeira hasteada pelo RDD, que teria como uma das maiores preocupações a coordenação, por esses chefes das organizações já recolhidos em estabelecimentos prisionais, de ações criminosas além dos muros da prisão, atingindo assim a sociedade, mesmo estando encarcerados.

Em terceiro aparece o argumento quanto ao aumento da disciplina na instituição penitenciária, quando da implantação do Regime Disciplina Diferenciado (enunciado empírico – f'). Incontestável que a disciplina em uma penitenciária que tenha seus presos recolhidos em celas individuais, tendo como conseqüência um número reduzido de encarcerados, seja extremamente aprimorada, através da facilitação do controle comportamental e da impossibilidade de insurreição dos recolhidos, tendo em vista a dificuldade da mobilização coletiva pela falta de comunicação entre os presos. Outro argumento, apresentando forte relação com o anterior, é sobre a maior segurança para os funcionários do sistema prisional (enunciado empírico – g'), tendo em vista as regras rígidas para a instalação do RDD. Assim, é possível desenvolver mais um “enunciado empírico conseqüencialista”³⁷⁶.

Como último argumento justificador da adoção do Regime Disciplinar Diferenciado, os idealizadores desse aumento dos rigores carcerários, preocupados com a sanidade mental dos recolhidos em isolamento prolongado, alegam que através de um atendimento psicológico seria possível evitar a ocorrência de doenças mentais entre os recolhidos no RDD (juízo de valor – h').

Traduzindo graficamente, a partir da proposta de ATIENZA, ter-se-ia uma seqüências de argumentos (a', b', c', d', e', f', g' e h') que favoreceriam a passagem da hipótese –D, ocasionando a ponderação entre as normas em embate, solucionando o problema de relevância inicialmente proposto, através da adoção de uma norma que limitasse o âmbito de proteção disposto no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana de forma justificada, denominada N'³⁷⁷.

Dando seqüência à apresentação do argumento resta abordar a Justificação Externa trazida para fundamentar a hipótese que prevê o respeito ao

³⁷⁶ ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica**. p. 58.

³⁷⁷ Ver gráfico 1 – anexo 3.

âmbito de aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pressupondo que este seria ofendido pelo disposto na norma que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, decorrendo na não aplicação do RDD (D).

Iniciando a linha de argumentação que justifica o respeito ao âmbito de aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em detrimento da limitação criada pelo RDD, cabe afirmar que o isolamento e o aumento dos rigores disciplinares servem apenas como medidas simbólicas que geram a sensação de segurança na população (juízo de valor – a), não interferindo sensivelmente nos índices de criminalidade de uma sociedade (enunciado empírico – b). A população se sente mais segura quando a mídia mostra que os principais criminosos do Brasil estão recolhidos em penitenciárias de segurança máxima, porém o que é constatado é a estabilidade dos índices de criminalidade que não se alteram em razão da prisão desses indivíduos que personificam o crime dentro da sociedade.

Como segundo argumento aparece a potencialidade de danos psicológicos permanentes nos encarcerados submetidos ao isolamento prolongado, principalmente naqueles que já apresentavam distúrbios mentais anteriores à prisão (enunciado empírico – c) ocasionando o desrespeito do dispositivo constitucional, art. 5º, inciso XLIX, que prevê ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (enunciado normativo – d). Apesar de haver posição minoritária e discordante entre os profissionais da área da saúde sobre o isolamento causar distúrbios mentais, como se pode observar pelo segundo capítulo do presente trabalho, a maior parte da comunidade científica considera o isolamento prolongado prejudicial à saúde, seja física ou mental, do encarcerado em cela individual sem possibilidade de convívio com outros seres humanos, mesmo que outros presos.

Como terceiro argumento pode-se afirmar que o maior rigor na execução da pena não é garantia de recuperação ou da inócuência da reincidência, tendo como única consequência certa, o aumento do sofrimento impingido ao encarcerado (juízo de valor – e), o que acarreta o desrespeito ao dispositivo constitucional, Art. 5º, inciso XLVII, que prevê a proibição de penas cruéis (enunciado normativo – f). Ou seja, aumentar o rigor das penas sem que tal medida tenha qualquer efeito no combate à criminalidade é pura manifestação de

maldade, transformando o cerceamento de liberdade em um ato com requintes despropositados de crueldade.

No mesmo sentido do argumento anterior é possível afirmar que, o isolamento celular é medida imprópria para a punição por ato criminoso, considerando a condição de ser humano do apenado (juízo de valor – g), o que implica o desrespeito ao dispositivo constitucional, Art. 5º, inciso III, que prevê a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (enunciado normativo – h). O isolamento promovido pelo RDD, que pode alcançar até um sexto da pena imposta pela sentença, pode decorrer em muitos anos de solitária, tendo em vista o tempo de condenação e a prática de faltas graves. Poucos são aqueles que resistem ao encarceramento normal por períodos longos sem perder a noção da realidade, e isso podendo conviver com outras pessoas, no caso de um indivíduo sozinho, a probabilidade de enlouquecimento deve aumentar consideravelmente. Uma pena com essa natureza tem muitas características de uma tortura, idealizada através da total dependência do encarcerado para com seus carcereiros, pela qual se conseguiria qualquer modificação comportamental almejada; ou, por outro lado, proporcionaria a inocuização do prisioneiro que perderia a noção de quem era e o que fez.

Como quinto argumento pode-se apresentar o maior custo do RDD para o Estado, se comparado à construção de penitenciárias e manutenção de presos no regime fechado normal e semi-aberto (enunciado empírico – i). Numa realidade de superlotação de presos na maior parte dos Estados brasileiros, o Poder Executivo inverte o foco da Política Criminal para a construção de presídios de segurança máxima, com um custo extremamente elevado se considerada a relação custo por preso, mantendo a situação da execução da pena precária para a maior parte dos criminosos, que não necessitam de atenção especial tendo em vista que apenas mataram, roubaram e estupraram, mas não comandam organizações criminosas.

Outro argumento, que mais teria características de um contra-argumento, seria sobre a ineficiência quanto à incomunicabilidade dos encarcerados, pois o RDD não pode impedir o contato dos presos com familiares e advogados, bem como, através da corrupção de funcionários, que disponibilizam o acesso aos meios de comunicação, como aparelhos celulares e *paggers* (enunciado empírico –

j). Mesmo recolhidos em penitenciárias que já instituíram o Regime Disciplinar Diferenciado é freqüente a notícia de que os chefes de certas organizações criminosas continuam comandando as atividades ilícitas e orquestrando ações de mais alta complexidade, como os incidentes que paralisaram a cidade de São Paulo nos dias 12 a 15 de maio de 2006³⁷⁸.

O sétimo argumento pelo respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é quanto à ineficiência do RDD no combate ao crime organizado (enunciado empírico – k), que acarreta na maior parte das vezes, a substituição do líder preso pelo segundo no comando, ou a incorporação da organização criminosa teoricamente desestruturada por outra, formando um grupo ainda maior e mais forte.

É possível ainda utilizar como argumento a noção presente na doutrina nacional e internacional da falência da pena de prisão como instrumento de recuperação e dissuasão da prática criminosa, sendo que após duzentos anos de aplicação de penas das mais diversas o crime nunca deixou de existir (estabelecimento de uma definição – l), quem dirá com o retorno aos rigores disciplinares abandonados há mais de um século pelas principais correntes de execução penal, com exceção dos Estados Unidos.

