

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PUNIR E A
FALÊNCIA DO CÁRCERE NO BRASIL:
UMA QUESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**
*ECONOMIC ANALYSIS OF THE PUNISH LAW AND THE
PRISON SYSTEM FAILURE IN BRAZIL:
A QUESTION OF PUBLIC POLICIES*

Claudio Carneiro *
Andre Nicolitt **

Resumo: O objetivo deste artigo é aliar argumentos esteados na Teoria do Garantismo Penal à elementos da Teoria da Análise Econômica do Direito de modo a evidenciar que, seja por razões de princípios ou de natureza utilitarista, ou ainda, por cálculo de custo e benefício econômico-financeiro, a pena privativa de liberdade no Brasil é algo caro e ineficiente e deve ser vista sobre severo filtro crítico de racionalidade. Para tanto utilizou-se como metodologia a interseção dos marcos teóricos de ambas as teorias com dados estatísticos (número e perfil dos presos e natureza dos crimes; déficit de vagas e prisões provisórias, custos das vagas e da manutenção e, por fim, a taxa de reincidência) para demonstrar que o sistema carcerário no Brasil nos moldes das políticas públicas em vigor é inviável, tanto pelo seu elevado grau de desumanidade, mortalidade e estigmatização, quanto pelo seu elevado custo e ineficiência alargada. Conclui-se que é importante notar que as transformações necessárias não passam pela construção de estabelecimentos penais e investimento público para cobrir o déficit de vagas, mas antes disso, impende atuar em duas frentes. A primeira diz respeito à revisão da política de drogas buscando à legalização do consumo, comércio, produção e controle das drogas atualmente consideradas ilícitas. A segunda busca equacionar o uso desmedido de prisões provisórias. Desconsiderar os argumentos expostos significa dizer que, qualquer passo significará mais do mesmo, ou seja, o desperdício de vidas e da juventude brasileira, além da sangria inútil dos recursos públicos suportados pelos contribuintes.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Sistema Carcerário. Políticas Públicas.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Guanambi (UniFG – Bahia). Advogado. E-mail: professorclaudiocarneiro@gmail.com

** Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Guanambi (UniFG – Bahia). Juiz de Direito do TJ/RJ. E-mail: anicolitt@gmail.com

Abstract: The purpose of this article is to analyze the arguments of Criminal Theory and Law and Economics to show that the custodial sentence of freedom in Brazil is expensive and inefficient and must be seen on a critical filter of rationality. The methodology used was the intersection of the theoretical frameworks of both theories with statistical data (number and profile of prisoners and nature of crimes, shortage of vacancies and temporary arrests, costs of vacancies and maintenance, and, finally, recidivism rate) to demonstrate that the prison system in Brazil in the mold of public policies in force is impracticable, both for its high degree of inhumanity, mortality and stigmatization, as well as for its high cost and widespread inefficiency. It is concluded that it is important to note that the necessary changes do not involve the construction of penal establishments and public investment to cover the shortage of vacancies, but before that, it is necessary to act on two fronts. The first concerns the review of drug policy, seeking to legalize the consumption, trade, production and control of drugs currently considered illegal. The second seeks to equate the excessive use of temporary prisons. Disregarding the arguments put forward means that any step will mean more of the same, that is, the waste of Brazilian lives and youth, as well as the useless bleeding of the public resources borne by the taxpayers..

Keywords: Law and Economics. Prison System. Public Policy.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente a crítica ao encarceramento se dá por uma discussão teórica e jurídica sobre a falência da pena, a ausência de função ou a crítica de suas teorias explicativas. Desde Beccaria temos a crescente consolidação das ideias de humanização, fragmentariedade, intervenção mínima, necessidade e limitação ao direito de punir, ao menos no plano teórico.

A ideia do presente estudo é aliar argumentos de ordem jurídica estada na teoria do garantismo penal, à elementos de uma análise econômica do direito para evidenciar que, seja por razões de princípios, seja por razões utilitaristas, ou ainda, seja por cálculo de custo e benefício econômico tributário, a pena privativa de liberdade é algo caro e ineficiente e deve ser vista sobre severo filtro crítico de racionalidade.

Há tempos que o sistema carcerário brasileiro vivencia uma grave crise estrutural. O Estado não consegue solucionar problemas que ao mesmo tempo envolvem o número de detentos, a quantidade de vagas no sistema prisional, o respeito aos direitos humanos¹ em presídios brasileiros e a dotação orçamentária. O custo do

Estado para manter a população carcerária e as condições precárias em que essa massa (sobre)vive, nem de longe se adequam ao princípio da eficiência que norteiam as Teorias Econômicas, tampouco os Direitos Fundamentais.

A crise econômica que afeta a República Federativa do Brasil e que, diante do sistema federativo, atinge significativamente os estados-membros acaba por comprometer ainda mais o Orçamento Público² e, dessa forma, o que se mostrava ruim transforma-se em intolerável.