Finalizando a linha argumentativa, como decorrência do apontado, o Regime Disciplinar Diferenciado, significando apenas um aumento de crueldade aos olhos daqueles que têm consciência da falência da pena de prisão (juízo de valor – m), acaba por gerar a ofensa à noção de dignidade *para nós* (enunciado normativo – n). Da mesma forma que a população da cidade francesa onde o anão era arremessado tinha a sua noção de dignidade ofendida, para todos aqueles que não observam a prisão como uma solução para criminalidade, o RDD aparece simplesmente como um ato cruel, sem sentido e de alto custo³⁷⁹.

³⁷⁸ É impossível omitir os fatos ocorridos nos dias 12, 13, 14 e 15 de maio de 2006, nos quais a organização criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital) realizou uma série de ataques motivados pela transferência de presos para uma penitenciária de segurança máxima no interior de São Paulo. Num total de 251 agressões, 80 ônibus, 15 bancos, uma garagem de ônibus e uma estação de metrô foram atacadas. O saldo em vidas perdidas foi de 71 suspeitos mortos e 44 entre policiais e cidadãos. Ocorrendo ainda 115 prisões. O suspeito de ordenar os ataques ocorridos, no que ficou conhecido como “final-de-semana do terror”, é um dos líderes do PCC, Marcos William Herbas Camacho, o “Marcola”, que está recolhido no Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, inserido no Regime Disciplinar Diferenciado.

³⁷⁹ Ver gráfico 2 – anexo 4.

Como proceder a escolha entre as hipóteses D e -D? A resposta é simples, porém de conseqüências complexas, isto é, através da avaliação dos argumentos que justificam a adoção ou rejeição de cada uma delas. Sendo excluída a possibilidade de sempre existir uma resposta certa, como em algumas visões demonstradas por DWORKIN³⁸⁰, cabe aqui se socorrer mais uma vez das lições de ATIENZA, que explica que não se deve apelar a uma instância superior para a solução da questão (como ao Juiz Hércules de Dworkin)³⁸¹, e sim, a uma racionalidade prática norteada por princípios, como pode-se observar através de suas palavras:

“Si ahora siguiéramos cuestionándonos sobre qué cabe entender aquí por racionalidad, por racionalidad práctica, nos encontraríamos con respuestas que difieren en diversos extremos entre sí, aunque todas ellas parecen apuntar a requisitos coincidentes en lo esencial. Así, muchos juristas estarían de acuerdo en aceptar que las exigencias que plantea la racionalidad práctica en la toma de decisiones jurídicas podrían reducirse al respecto de los siguientes principios: el **principio de universalidad** o de justicia formal que establece que los casos iguales han de tratarse de la misma manera; el **principio de consistencia**, según el cual las decisiones han de basarse en premisas normativas y fácticas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas o con la información fáctica disponible; y el **principio de coherencia**, según el cual las normas deben poder subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria (coherencia normativa), mientras que los hechos no comprobados mediante prueba directa deben resultar compatibles con los otros hechos aceptados como probados, y deben poder explicarse de acuerdo con los principios y leyes que rigen en el mundo fenoménico (coherencia narrativa)”³⁸². [grifo no original]

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 175-216.

³⁸¹ “Quizás la única forma de contestar a esta pregunta sea recurriendo a una instancia que consideremos de alguna forma superior a la de los jueces y tribunales en cuestión. Por ejemplo, cabría apelar a la opinión pública o, quizás mejor, a la opinión de la comunidad jurídica, como quiera que haya de entenderse ésta. Sin embargo, en casos como el de los GRAPO -en general, frente a los casos difíciles-, la comunidad jurídica está profundamente dividida y, aunque no fuera así, nunca podríamos estar completamente seguros de que la opinión mayoritaria, o incluso unánime, de quienes integran la comunidad jurídica se haya formado de manera plenamente racional. En definitiva, al final tenemos que recurrir no a una instancia real, sino a una instancia ideal, como el espectador imparcial de Adam Smith, el juez Hércules de Dworkin, el auditorio universal de Perelman, o la comunidad ideal de diálogo de Habermas. Eso quiere decir que la respuesta correcta sería aquella a la que llegaría un ser racional, o el conjunto de todos los seres racionales, o los seres humanos si respetasen las reglas del discurso racional”. ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho** - sobre la justificación de las decisiones judiciales. p. 12-13.

³⁸² “Sim agora seguiríamos questionando-nos o que cabe entender aqui por racionalidade, por racionalidade prática, nos encontraríamos com respostas que diferem em diversos extremos entre si, mas todas elas parecem apontar requisitos coincidentes no essencial. Assim, muitos juristas

Cabe aqui demonstrar que pela aplicação dos três princípios, como critérios finais de escolha entre uma linha argumentativa e outra, a opção resta justificada pela maior força encontrada na argumentação. Essa força não é composta somente de uma lógica formal dedutível, e sim, por um exercício prudencial, que acarreta numa aura de persuasão, que cobre o argumento de clareza, inteligibilidade e idoneidade.

Aplicando o princípio da universalidade ao caso em tela, nota-se um regime de exceção onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é limitado de tal maneira que seu núcleo é desrespeitado, praticamente quando da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. No restante do ordenamento, o respeito à dignidade humana prevalece sobre a idéia de impingir sofrimento ao encarcerado, ou de aumentar os rigores da execução da pena, o que pode ser notado claramente através da análise da própria Constituição Federal, e mais especificamente na Lei de Execução Penal. A fundamentação para a aplicação do RDD é baseada em um posicionamento de Política Criminal que desnatura a condição de ser humano do apenado em nome de uma reação firme contra a criminalidade, que viria a trazer tranqüilidade à população e vantagem política ao proponente de tal medida legislativa. Não se pode em um momento assegurar os direitos do preso e em um momento seguinte, convenientemente, por motivos eleitorais, dizer que esses direitos não se aplicam a determinados casos, pois, uma lei com termos imprecisos, sujeitos a qualquer interpretação, justifica o esquecimento por se tratar de “crimes que subvertem a ordem ou disciplina internas” ou “oferecem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal”, ou muito pior, em casos em que “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

estariam de acordo em aceitar que as exigências que colocam a racionalidade prática na tomada de decisões jurídicas poderiam reduzir-se ao respeito dos seguintes princípios: o **princípio da universalidade** ou de justiça formal que estabelece que os casos iguais não de tratar-se da mesma maneira; o **princípio da consistência**, segundo o qual as decisões não de basear-se em premissas normativas e informações fácticas disponíveis; e o **princípio da coerências**, segundo o qual as normas devem poder subsumir-se aos princípios gerais ou valores que resultam aceitáveis, no sentido de que configurem uma forma de vida satisfatória (coerência normativa), enquanto que os atos não comprovados mediante prova direta devem resultar compatíveis com os outros atos aceitados como provados, e devem poder explicar-se de acordo com os princípios e leis que regem o mundo fenomênico (coerência narrativa)”. ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho** - sobre la justificación de las decisiones judiciales. p. 13.

Quanto ao princípio da consistência, este não auxilia na resolução da questão, tendo em vista que as duas linhas argumentativas têm bases normativas e apoio fático, seja através de enunciados empíricos, seja através de enunciados normativos. O processo de justificação, bem como de inferência realizado para a adoção de uma das duas normas (ou hipóteses) é formalmente correto, não havendo a constatação de falácias.