Além do custo de manutenção de presos no Brasil que avança em progressões significativas, soma-se o custo de todo o aparelhamento policial para a declarada guerra às drogas, incluindo-se todos os ilícitos periféricos que vêm a reboque da venda e do consumo de drogas, tudo a indicar que a política criminal, como política pública tem se mostrado inadequada. Destaque-se que, em alguns estados brasileiros, pesquisas³ apontam que 30% das mortes violentas resultam da política proibicionista de combate às drogas. É importante frisar que nessas mortes incluem-se agentes de segurança, moradores, usuários e traficantes.

É importante deixar claro, desde já, que o sistema penal e conseqüentemente o prisional que é parte integrante desse, mostra-se necessário para o Brasil – isso não este em discussão como evidenciaremos em seguida ao abordar a questão do abolicionismo e do garantismo. O que se propõe aqui é um leitura jurídico-econômica do referido sistema face aos altos custos para o Estado, que acabam por suscitar questionamentos sobre a viabilidade e eficiência do atual sistema brasileiro.

A adoção de argumentos de ordem econômica na discussão do cárcere afigura-se coerente com a história do cárcere. Isto porque o cárcere é fruto de transformações econômicas da sociedade.

Durante a Idade Média, a prisão existia não em privação de liberdade como sanção penal⁴. O modelo penal do Ancien Régime tinha por base as torturas, penas corporais e de morte, e o cárcere tinha finalidade apenas de custódia enquanto o réu aguardava o julgamento⁵ ou a execução da pena⁶.

Rusche e Kirchheimer indicam que a consolidação da pena privativa de liberdade não foi uma consequência das formulações de teóricos iluministas, mas sim de outros processos socioeconômicos estratégicos ao modo de produção capitalista em ascensão⁷.

Melossi e Pavarini indicam que os fundamentos do sistema carcerário se encontram no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo⁸.

Taiguara Libano em sua tese de doutorado aprofunda esta análise, buscando perceber as interações do modelo econômico-social com os sistemas de punição desde a gênese da prisão, para compreender de que maneira a crise estrutural da atual fase do capitalismo reflete-se no cárcere⁹.

Assim, se as razões econômicas foram determinantes para a formação do caos carcerário que vivenciamos hoje, acreditamos que argumentos de ordem econômica possam ser considerados para vislumbrarmos outros caminhos.

Com efeito, pretendemos apresentar em um primeiro plano a teoria do garantismo com suas tensões teóricas, como elemento usual de contraponto ao encarceramento em massa, em segundo momento esboçar algumas bases introdutórias de uma análise econômica do direito, em seguida apontar alguns indicativos da realidade carcerária que indiciam a ineficiência do encarceramento irracional que desafia uma análise econômica. Feito isso, deixaremos algumas notas conclusivas.

2 JUSTIFICACIONISMO, ABOLICIONISMO E GARANTISMO

Um problema clássico da filosofia do direito consiste na questão da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política exercer uma violência programada sobre um de seus membros. Qual a base desse poder chamado “poder de punir”? Seria ele justo, justificável ou aceitável¹⁰?

As questões acima, ao longo da história tiveram duas vertentes de respostas, as justificacionistas, que justificam os custos do direito penal com objetivos, razões ou funções - moral ou socialmente - imprescindíveis, e as abolicionistas, que não reconhecem justificação alguma para o direito penal e pretendem sua eliminação, seja pela insubsistência do fundamento ético-político, seja pela relação custo benefício ruim¹¹.

Para entender o contexto histórico que originou essa dicotomia entre justificacionistas e abolicionistas vale referir dois nomes. Hermann Bianchi, diretor do Instituto de Criminologia da universidade Livre de Amsterdã (1970), aos 19 anos, durante a ocupação

nazista da Holanda, havia sido encaminhado ao campo de concentração de Amsersfoort. O professor Holandês afirmava que não bastava abolir as prisões, mas que deveria ser abolida a própria ideia de castigo, advogando o pensamento de um novo sistema alternativo de controle do delito¹².

Louk Hulsman também sofreu na carne com a expansão máxima do sistema punitivo traduzida no nazismo. Em 1944, foi preso com a família pela polícia colaboracionista e remetido de trem para Alemanha, do que conseguiu fugir e ingressar na resistência. Assim, é curioso que esses traços que marcaram Hulsman e Bianchi sejam comuns na vida de inúmeros abolicionistas e pacifistas. Por outro lado, os melhores representantes das teorias justificacionistas da geração dos referidos autores estavam do outro lado das grades nos campos de concentração¹³.

No que tange a concepção justificacionista, inúmeros mecanismos ideológicos foram utilizados para fundamentar e legitimar a pena, girando basicamente ao redor das ideias de retribuição e prevenção que se traduziram nas “teorias” absolutas, relativas e mistas de justificação da pena¹⁴.

As teorias absolutas centradas na ideia de que a pena é um fim em si mesma, sendo, portanto, mera retribuição, castigo, compensação do mal que é o crime. As relativas fundadas na ideia de prevenção geral e prevenção especial reconhecem na pena um meio para obtenção de fins ulteriores, numa perspectiva utilitarista, que visa o controle social. As teorias mistas associam, grosso modo, a concepção de prevenção geral com justa retribuição¹⁵.

A concepção da pena como meio, em vez de um fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas utilitaristas, desde de a emenda e da defesa social, passando pela intimidação geral, neutralização do delinquente até a integração dos cidadãos¹⁶.