Encerrando a análise dos princípios elencados por ATIENZA para justificar uma decisão jurídica, cabe examinar o princípio da coerência, que é dividido em coerência normativa e narrativa. Quanto à coerência normativa percebe-se que a entrada do Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento pátrio só seria aceitável como uma justificada limitação do Princípio da Dignidade Humana, demonstrando a falta de harmonia e coesão do dispositivo com o restante do sistema jurídico. Aproveitando-se da falta de informação da maior parcela da sociedade, o legislador transforma a vontade popular em um ato que contraria os interesses das classes mais pobres que, em razão do abismo social e da falta de oportunidade do mercado de trabalho, acabam visualizando o crime organizado como um banco de empregos paralelo, possibilitando assim, que a garantia de respeito à sua dignidade como ser humano possa ser esquecida em nome de uma Política Criminal retribucionista e panfletária.

Quanto à coerência narrativa percebe-se mais uma vez a falsa congruência entre o ordenamento pátrio e o dispositivo que introduziu o RDD, pois a Política Criminal que serviu de base metodológica para a proposta do agravamento do regime prisional advém de exemplos internacionais não sedimentados, e por vezes inconseqüentes, como é o exemplo americano. Basear uma Política Criminal em uma teoria (como a *Broken Windows*) completamente falseada pelos dados levantados na época de sua implantação, não pode ser necessariamente chamada de base empírica suficiente.

Como último passo da teoria argumentativa de ATIENZA, após o exame das Justificações Externas e da tomada de uma decisão jurídica com base nos princípios, é possível passar das hipóteses levantadas para uma solução justificável (denominada – S)³⁸³. A resposta, que não se pode dizer correta, e sim, melhor justificada dentro de uma estrutura permeada pela Lógica Formal, somada

³⁸³ Ver gráfico 3 – anexo 5.

à Material e moldada por um exercício argumentativo baseado em critérios como a universalidade, consistência e coerência, seria, em respeito ao núcleo do Princípio da Dignidade Humana, pela inaplicabilidade da norma que prevê o Regime Disciplinar Diferenciado.

Tendo em vista que o problema em tela foi classificado como um problema de relevância, a existência de hipóteses contraditórias implica na adoção de uma das hipóteses e a automática rejeição da outra, o que por decorrência faz da linha argumentativa pela adoção da hipótese D, também a linha argumentativa pela qual se rejeita -D.

Encerrando o presente trabalho resta manifestar que o raciocínio necessário para ser tomada uma decisão jurídica não é o mais complexo passo dentro dessa estrutura para uma justa aplicação do Direito. O passo mais complexo é proceder a argumentação com base em fatos e enunciados empíricos sem a completa noção de suas conseqüências. Prever o futuro é impossível, o que se pode fazer é calcular as chances de algo acontecer e optar pela decisão que tem mais probabilidade de atingir a finalidade almejada. A incerteza e o caos regem o mundo, o restante é apenas um exercício de paciência e observação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 – Posiciona-se ao lado de Robert Alexy quanto à natureza jurídica da Dignidade da Pessoa Humana, considerando-a num primeiro plano um princípio, que compreende um direito fundamental, em razão de sua “fundamentação jusfundamental correta”;

2 – Não se pode considerar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana um meta-valor ou um princípio absoluto, pois concordando com Robert Alexy, os princípios devem se relacionar sem uma hierarquização possibilitando a ponderação com base nas informações trazidas pelos casos concretos e não pela superioridade do princípio em colisão;

3 – O núcleo conceitual do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana compreende um complexo conjunto de bases normativas, como alguns direitos fundamentais (liberdade, igualdade e respeito), sem perder de vista as bases intuitivas advindas da existência humana e seu normal desenvolvimento (noção kantiana do homem como fim, e a consciência crítica da existência dworkiana), sempre almejando a evolução do ser humano;

4 – A Política Criminal apresenta duas facetas, sendo uma manifestada pelo Poder Executivo através da Política Pública e outra através do Poder Legislativo através da Política Jurídica;

5 – A Política Criminal brasileira, quanto à aplicação da pena privativa de liberdade, não tem uma especificação clara da finalidade da aplicação dessa pena de prisão, o que causa uma falta de direcionamento da Política Criminal como um todo;

6 – A Política Criminal brasileira é composta por legislações criadas em diferentes épocas, em diferentes contextos, por diferentes legisladores, o que se reflete em uma falta de direcionamento, que acaba por resultar hodiernamente, em manifestações contraditórias em curtos espaços de tempo;

7 – O senso comum, como impulsionador de alterações normativas, encontra alguns freios na Teoria do Garantismo Penal e no Direito Penal Mínimo, quanto a vontade de aumentar penas e recrudescer regimes carcerários;

8 – A Lei 10.792 de 02 de dezembro de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), tem fortes influências dos movimentos de Política Criminal da Lei e Ordem e do Direito Penal do Inimigo;

9 – O Regime Disciplinar Diferenciado se apresenta como um conjunto de restrições destinadas aos presos, condenados ou provisórios, que venham a se enquadrar em quaisquer das modalidades descritas pela lei, gerando como consequência mais grave o isolamento por até 360 dias, podendo ser renovado por igual período, até o máximo de 1/6 da condenação;

10 – As possibilidades legais de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado são descritas na lei a partir da utilização de termos vagos e não-técnicos, ocasionando insegurança na aplicação e potenciais arbitrariedades;

11 – As críticas, direcionadas no presente trabalho ao RDD, são baseadas nas críticas à própria pena de prisão, que apresentam um processo de exponenciação, em razão do RDD implicar um regime carcerário diferenciado, importando na aplicação do isolamento em cela individual;

12 – A Política Jurídica não pode ser apenas uma manifestação de uma consciência jurídica refletindo a opinião pública da maioria da população, ou de um critério simplesmente utilitarista, senão, deve ser sim conexa com os direitos e garantias individuais de modo que as novas normas jurídicas não venham a retirar direitos, agravar intervenções estatais, recrudescer as sanções, perseguir minorias e excluir o próximo criando classificações, e sim, que a norma jurídica venha num sentido de diminuir as desigualdades, incluindo este “outro”, que só passa ao papel de *outsider* por ação dessa discriminação realizada pela sociedade;

13 – Num critério formal-legislativo o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional em razão do desrespeito direto de algumas normas

constitucionais, como a proteção à Dignidade da Pessoa Humana e a proibição de aplicação de pena cruel;

14 – Num critério material-argumentativo, tomando a teoria da argumentação de Manuel Atienza, com base na avaliação das linhas de argumentos apresentadas, tendo os princípios norteadores de uma racionalidade prática como parâmetros, se constata que solução melhor justificada para o problema abstrato proposto seria pelo respeito ao núcleo do Princípio da Dignidade Humana e pela inaplicabilidade da norma que prevê o Regime Disciplinar Diferenciado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundametales**. Madri/Espanha: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997. 607p. Título original: Theorie der Grundrecht.

_____, _____. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Tradução de Luis Villar Borda. 3. ed. Bogotá/Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2001. 138p. Título original: Juristische Interpretation und rationaler Diskurs y Diskurstheorie und Menschenrechte.

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. 549p.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. **Sobre a dignidade da pessoa**. In A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Organização de Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002. p. 213-229.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 1997. 573p.

APARECIDA, Flávia; CALDEIRA, Jérri do Carmo; *et alli*. **Cronobiologia e suas Aplicações na Prática Médica**. In Revista HB Científica Vol. 7 nº 1 / Janeiro - Abril 2000. Disponível em: <http://www.famerp.br/publicacoes/revistahb/Vol7-N1/5-cronobiologia.html>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. **Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos**. In Sistema Penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Organização de João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 65-79.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. 352p. Título Original: The Human Condition.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003. 238p. Título original: Las razones del Derecho – Teoría de la Argumentación Jurídica.

_____, _____. **Contribución para una teoría de la legislación**. Revista DOXA n.º 6, ano 1989. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_21.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2005.

_____, _____. **Las razones del derecho - sobre la justificación de las decisiones judiciales**. Revista Isonomia n.º 1, outubro de 1994. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000005.htm#l_7. Acesso em: 14 de dezembro de 2005.

_____, _____. **Para una teoría de la argumentación jurídica.** Revista DOXA n.º 8, ano 1990. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_02.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2005.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas** – um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. 239p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC – Instituto Carioca de Criminologia, 1999. 256p. Título original: Criminologia critica e critica del diritto penale.

_____, _____. **Criminología y sistema penal:** compilación in memoriam. Dirección de Carlos Alberto Elbert. Buenos Aires/Argentina: B de F Editorial, 2004. 459p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 335p.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2001. 136p.

_____, _____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro** – I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/ICC, 2002. 280p.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização.** Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1998. 230p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** – causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 352p.

_____, _____. **Manual de direito penal:** parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 744p.

BOHN, Cláudia Fernando Rivera. **A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.** In A Constituição no mundo globalizado. Organização de Sílvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. 316p. p. 131-155.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002. 344p.

BUSATO, Paulo César. **O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica.** In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/O_Direito_penal_e_os_paradigmas_da_revolu_o_tecnologica.pdf. Acesso em: 22 de março de 2006.

_____, _____. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** In Revista de Estudos Criminais n. 14, Editora Notadez. p. 137-145.

- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 317p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987. 914p.
- CARNEIRO, Maria Francisca; ÉLER, Karen; SEVERO, Fabiana Galera. **Teoria da argumentação jurídica – lógica e retórica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. 202p.
- CARVALHO, Salo. **Tântalo no divã: (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, set/outubro de 2004. p. 91-118.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Eliana Granja, *et al.* São Paulo: RT, 1995. 254p.
- COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 359p.
- COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 359p.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=974>. Acesso em: 15 de outubro de 2005.
- CRAXI, Vittorio. **Sugli articoli 41 bis e 4 bis dell'ordinamento penitenziario**. Social Critic. Disponível em: <http://www.inventati.org/laboratoriomarxista/repressione/nazionale/assemblea-milano/am-2.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2004.
- CRITSINELIS, Marco Falcão. **Políticas públicas e normas jurídicas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 88p.
- DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002. 552p.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. 562p. Título original: *Lês grands systèmes de politique criminelle*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. 371p.
- DIMOULIS, Dimitri. **Da 'política criminal' à política da igualdade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 29. São Paulo: RT, 2000. p. 208-231.
- DOTTI, René Ariel. **Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais**. In Sistema penal para o Terceiro Milênio: (atos do Colóquio Marc Ancel). Organização de João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 80-101.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 362p. Título original: *Life's dominion*.

_____, _____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p. Título original: Taking rights seriously.

_____, _____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: A matter of principle.

EDWARDS, L.; TORCELLINI, P. **A Literature Review of the Effects of Natural Light on Building Occupants**. National Renewable Energy Laboratory, julho/2002. Disponível em: www.ornl.gov/sci/solar/NREL_TP_550_30769.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964. 333p. Título original: Einführung in Das Juristische Denken.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Tradução de Carlos Arthur Hawker Costa. In Discursos Sediciosos ano 7, número 12. Rio de Janeiro: Revan/ ICC – Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 31-40.

_____, _____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores: vários. São Paulo: RT, 2002. Título original: *Diritto e ragione*. 766p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370p.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 159p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. 262p.

FREIRE, Cristiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 173p.

FURUKAWA, Nagashi. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/plivre/nagashi_furukawa.pdf. Acesso em: 04 de junho de 2005.

GARCIA, Emerson. **Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico**. João Pessoa, a. III, n. 30, 12/07/2005. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=266>. Acesso em: 10/02/2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – introducción**. 2. ed. Madri/Espanha: Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000. 573p.

GLASSNER, Barry. **Cultura do medo**. Tradução de Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003. 342p. Título original: The culture of fear.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. 312p. Título original: Asylums – Essays on the social situation of mental patients and others inmates.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. lus Net. Disponível:

http://www.iusnet.com.br/webs/IELFNova/artigos/pdf/o_regime_disciplinar_diferenciado_constitucional.pdf. Acesso em: 21 de junho de 2005.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução**. São Paulo: RT, 1994. 128p.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 376p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano**. In Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Pentead. São Paulo: RT, 1995. p. 13-30.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 89-152. Título original: Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 159p. Título original: Die Zukunft Der Menschlichen Natur: Auf Dem Weg Zu Einer Liberalen Eugenik? Gleube und Wissen.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. 456p. Título original: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.

_____, _____. **Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones**. Revista de Estudos Criminais n. 19. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005. p.11-16.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência/Espanha: Tirant lo Blanch, 1989. 237p.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **Uma nova história do tempo**. Tradução de Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005. 173p. Título original: A brief history of time.

HULSMAN, Louk. **Alternativas à justiça criminal**. In Curso livre de abolicionismo penal. Organização de Edson Pessetti. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 35-68.

Human Rights Watch. **(G)Out of Sight: Super-Maximum Security Confinement in the United States**. Fevereiro de 2000, vol. 12, N. 1. Disponível em: <http://www.hrw.org/reports/2000/supermax/Sprmx002.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

Human Rights Watch. **Cold Storage – Super-maximum Security Confinement in Indiana**. Outubro de 1997. Disponível em: <http://www.hrw.org/reports/1997/usind/>. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

Human Rights Watch. Disponível em: <http://www.hrw.org/about/initiatives/supermax.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2005.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT. 2003. 144p.

JESUS, Damásio E. **Código de Processo Penal Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. FERNANDES, Antônio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira**. In Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995. p. 31-56.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. 139p.

KARAN, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. 207p.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Título original: Punishment and Social Structure.

KUEHNE, Maurício. **Alterações à execução penal: primeiras impressões**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1008>. Acesso em: 26 de junho de 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p. Título Original: Methodenlehre Der Rechtswissenschaft.

LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica**. In Sistema Penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Organização de João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 17-43.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. 222p.

MAIEROVITCH, Wálter. **Criminalidade estimulada pela incompetência**. Jornal do Terra. Disponível em: <http://tv.terra.com.br/jornaldoterra/interna/0%2C%2COI34928-EI2413%2C00.html>. Acesso em: 21 de junho de 2004.

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>. Acesso em: 10 de outubro de 2005. (publicação sem número de páginas).

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 61-87. Título original: Notes sur lê respect de la dignité humanine ... ou petite fugue inachevée autour d'um thème central.

MEARS, Daniel P. **Evaluating the Effectiveness of Supermax Prisons**. Disponível em: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/211971.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2005.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1994. 136p.

_____, _____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. 88p.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Maria Clara Veronesi de Toledo e Tadeu Antonio Dix Silva. São Paulo: RT, 2003, 124p.

MIOTTO, Armida Berganini. Vol. I. **Curso de direito penitenciário**. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____, _____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 546p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In* Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116 e 147.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este monstro chamado RDD**. *In* Revista de Direito Penal e Processo Penal, n. 28, Outubro/Novembro de 2004. Editora Jurídicasul. p. 37-40.