Ferrajoli, por sua vez, propõe uma revisão profunda do utilitarismo penal¹⁷. Afirma desta maneira que um sistema penal é justificado se e somente se minimiza a violência arbitrária da sociedade. Para o autor, o fim da prevenção geral mediante ameaça legal não é suficiente como critério de limitação das penas em um modelo de direito penal mínimo e garantista, requerendo, para além disso, um utilitarismo reformado, segundo o qual, o direito penal teria dois fins, a saber: prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais. Contudo, reconhece que o

direito penal, mesmo cercado de limites e garantias conserva sempre uma “brutalidade intrínseca”¹⁸.

2.1 NOTA INTRODUTÓRIA À TEORIA DO GARANTISMO

O garantismo, embora tenha nascido em um sentido estrito de “garantismo penal”, atualmente ganhou uma dimensão alargada, configurando-se verdadeiramente uma teoria geral do direito¹⁹.

Na sua centralidade reside a preocupação de o perigo da violação dos direitos, exprimindo uma desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principalmente os direitos fundamentais. O garantismo não está fundado na ilusão de um “poder bom”, ou no espontâneo respeito ao direito.²⁰ Defende sim a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça, incorporados pelo direito positivo, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias desses direitos fundamentais.²¹

Esta teoria está ancorada na tradição iluminista, centrado na ideia de limitação do poder do Estado soberano. O garantismo é de tal forma vinculado aos direitos fundamentais, de modo que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violar referidos direitos²².

Para Norberto Bobbio, o garantismo é um modelo ideal do estado de direito, que deve ser visto não só como estado liberal, protetor dos direitos sociais, mas também como uma teoria do direito que aponta para um juspositivismo crítico em oposição ao juspositivismo dogmático, e, finalmente, interpretado como uma filosofia política que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos.²³

O distanciamento entre lei e realidade, entre direitos constitucionais proclamados e a ausência de efetiva proteção, este hiato é contrário ao próprio direito positivo vigente, e decorre, não de dificuldades técnicas, mas, sim, da permanente indisponibilidade do poder para suportar os custos dos limites, das regras, do controle, ou seja, da recusa do poder em ser limitado, controlado.²⁴

2.2 GARANTISMO PENAL: SISTEMA GARANTISTA (SG)

Acima destacamos o garantismo como teoria do direito. Cumpre agora retornar ao seu nascimento relacionado ao sentido estrito de “garantismo penal”, para que possamos traçar, a partir de daí alguns apontamentos sobre o chamado “Sistema Garantista” ou simplesmente “SG”, o que muito interessará como ponto de partida do estudo pretendido.

A elaboração de um sistema geral de garantismo tem por fundamento a tutela da liberdade contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, o que particularmente assola o direito penal. O sistema foi cunhado precipuamente na obra “Direito e Razão”, inspirada nos conceitos iluminista e liberal. Iluminista em filosofia e liberal na política, partindo da franca antítese que domina a história humana, ou seja, “liberdade e poder”, o sistema está francamente comprometido com a tutela da liberdade e os limites do poder²⁵.

Da dicotomia liberdade *versus* poder, surgem outras antíteses, como modelo penal garantista *versus* modelo autoritário, ou ainda, governo das leis *versus* governos dos homens; Estado de Direito *versus* Estado Absoluto (ou despótico); direito penal mínimo *versus* direito penal máximo, etc.

O garantismo penal está inserido na tradição do pensamento iluminista liberal que vem desde Beccaria até Francesco Carrara. A partir daí FERRAJOLI organiza um conjunto de ideias que vão formar o chamado Sistema Garantista. Assim, apresenta o autor, dez axiomas fundamentais ao sistema²⁶:

A1 - Nulla poena sine crimine; A2 – Nullum crimen sine lege; A3 – nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 – Nulla necessitas sine injuria; A5 – nulla injuria sine actione; A6 – Nulla actio sine culpa; A7 – Nulla culpa sine juicio; A8 – Nullum iudicium sine accusatione; A9 – Nulla accusatio sine probatione; A10 – Nulla probatio sine defensione.

Do primeiro se infere que a pena só pode ocorrer como retribuição ou consequência de um crime (princípio da retributividade ou da consequentialidade); Em seguida temos o princípio da legalidade, ou seja, não há crime sem lei que o defina. No terceiro axioma vê-se o princípio da necessidade. O direito penal só pode intervir naquilo que for essencial a convivência humana, atua como *ultima ratio*, seria a ideia de intervenção mínimo. No enunciado a frente tem-se o princípio da ofensividade ou lesividade. O direito penal só pode atuar quando houver efetiva

lesão a um bem jurídico. No quinto axioma encontramos o princípio da materialidade ou exterioridade da ação. Não pode haver punição por questões internas, que não saíram da esfera do indivíduo e não foram traduzidas em ações. Ademais, temos o princípio da culpabilidade que aponta para a responsabilidade pessoal.

Como se vê, estes seis axiomas iniciais dizem mais ao direito penal. O autor reservou os quatro últimos às garantias processuais. Inicia pela garantia da jurisdicionalidade, seguindo para o princípio acusatório, ou seja, separação entre juiz e acusação, chegando ao princípio da verificação ou do ônus da prova, exigindo que a acusação esteja esteada em provas e, por fim, o princípio do contraditório ou da defesa (A7, A8, A9 e A10).