MORETO, Rodrigo. **Crítica interdisciplinar da pena de prisão** – controle do espaço na sociedade do tempo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. 161p.

OLIVEIRA, Edmundo. **Evolução da legislação penitenciária no Brasil**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Número 2 (4). Período: julho/dezembro. Ano: 1994. Brasília: Ministério da Justiça. p. 69-76.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001. 208p.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Elementos de Criminologia e Política Criminal**. São Paulo: EDIPRO, 1994.

PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 216p.

PAVARINI, Máximo. **Control y dominación**: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. 223p.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *et alii*. **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. 2. ed. Madri/Espanha: Editorial Dykinson, 2003. p. 69-83.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias**: projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 333, 5 jun. 2004. (publicação sem número de páginas). Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5300>. Acesso em: 24 de janeiro de 2006.

- PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1897.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. Madri: Tecnos S. A., 1997. 252p.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 14. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2002. 566p. Título original: The logic of scientific discovery.
- PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31-45.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p. Título original: A Theory of Justice.
- RHODES, Lorna A. **Pathological Effects of the Supermaximum Prison**. *In* American Journal of Public Health, vol. 95, n.10, outubro de 2005. Disponível em: <http://www.ajph.org/cgi/content/abstract/95/10/1692>. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003. 432p. Título original: On law and justice.
- ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen Garcia Cantizano. Valência-Espanha: Tirant lo Blanch, 2000. 158p. Título original: indisponível na obra e na editora.
- RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>. Acesso em: 07 abril de 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 352p.
- _____, _____. **Crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.11, jan./mar, n.42, p.214-224.
- _____, _____. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005. 264p.
- SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**. Portugal, Porto: Edições Afrontamento, 1999. 396p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. *In* Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. p. 13-44.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 158p.
- SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de execução penal**. Campinas: Bookselles, 2002. 369p.

SILVA, Paulo Rodrigo Aflen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73-93.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Editora Del Rey, nº 1, ano 1, 2003. p. 607-630.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradutor Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. 154p. Título original: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*.

SOARES, Edvaldo. **Fundamentos de lógica**: elementos de lógica formal e teoria da argumentação. São Paulo: Atlas, 2003. 187p.

STICKRATH, Thomas J. **Supermax Prisons: Why?** In Ohio Corrections Research Compendium. Vol. II, abril de 2004. Disponível em: <http://www.drc.state.oh.us/web/Reports/compendium2004.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência** – curso de lógica formal. 5. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980. 367p.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: RT, 2003. 288p.

VILANOVA, Lorival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Max Lomonad, 1997. 335p.

YOUNG, Jock. **Sociedade excludente** – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC – Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 314p. Título original: *Social exclusion, crime and difference in late modernity*.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Título original: *Em busca de las penas perdidas*. 281p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 888p.

ANEXO I – Lei italiana n. 279 de dezembro de 2002.

Legge 23 dicembre 2002, n. 279
**"Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354,
in materia di trattamento penitenziario"**

pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 300 del 23 Dicembre 2002

Art. 1.

(Modifiche all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354)

1. All'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modifiche:

a) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'articolo 416-bis del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 e 630 del codice penale, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82. I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale. I benefici di cui al presente comma possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui ai seguenti articoli: articoli 575, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, articolo 291-*ter* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di

commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.»;

b) al comma 2-*bis*, le parole: «terzo periodo» sono sostituite dalle seguenti: «quarto periodo».

Art. 2.

(Modifiche all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354)

1. All'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, i commi 2 e 2-*bis* sono sostituiti dai seguenti:

«2. Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis*, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente.

2-*bis*. I provvedimenti emessi ai sensi del comma 2 sono adottati con decreto motivato del Ministro della giustizia, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice che procede ed acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia e gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze. I provvedimenti medesimi hanno durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e sono prorogabili nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, purchè non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno.

2-*ter*. Se anche prima della scadenza risultano venute meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga del provvedimento di cui al comma 2, il Ministro della giustizia procede, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato. Il provvedimento che non accoglie l'istanza presentata dal detenuto, dall'internato o dal difensore è reclamabile ai sensi dei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*. In caso di mancata adozione del provvedimento a seguito di istanza del detenuto, dell'internato o del difensore, la stessa si intende non accolta decorsi trenta giorni dalla sua presentazione.

2-*quater*. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 può comportare:

a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate;

b) la determinazione dei colloqui in un numero non inferiore a uno e non superiore a due al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali

attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui possono essere sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori;

c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno;

d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati;

e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia;

f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a cinque persone, ad una durata non superiore a quattro ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10.

2-*quinquies*. Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o confermata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il provvedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto al quale il detenuto o l'internato è assegnato. Il reclamo non sospende l'esecuzione. Il successivo trasferimento del detenuto o dell'internato non modifica la competenza territoriale a decidere.

2-*sexies*. Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-*quinquies*, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2. Il procuratore generale presso la corte d'appello il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento e va trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione. Qualora il reclamo sia stato accolto con la revoca della misura, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo. Con le medesime modalità il Ministro deve procedere, ove il reclamo sia stato accolto parzialmente, per la parte accolta».

Art. 3.

(Abrogazioni)

1. Sono abrogati l'articolo 6 della legge 7 gennaio 1998, n. 11, e successive modificazioni, l'articolo 1 della legge 16 febbraio 1995, n. 36, nonché l'articolo 29

del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

2. Per l'attuazione del presente articolo è autorizzata la spesa di euro 3,6 milioni annui a decorrere dal 2003. Al relativo onere si provvede mediante corrispondente riduzione delle proiezioni dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2002-2004, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2002, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia.

Art. 4.

(Disposizioni transitorie)

1. Le disposizioni di cui all'articolo 1 non si applicano nei confronti delle persone detenute per i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602 del codice penale ovvero per delitti posti in essere per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico commessi precedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge.

2. I provvedimenti, emessi dal Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, conservano efficacia fino alla scadenza in essi prevista anche se successiva alla predetta data.

Art. 5.

(Relazione al Parlamento)

1. Ogni tre anni il Presidente del Consiglio dei ministri presenta al Parlamento una relazione sullo stato di attuazione della presente legge.

Art.6.

(Entrata in vigore)

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

ANEXO II – Resolução SAP – 026 de 04 de maio de 2001.



Diário Oficial

Estado de São Paulo

Poder Executivo

Seção I

GOVERNADOR GERALDO ALCKMIN

Palácio dos Bandeirantes

Av. Morumbi, 4.500 - Morumbi - CEP 05698-900 - Fone: 3745-3344

Volume 111 - Número 84 - São Paulo, sábado, 5 de maio de 2001

Administração Penitenciária

GABINETE DO SECRETÁRIO

Resolução SAP-026, de 4-5-2001

Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado

O Secretário da Administração Penitenciária, de conformidade com a Lei de Execução Penal, especialmente o artigo 53, IV, e o Decreto 45.693/2001, considerando que:

É necessário disciplinar, dentre os estabelecimentos penitenciários, o Regime Disciplinar Diferenciado, destinado a receber presos cuja conduta aconselhe tratamento específico, a fim de fixar claramente as obrigações e as faculdades desses reeducandos;

Os objetivos de reintegração do preso ao sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária;

O Regime Disciplinar Diferenciado é peculiar, mas, apesar de seu rigor, não pode ser discriminatório, permanente ou afrontador das disposições das Constituições da República e do Estado, e da Lei de Execução Penal,

Resolve:

Artigo 1º - O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, é próprio do Anexo de Taubaté, das unidades I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras e de outras designadas pela Administração.

Artigo 2º - O Diretor Técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, solicitará a remoção do preso ao RDD, perante o Coordenador Regional das unidades prisionais, que, se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao Secretário Adjunto, para decisão final.

Artigo 3º - Ninguém será incluído no RDD por fato determinante de inclusão anterior.

Artigo 4º - O tempo máximo de permanência, na primeira inclusão, é de 180 dias;

nas demais, de 360 dias.

§ 1º - No decorrer da permanência do preso no RDD, havendo a prática de fato grave devidamente comprovado, deverá ser feito novo pedido de inclusão, procedendo-se nos termos do artigo 2º.

§ 2º - Os Diretores das unidades citadas no art. 1º., assessorados pelos técnicos do Centro de Segurança e Disciplina e do Núcleo de Reabilitação, poderão requerer ao Secretário Adjunto, com parecer prévio do Coordenador Regional, que reconsidere a decisão de inclusão do preso no RDD.

Artigo 5º - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras:

I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDD.

II - Saída da cela para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia.

III - Acompanhamento técnico programado.

IV - Duração de 2 horas semanais para as visitas, atendido o disposto no Artigo 1º da Resolução SAP-9/2001.

V - Permanecer sem algemas, no curso das visitas.

VI - Remição da pena pelo trabalho e pela educação, conforme a lei e a jurisprudência.

VII - Remição do RDD, à razão de 1 dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem remidos, no máximo, 25 dias, e cumpridos 155 dias de regime.

VIII - A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido.

IX - Contato com o mundo exterior pela correspondência escrita e leitura.

X - Entrega de alimentos, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas.

Artigo 6º - O cumprimento do RDD exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestigiar o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, a má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum.

Artigo 7º - A reinclusão só poderá ser determinada com base em fato novo ou contumácia na prática dos mesmos atos que levaram o sentenciado à primeira inclusão.

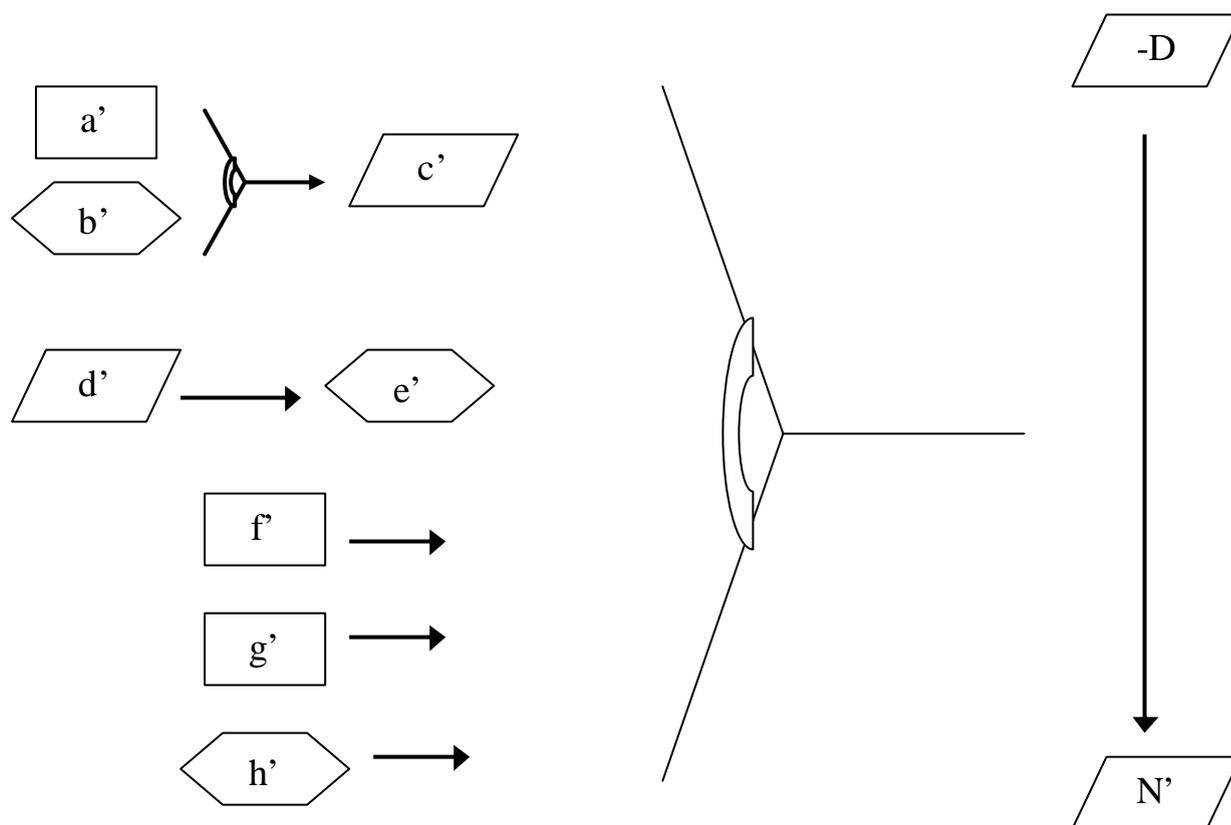
Artigo 8º - A inclusão e a exclusão do sentenciado no RDD serão comunicadas, em 48 horas, ao Juízo da Execução Penal.

Artigo 9º - Os casos omissos serão solucionados com a aplicação do Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado de São Paulo.

Artigo 10 - As ordens de inclusão no RDD, anteriores à presente Resolução, ficam canceladas.

Artigo 11 - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, alcançando desde logo os sentenciados já incluídos no RDD, sem prejuízo do tempo anterior de inclusão. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução SAP-78/93.