A partir da dicotomia relatada acima (modelo garantista *versus* modelo autoritário), Ferrajoli indica que a inobservância de um dos axiomas compromete todo o sistema. Ilustra que a supressão da exigência de acusação separada do juízo ou da exigência de prova (A 8 e A9), forja um sistema ou um modelo de processo penal autoritário²⁷.

Em síntese, a adoção da Teoria Garantista pressupõe a adoção de alguns postulados teóricos e principiológicos, a saber: a) o compromisso com a tutela da liberdade diante do exercício arbitrário do poder; b) a adesão a um direito penal mínimo e c) o compromisso com um processo penal que tem por imprescindível a separação da jurisdição da acusação, o respeito ao ônus da prova que é da acusação e imprescindível também a participação da defesa na construção da decisão.

Afirmar-se ou negar-se garantista significa renunciar ou não aos axiomas acima expostos, lembrando que o garantismo pretende a efetivação das garantias para que estas não sejam apenas promessas ou discursos retóricos, mas sim sejam inscritas no cotidiano dos tribunais.

A ideia de limitação ao poder e humanização das penas é muito antiga. Em Beccaria²⁸ já encontrávamos a advertência de que “as penas que ultrapassem a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por sua natureza”, ademais, continua, “tanto mais justas serão as penas quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”.

Em linhas gerais, a perspectiva garantista, seguindo essa tradição iluminista, vela pela limitação ao poder e proteção ao indivíduo e aos direitos fundamentais. Com efeito, é possível a partir de tal ótica, por questões de princípios, produzir crítica suficiente ao problema do encarceramento exacerbado no Brasil. Contudo, no presente ensaio, pretendemos apresentar alguns argumentos de outra ordem o que faremos nos passos seguintes.

3 O SISTEMA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E A POLÍTICA PÚBLICA

Entende-se por sistema penal o controle social punitivo institucionalizado, constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional que operam a partir das matrizes legais, razão pela qual o legislador também se encontra nesse sistema. Com efeito, ao se pensar no problema carcerário não há como não o perceber inserto neste sistema²⁹.

Por sua vez a política criminal consiste num conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal ou dos órgãos encarregados de sua aplicação. Princípios estes resultantes de incessantes processos de mudança social, dos resultados que apresentam novas ou antigas propostas do direito penal, das relações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia³⁰.

A partir de cada ponto de concentração no sistema penal, podemos falar de política de segurança (que enfatiza a instituição policial), política judiciária (voltada a instituição judicial) e política penitenciária (com foco nas instituições prisionais), todas integrantes da política criminal³¹.

Diz-se com razão ser a política criminal a prima pobre da política social, sendo aquela indissociável dessa. Com efeito, a partir de uma visão mais ampla, supera-se a ideia da política criminal como “conselheira da sanção penal” que estaria limitada a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas³².

Diante desses e outros elementos que serão apresentados adiante será possível afirmar que, nesse aspecto, a política criminal, integra um amplo espectro de políticas públicas. No presente faremos algumas análises críticas das políticas que estão em voga no Brasil a partir de um critério de eficiência.

Vale dizer que *Políticas Públicas, na visão de COMPARATO*³³, são programas de ação governamental. Para tanto há que se estabelecer uma dicotomia entre os argumentos de princípio e os argumentos de política. Isto porque, o autor parece caminhar na linha de DWORKIN³⁴ para quem os argumentos de princípio se propõem a estabelecer um direito individual enquanto os argumentos políticos se propõem a estabelecer um objetivo coletivo. Dessa forma, os princípios são proposições que descrevem direitos e as políticas são proposições que descrevem objetivos. Logo, comungamos do entendimento esposado em que a concepção de políticas públicas está pautada em planos e programas de ações governamentais. Significa dizer que a política não é uma norma e nem um ato jurídico, no entanto, esses são componentes intrínsecos dessa.

A realização de políticas públicas não fica adstrita ao Poder Executivo, mas sim a todos os poderes constituídos e em todas as esferas de Governo. Lembrando que dentro de uma sociedade democrática, há que se observar também a efetiva participação popular.

Nesse contexto, há uma intrínseca relação entre ações governamentais, o Direito e a Economia. É exatamente nesse contexto que objetivamos estabelecer uma zona de interseção entre o Direito Penal e as Teorias acerca da Análise Econômica do Direito.

Na visão de STIGLER³⁵ “é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana”, pois enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito.

Apesar de se discutir que o Direito e a Economia possuem propósitos distintos, entendemos que na busca de um estado bem-estar social, não se pode conceber que esses mundos sejam totalmente distintos. Até porque, a eficiência que é um dos princípios basilares da AED, também é um aspecto-chave para a boa formulação de políticas públicas, pois é a capacidade do Estado de alocar seus recursos escassos de modo a assegurar retornos sociais elevados.

Este aspecto das políticas públicas está, de certa forma, relacionado à consideração do interesse público, uma vez que, quando os formuladores de políticas favorecem indevidamente setores específicos em detrimento do interesse público, estão se afastando da alocação de recursos mais eficiente³⁶.