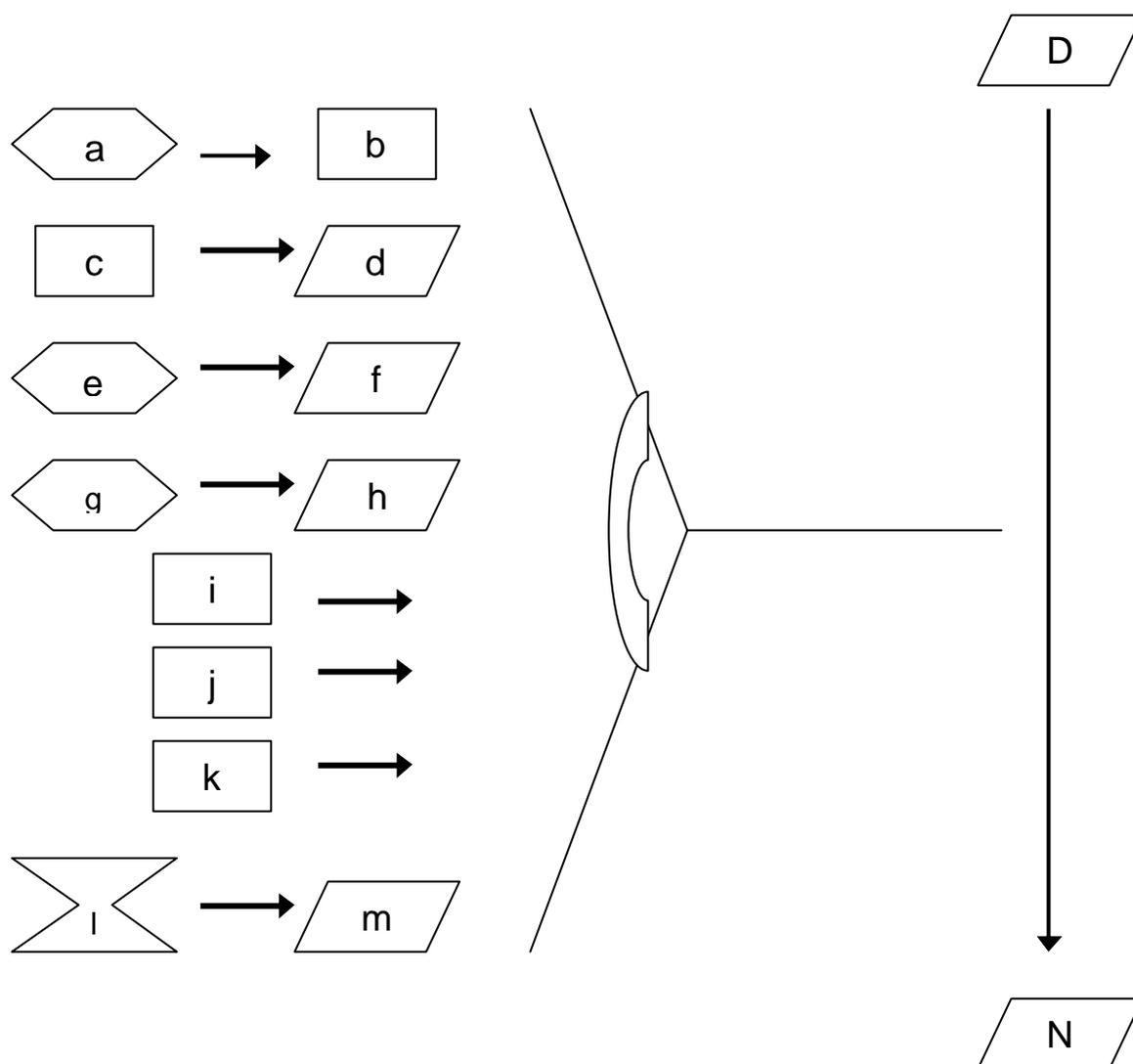
ANEXO III – GRÁFICO 1 – JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DE -D



LEGENDA

- a': enunciado empírico – vontade popular pela punição severa dos criminosos;
- b': enunciado normativo – uma política criminal mais combativa fundamentada na vontade popular;
- c': juízo de valor – a sociedade estará mais segura com os criminosos mais perigosos presos em prisões de segurança máxima;
- d': enunciado normativo – incomunicabilidade dos presos inseridos no RDD;
- e': juízo de valor – incomunicabilidade como medida capaz de combater e desestruturar o crime organizado;
- f': enunciado empírico – aumento da disciplina na instituição penitenciária, quando da implantação do Regime Disciplina Diferenciado;
- g': enunciado empírico – maior segurança para os funcionários do sistema prisional;
- h': juízo de valor – através de um atendimento psicológico seria possível evitar a ocorrência de doenças mentais entre os recolhidos no RDD;

ANEXO IV – GRÁFICO 2 – JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DE D



LEGENDA

a: juízo de valor – isolamento e o aumento dos rigores disciplinares servem apenas como medidas simbólicas que geram a sensação de segurança na população;

b: enunciado empírico – não interferindo nos índices de criminalidade numa concepção nacional;

c: enunciado empírico – potencialidade de danos psicológicos permanentes nos encarcerados submetidos ao isolamento prolongado, principalmente naqueles que já apresentavam distúrbios mentais anteriores à prisão;

d: enunciado normativo – desrespeito do dispositivo constitucional, art. 5º, inciso XLIX, que prevê ser assegurado do aos presos o respeito à integridade física e moral;

e: juízo de valor – o maior rigor na execução da pena não é garantia de recuperação ou da inocorrência da reincidência, tendo como única consequência certa, o aumento do sofrimento impingido ao encarcerado;

f: enunciado normativo – acarreta o desrespeito ao dispositivo constitucional, Art. 5º, inciso XLVII, que prevê a proibição de penais cruéis;

g: juízo de valor – o isolamento celular é medida imprópria para a punição por ato criminoso, considerando a condição de ser humano do apenado;

h: enunciado normativo – implica o desrespeito ao dispositivo constitucional, Art. 5º, inciso III, que prevê a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante;

i: enunciado empírico – maior custo do RDD para o Estado se comparado à construção de penitenciárias e manutenção de presos no regime fechado normal e semi-aberto;

j: enunciado empírico – ineficiência quanto à incomunicabilidade dos encarcerados no Regime Disciplinar Diferenciado;

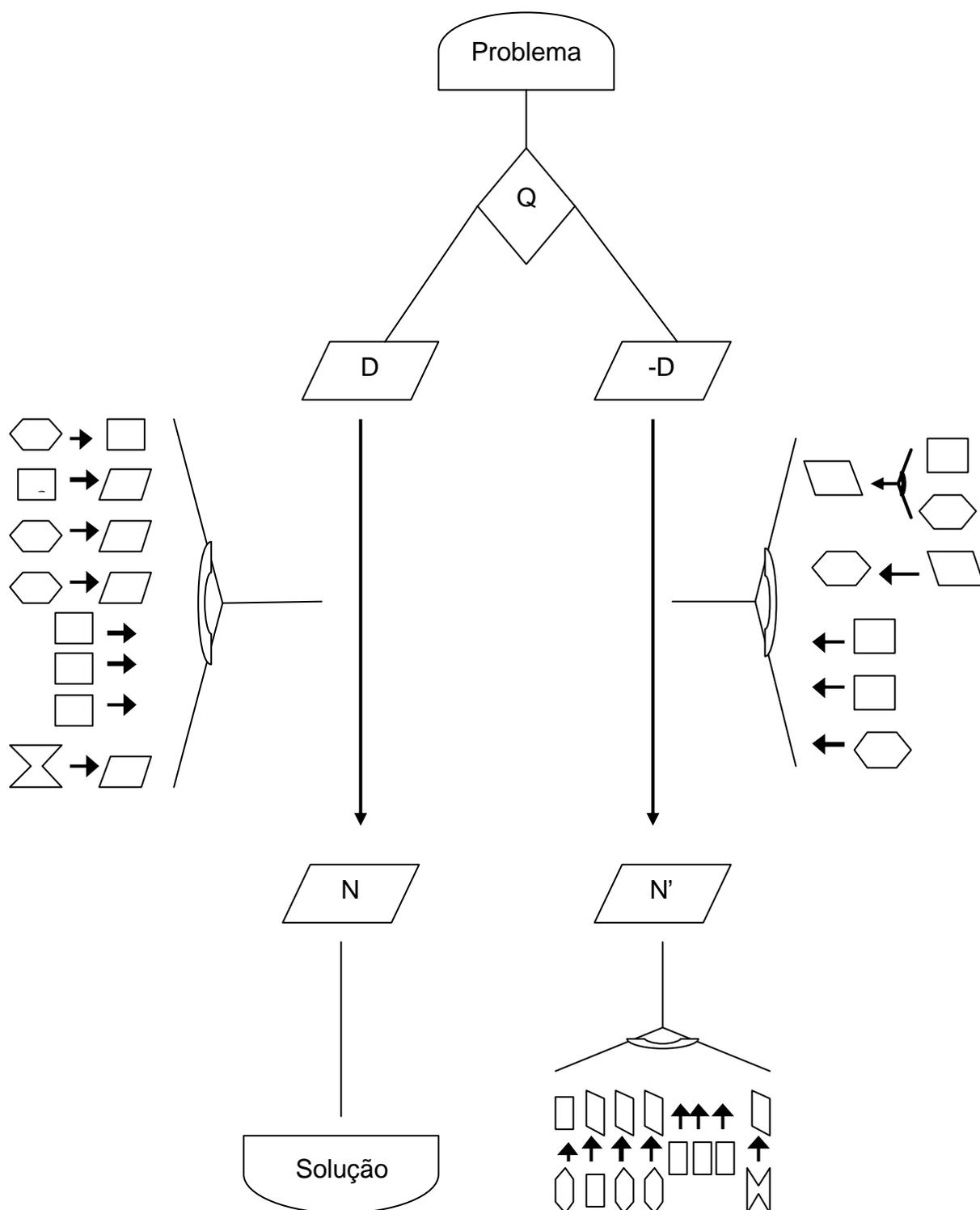
k: enunciado empírico – ineficiência do RDD no combate ao crime organizado;