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

O objetivo principal da Análise Econômica do Direito (AED), como o próprio nome sugere, é levar em consideração conceitos econômicos e utilizá-los no campo do Direito. Nesse sentido, as Políticas Públicas, nas três esferas de Poder deveriam também considerar esses argumentos, especialmente o Poder Legislativo e o Poder Executivo, já que o Poder Judiciário³⁷ agirá somente quando provocado diante da ineficiência dos outros Poderes.

Não há dúvidas que a lei é uma das várias ferramentas que interferem na vida em sociedade e tal não é diferente com as leis penais, ao contrário, interferem de maneira muito significativa no comportamento humano. Logo, planejar ações governamentais e implementar políticas públicas sem, minimamente, levar em consideração argumentos teóricos da Análise Econômica do Direito é experimentar o fracasso identificado e previsto.

RODRIGUES³⁸ afirma que o método da Economia se assenta em três princípios básicos. O primeiro é que as pessoas que fazem escolhas atuam de forma racional. O segundo é que os comportamentos coletivos se deduzem de escolhas individuais recorrendo ao conceito de equilíbrio. O terceiro é o da eficiência, que sob o ponto de vista normativo é fundamental para avaliar a ação humana.

Nesse contexto, referimo-nos à racionalidade com a ideia de que a escolha pelo indivíduo racional deve ser feita entre as opções que proporcionem maior utilidade, ou seja, satisfação que o indivíduo obterá da situação posta em questão. Para ser ainda mais preciso na afirmativa da racionalidade, poderíamos dizer que se pauta numa atuação racional quando se opta pela alternativa em que os benefícios esperados superem os custos – trata-se do binômio custo/benefício. No que se refere ao equilíbrio, citado anteriormente como o segundo princípio básico, leva-se em consideração a forma com que a alternativa será escolhida, pois deverá haver um equilíbrio entre o exercício de autoridade e a livre negociação.

Por fim, o mais importante de todos os princípios citados, a eficiência no contexto econômico pode contribuir para uma melhor organização da nossa sociedade e uma otimização do Direito como ferramenta indispensável para harmonização da sociedade em questão.

Nessa toada, através da AED, procura-se responder perguntas, tais como: a) Como o comportamento dos indivíduos ou das instituições é afetado pelas normas legais? b) Diante da

busca do bem-estar social, quais são as melhores normas? C) Como se podem comparar diferentes normas legais?

Segundo POSNER³⁹, um dos líderes da Escola de Chicago, a AED superou o realismo jurídico e o processo legal: “Economic Analysis of Law has outlasted legal realism, legal process, and every other field of the legal scholarship. It is probably the major breakthrough of the last two hundred years in legal scholarship”.

Sustenta-se que a economia é a ciência social que estuda a forma como as sociedades utilizam recursos escassos, passíveis de utilizações alternativas, na produção de bens e serviços com vista à satisfação de necessidades⁴⁰. Vivemos em um mundo de escassez de recursos (o próprio tempo é escasso), logo não é possível ter tudo o que se pretende, por isso é preciso fazer escolhas. Dessa forma, estuda-se decisões de produção (combinar fatores de produção para produzir) e a satisfação (leva-se em consideração as decisões de consumo).

SALAMA⁴¹ afirma que “enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade”. Por isso, apesar de parecerem posições completamente antagônicas, acreditamos que se conjugadas de forma coerente servem para adequar diversas questões de grande relevância para a sociedade e, com isso, não somente resguardar a dignidade da pessoa humana e ao cabo todos os Direitos Humanos, mas também fazer cumprir o texto constitucional, especialmente no que se refere a redução das desigualdades sociais.

Voltando a RODRIGUES⁴², o autor busca instrumentos teóricos que permitam responder questões de forma positiva, sem que os valores pessoais interfiram na análise efetuada. Assim temos os conceitos de *melhoria de Pareto* e *Pareto-eficiente*. Em relação ao primeiro conceito, temos que se for possível modificar uma situação (especialmente um dispositivo legal em vigor) e, esta beneficia uma ou várias pessoas sem prejudicar ninguém, diz estar diante da situação de *melhoria de Pareto*, pois nesse caso a situação resultante da alteração é mais eficiente que a anterior. Por outro lado, se estivermos diante de diversas e sucessivas melhorias, alcança-se uma situação em que não é mais possível aumentar a utilidade de uns sem prejudicar outrem, estamos diante do *Pareto-eficiente*. O grande desafio é que dizer que estamos diante de um *Pareto-eficiente* (ou *ótimo de Pareto*) não significa dizer que a decisão é justa – eis a questão!

POSNER⁴³ utiliza conceitos pautados em pilares como custo, eficiência e utilidade para apresentar uma alternativa para a aplicação da lei, ou seja, a melhor decisão para o caso levando em consideração variáveis relevantes. Talvez por isso, o autor não se considere simplesmente utilitarista⁴⁴, pois para ele o utilitarismo e a economia normativa frequentemente se confundem. De fato, há uma linha bastante tênue entre ambas, já que para a economia normativa, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social (utilitarismo da felicidade). Por outro lado, a corrente utilitarista afirma que o valor moral de uma conduta, instituição ou até mesmo a lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade acumulada pela sociedade.

Exatamente por força dessas diversas concepções e, prestigiando a dialética que a temática exige, faremos um breve contraponto doutrinário. É bem verdade que nem sempre é possível obter cada vez mais eficiência e impedir o aumento da assimetria distributiva. Da mesma forma, diante de um espaço efetivamente democrático, preservar os direitos humanos, assegurar princípios de justiça e fazer escolhas visando o custo/benefício também não é uma das tarefas mais simples.

Vale lembrar que para RAWLS⁴⁵, a justiça e a igualdade (ou justiça como equidade) devem estar conexas não somente quando da aplicação do direito, mas também em momento anterior identificado com a sua construção normativa e institucional. Significa dizer que os princípios de justiça seriam o objeto de um acordo original de igualdade adequadamente definida. Nesse contexto há uma preocupação com questões distributivas e com a consecução dos direitos humanos, invocando que todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos e as desigualdades socioeconômicas devem satisfazer alguns requisitos, como as condições de igualdade equitativa de oportunidades e o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade⁴⁶.

De outro lado, a perspectiva da AED enxerga o Direito como uma instituição que deve buscar e promover a eficiência e, com isso almejar o bem-estar social e, corrigir aspectos de distribuição ou desigualdade social. A escolha racional da medida que visa o bem-estar social deve obedecer a dois critérios basilares: a eficiência e a desigualdade de utilidades. Nesse sentido, há

que destacar que com base no critério utilitarista⁴⁷ a sociedade estará melhor se agregada a um nível superior de utilidade.

Para a Teoria da Análise Econômica do Direito discute-se também a relação existente entre a precaução e a minimização do risco. Contudo, é perfeitamente compreensível que esta equação não seja de fácil resolução, pois aumentar a precaução também pode aumentar o custo de tal forma que pode se mostrar ineficiente e indesejável para a sociedade. Por outro lado, também é perfeitamente possível planejar as condutas futuras pela experiência necessária e, com isso, regulamentar as ações de risco, estabelecer critérios de avaliação e de imposição de procedimentos para ao final estabelecer responsabilidade por ações que efetivamente produziram danos sociais⁴⁸.

A partir das premissas acima impende uma análise da questão carcerária do Brasil para se indagar se não é a hora de aplicar novos paradigmas para solucionar o problema. A AED merece ser, minimamente, considerada para que a escolha racional e a observância do princípio da eficiência sejam aplicados. Com efeito, os critérios de criminalização, de decretação de prisão e imposição de pena, a política de guerra às drogas, são aspectos que merecem ser revistos à luz de argumentos, para além de jurídicos, também de ordem econômica.

5 BREVE PANORAMA DA QUESTÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Um primeiro problema para se analisar o sistema carcerário brasileiro é a falta de dados seguros. Sem transparência não é possível uma política pública eficiente.

O Ministério da Justiça, por meio do Infopen, reúne dados sobre a realidade carcerária nacional. Todavia, tal trabalho se submete a inúmeras críticas, seja pela metodologia de coleta de dados, a falta de regularidade nas publicações, a impossibilidade de cruzar informações e principalmente com a falta de comprometimento de alguns estados, como São Paulo, que não fornece dados. De igual maneira o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, também vem procurando sistematizar e colher alguns dados importantes.

Sem prejuízo, fato é que esses são os dados públicos oficiais que temos para analisar a situação prisional brasileira e construir políticas públicas para o setor. Destaque-se que apesar

de inúmeras críticas, os dados são bem próximos da realidade e eventuais omissões na verdade só ocultam problemas ainda maiores.

Com efeito, apresentaremos a seguir alguns dados para análise.

5.1 NÚMERO DE PRESOS NO BRASIL

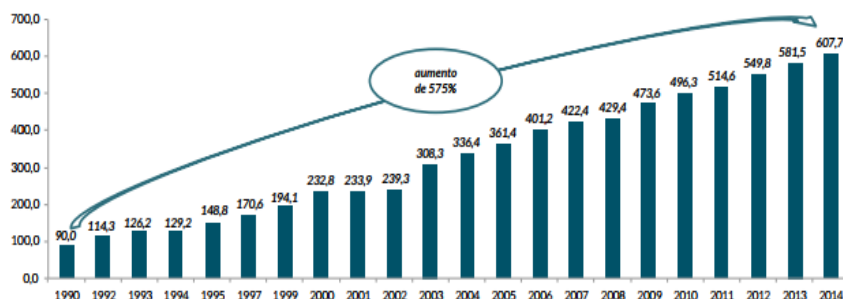
Segundo dados de 2014 do Infopen⁴⁹, a população prisional do Brasil é de 607.731⁵⁰, distribuídos entre penitenciárias estaduais, federais e carceragem de delegacias.

No mesmo relatório, temos a indicação de apenas 376.669 vagas, o que nos indica uma taxa de ocupação carcerária de 161% (mais de um preso e meio por vaga) e um déficit de vaga de 231.062.

Porém, segundo dados do CNJ de junho de 2014, o Brasil possui 711.463 presos, considerando para além dos presos do sistema os presos em regime domiciliar que essencialmente se encontram em regime de privação de liberdade.