l: estabelecimento de uma definição – falência da pena de prisão como instrumento de recuperação e dissuasão da prática criminosa, sendo que após duzentos anos de aplicação de penas das mais diversas o crime nunca deixou de existir;

m: juízo de valor – o Regime Disciplinar Diferenciado significa apenas um aumento de crueldade aos olhos daqueles que tem consciência da falência da pena de prisão;

n: enunciado normativo – acaba por gerar a ofensa à noção de dignidade *para nós*;

ANEXO V – GRÁFICO 3 – REPRESENTAÇÃO GERAL DA ARGUMENTAÇÃO



UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**CONFRONTAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO
SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

CLÉBER RIGAILO

Dissertação submetida à Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de Mestre
em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori

Itajaí (SC), julho de 2006

Ao meu pai pelo empréstimo de seus conhecimentos
À minha mãe por me ensinar a procurar e encontrar
Aos meus avós por me ensinarem a compreender
À minha esposa por continuar a me ensinar o resto

"É mais fácil explodir um átomo que um preconceito."
"O irracional respeito à autoridade é o maior inimigo da verdade."
"Difícil dizer o que é verdade, mas às vezes é fácil identificar a mentira."
"Existem apenas duas coisas infinitas - o Universo e a estupidez humana. E não
tenho tanta certeza quanto ao Universo."
"No campo daqueles que procuram a verdade, não existe nenhuma autoridade
humana. Todo aquele que se fizer de magistrado encontrará imediatamente a
risada dos deuses."
Albert Einstein

"É importante aprender a não se aborrecer com opiniões diferentes das suas, mas
dispor-se a trabalhar para entender como elas surgiram. Se depois de entendê-las
ainda lhe parecerem falsas, então poderá combatê-las com mais eficiência do que
se você tivesse se mantido simplesmente chocado."
Bertrand Russell

"Alguns juízes são absolutamente incorruptíveis.
Ninguém consegue induzi-los a fazer justiça."
Bertolt Brecht

"Quando as palavras perdem o significado as pessoas perdem sua liberdade."
Confúcio

"Há homens que nunca mataram e que, no entanto, são piores que os que
mataram seis pessoas."
Fiódor Dostoievski

"A violência, seja qual for a maneira como se manifesta, é sempre uma derrota."
Jean-Paul Sartre

"Toda a punição é maldade; toda a punição em si é má".
Jeremy Bentham

"Aceitar a dignidade de outra pessoa é axiomático. Não tem nada a ver com
dominação, apoio, ou atos de caridade em relação aos outros."
Liev Tolstói

"Quando alguém está com medo da verdade, e não é sempre uma meia verdade
que o está ameaçando."
Ludwig Wittgenstein

"Toda verdade inédita começa como heresia e acaba como ortodoxia."
Thomas Huxley

RESUMO

O tema do presente trabalho é o exame sobre a ofensa ao Princípio da Dignidade Humana ocasionado pelo aumento dos rigores penitenciários promovidos pela adoção do Regime Disciplinar Diferenciado. Como metodologia utilizada optou-se por uma abordagem dedutiva buscando a justificação das proposições iniciais. O objetivo da dissertação é o exame das categorias envolvidas na temática buscando a compreensão da justificação utilizada, visando embasar a decisão jurídica quanto ao Regime Disciplinar Diferenciado lesar a esfera de proteção oferecida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A técnica utilizada para a confrontação entre as categorias foi a teoria da argumentação jurídica idealizada por Manuel Atienza. Como conclusão foi construída uma linha argumentativa pelo respeito à esfera de proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na qual o Regime Disciplinar Diferenciado ofende a amplitude protetiva oferecida pela normatização da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Regime Disciplinar Diferenciado – Teoria da Argumentação Jurídica.

ABSTRACT

The subject of the present work is the examination on the offence to the Principle of the Dignity of the Human Person caused for the increase of the penitentiary severities promoted by the adoption of the Regimen Discipline Differentiated. As used methodology it was opted to a deductive boarding searching the justification of the initial proposals. The objective of the dissertation is the examination of the involved categories in the thematic searching the understanding of the used justification aiming at substantiate the legal decision how much to the Regimen Discipline Differentiated to injure to the sphere of protection offered for the Principle of the Dignity of the Human Person. The technique used for the confrontation between the categories was the theory of the legal argument idealized by Manuel Atienza. As conclusion was constructed an argumentative line for the respect to the sphere of protection of Principle of the Dignity of the Human Person, in which the Regimen Discipline Differentiated offends to the protected comprehensiveness offered by the regulation of the dignity of the person.

Keywords: Principle of the Dignity of the Human Person - Regimen Discipline Differentiated - Theory of the Legal Argument.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
Capítulo 1 - A Dignidade da Pessoa Humana	05
1.1 Noção de dignidade da pessoa humana no âmbito do constitucionalismo atual.....	05
1.2 A possibilidade de consideração da dignidade da pessoa humana como um meta-valor ou princípio absoluto.	17
1.3 O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana	29
Capítulo 2 – O Regime Disciplinar Diferenciado	39
2.1 Histórico do Sistema Prisional.	39
2.2 Os modelos teóricos da prevenção e da retribuição e seus desdobramentos como finalidades atribuídas à pena de prisão.....	50
2.3 Movimentos de Política Criminal que influenciaram a situação nacional atual e a possibilidade de classificação da Política Criminal brasileira quanto à pena privativa de liberdade.....	60
2.3.1 Principais correntes de Política Criminal.....	67
2.4 O Regime Disciplinar Diferenciado.....	79
2.4.1 Sobre o regime carcerário e algumas observações quanto aos rigores do Regime Disciplinar Diferenciado.....	95
Capítulo 3 – A Política Criminal e a relação entre o Princípio da Dignidade Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado	115
3.1 A validade material da Política Criminal que produziu o Regime Disciplinar Diferenciado.....	115
3.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Disciplinar Diferenciado.....	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
REFERÊNCIAS	155
ANEXO I – Lei italiana n. 279 de dezembro de 2002.....	164
ANEXO II – Resolução SAP – 026 de 04 de maio de 2001.....	168
ANEXO III – Gráfico 1 – Justificação Externa de –D.....	170
ANEXO IV – Gráfico 2 – Justificação Externa de D.....	171
ANEXO V – Gráfico 3 – Representação Geral da Argumentação.....	173

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)