Segundo o Infopen, 41% dos presos não possuem sentença condenatória, ou seja, são presos provisórios. O número se equivale aos dos condenados em regime fechado. Apenas 3% dos condenados estão em regime aberto e 15% em regime semiaberto.

A evolução do número de pessoas privadas de liberdade da década de 90 até 2014 impressiona tanto quanto a indiferença das prisões para a queda ou elevação dos índices de violência. Tivesse a violência baixado na proporção que as prisões se elevaram viveríamos em um país praticamente sem violência.



Fonte: Ministério da Justiça - a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Nota-se que de 1990 a 2014, tivemos um aumento da casa de 575% do número de presos e ostentamos assim a condição sermos o 3º país que mais prende no mundo em números absolutos, atrás dos EUA e da China, considerando os presos em regime domiciliar, e o 4ª país que mais prende no mundo em números absolutos, atrás dos EUA, China e Rússia, considerando apenas os presos no sistema prisional⁵¹.

5.2 PERFIL DOS PRESOS E NATUREZA DOS CRIMES

Uma análise sobre o cárcere brasileiro revela que o Brasil está perdendo sua juventude destacadamente negra e pobre. O Infopen revela que 56% da população carcerária é composta por jovens (entre 18 a 29 anos), sendo que os jovens representam apenas 21% da população do país, segundo o IBGE (2010).

Nota-se ainda que 67% dos presos são negros (Infopen, 2014), sendo que estes representam 51% da população em geral (Censo, IBGE, 2010). O nível de instrução é muito baixo, 6% de analfabetos, 9% alfabetizados sem curso regular e 53% de presos que não possuem o ensino fundamental completo, ao passo que apenas 1% possui ensino superior completo (Infopen, 2014).

Por outro lado, pensa-se que o sistema penal está repleto de bandidos ferozes que devem ser aniquilado pois cometeram crimes graves e violentos. Uma análise sobre a natureza dos crimes que ocupam as vagas do sistema prisional revela que além do Brasil prender muito, prende mal.

Os dados do Infopen revelam que 27% dos presos decorrem do tráfico de drogas, 11% de furto e 03% receptação. Nota-se desta forma que 41% dos presos não cometeram crimes violentos. É de se destacar que no que se refere ao tráfico de drogas, pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da FND/UFRJ, em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB), constatou-se que o número de traficantes presos consiste em jovens, não integrantes de organização criminosas, presos com pequena quantidade de droga⁵².

5.3 DÉFICIT DE VAGAS, GUERRA ÀS DROGAS E PRISÕES PROVISÓRIAS.

Conforme dados do Infopen (2014), o déficit de vagas no sistema prisional seria de 231.062⁵³. Porém devemos levar em consideração alguns aspectos. Potencialmente todos os presos em regime domiciliar, por alguma razão, podem voltar para o sistema, assim, há que se ter previsão de vagas para estes. Com efeito, segundo os dados do CNJ (2014), são 148 mil presos domiciliares. O Déficit de vagas chegaria perto das 400 mil vagas. O mesmo CNJ (2014) informa que há 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Desta forma, somando o número de presos com o número de mandados em aberto, temos potencialmente mais de um milhão de presos. Por tal razão, o CNJ (2014) apresenta o déficit no Brasil de 732.427 vagas.

Dois dados devem ser levados em conta quando pensamos no déficit de vagas. Primeiramente o fato de que 41% dos presos são provisórios, ou seja, não possuem condenação. Segundo que a responsabilidade pelo crescimento alarmante do número de presos no Brasil se deve política de drogas atual.

O tráfico de drogas é o crime mais representativos no sistema penitenciário brasileiro. Ademais, o que se verifica é que o crescimento do número de presos por tráfico continua superando de longe o percentual de crescimento em relação a todos os outros delitos. O número de presos por tráfico no Brasil praticamente dobrou em três anos. Por óbvio que tal crescimento decorre da política repressiva prevista na Lei de Drogas de 2006, que aumentou a pena mínima prevista. Esse fator explica o grande aumento no contingente carcerário, pois as pessoas condenadas por tráfico passaram a ficar mais tempo presas, sem contar na dificuldade para progressão de regime, além da hipótese de que muitos usuários são condenados por tráfico diante da falta de critérios legais claros de diferenciação entre usuário e traficante⁵⁴.

A política de guerra às drogas é nefasta. A proscrição penal das drogas se dá, em tese, para a proteção do bem jurídico “saúde pública”. Porém, retirar o uso abusivo de drogas do campo da saúde e levá-lo para o campo da segurança pública e do direito penal traduz-se em uma irracionalidade, na medida em que a guerra às drogas mata mais do que o uso abusivo das mesmas, sendo certo que há outros mecanismos para se assegurar a saúde pública que não pela via do direito penal e da segurança pública.

Com efeito, antes de qualquer consideração sobre formas de enfrentamento do déficit, há que se ter em mente estes dois aspectos, ou seja, o número excessivo de prisão cautelar e a política de guerra as drogas.

5.4 CUSTOS DAS VAGAS E DA MANUTENÇÃO

Segundo informe do CNJ, o custo médio para a construção de uma vaga em estabelecimento prisional é de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais)⁵⁵ e a manutenção de um preso custa em média R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais). Se imaginarmos o custo da vaga nova vezes o déficit de vagas indicado pelo CNJ (732.427) perceberíamos que o investimento necessário para “solucionar” o problema carcerário seria de aproximadamente R\$ 33.000.000.000,00 (trinta e três bilhões de reais).

Os números se tornam alarmantes quando imaginamos que o custo médio de um preso por ano é de R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) e o custo anual de um aluno da educação básica em 2016, segundo os Ministérios da Educação e da Fazenda⁵⁶ foi de R\$ 2739,77 (dois mil setecentos e trinta e nove reais), ou seja, o que um aluno do ensino básico gasta em 01 (um) ano, um preso gasta em 01 (mês) e o que é pior para viver em condições indignas.

Segundo dados da Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES, 2015), uma instituição federal de ensino, gasta em média 20 mil reais por ano para manter um aluno e através do FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) o gasto seria em média 10 mil reais⁵⁷.

Em artigo publicado sobre o custo médio de um aluno na Universidade Federal de Viçosa encontramos que se gastou por aluno, no ano de 2004, em média R\$ 8.965,91. O custo por aluno dos departamentos, em 2004, variou de R\$ 3.948,59 (curso de matemática) a R\$ 17.022,79 (curso de zootecnia)⁵⁸.

Com efeito, fica claro e evidente que o custo do encarceramento é elevadíssimo quando comparado a outros campos que reclamam investimento em públicas como educação, saúde, moradia, etc. A questão torna-se ainda pior quando percebemos que o investimento em educação e saúde promovem profundas mudanças positivas na sociedade, sendo que o

investimento no cárcere produz um índice considerável de reincidência e não se afigura minimamente relevante para aplacar os índices de violência.

5.5 REINCIDÊNCIA

No Brasil, poucas são as pesquisas e dados seguros sobre reincidência criminal. Tal fato dificulta a repercussão de informação corretas sobre o tema, seja pela imprensa seja pelos gestores públicos, inviabilizando, não raro, a construção de políticas públicas eficientes. Alardeia-se muito a informação de que a taxa de reincidência no Brasil seria de 70%. Na verdade, esse número decorre a um conceito muito amplo, pouco útil ao planejamento de políticas criminais e não restrito ao conceito jurídico penal de reincidência. *Estudos produzidos ainda na década de 1980 já pretendiam desmistificar essa informação e apresentar dados mais precisos, tais como os publicados por Adorno e Bordini (1989), Adorno e Bordini (1991) e Lemgruber (1989)*⁵⁹.

Nos estudos sobre o tema é possível perceber e diferenciar quatro tipos de “reincidência”: i) reincidência genérica, quando há mais de um ato criminal, independentemente de condenação, ou mesmo autuação, em ambos os casos; ii) reincidência legal, decorrente de condenação judicial por novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior; iii) reincidência penitenciária, constatada pelo retorno do egresso ao sistema penitenciário após uma pena ou por medida de segurança; e iv) reincidência criminal, em razão de mais de uma condenação, independentemente do prazo legal. Desta forma, a análise da reincidência será muito diversa a partir do conceito e da metodologia adotada⁶⁰.

Mas em linhas gerais, seja adotando-se um critério mais amplo que conduziria a taxa de 70%, seja adotando-se critério mais restritivo que resultaria cerca de 25% a 30%, sempre estaríamos diante de números significativos⁶¹.

Pensem em um investimento de 33 bilhões para o déficit de vagas e disso resulta reincidência de 25%, estamos diante de aproximadamente 08 bilhões de reais inutilmente aplicados. Imaginemos ainda que dos 33 bilhões, 41% serão gastos com crimes não violentos (tráfico) e de natureza patrimonial (furtos e receptações). Estamos falando em investimento de 13.5 bilhões de reais, para promover estigma e reincidência sobre a juventude negra e pobre do Brasil, em detrimento do investimento necessário em políticas públicas inclusivas.

Com efeito, a reincidência criminal é um demonstrativo indiscutível da ineficiência do sistema carcerário.

6 CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto acima nos é possível indicar algumas notas conclusivas.

Percebe-se que o marco teórico garantista e análise econômica do direito convergem para a direção de que o sistema carcerário no Brasil nos moldes das políticas atualmente em vigor é absolutamente inviável, tanto pelo seu elevado grau de desumanidade, mortalidade e estigmatização, quanto pelo seu elevado custo e ineficiência alargada.

Importa, contudo, notar que as transformações necessárias não passam pela construção de estabelecimentos penais e investimento público para cobrir o déficit de vagas, mas antes disso, impende atuar em duas frentes, a saber: 1) Revisão da política de drogas tendente à legalização do consumo, comércio, produção e controle das drogas atualmente consideradas ilícitas; 2) Contensão do uso desmedido de prisões provisórias.

Sem isso, qualquer passo significará mais do mesmo, ou seja, o desperdício de vidas e da juventude brasileira, além da sangria inútil dos recursos advindos dos elevados tributos suportados pelos contribuintes.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Leme: Edijur, 2017.
- BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, L. *El derecho como sistema de garantías*. Madrid: Trotta, 1999.
- BOITEUX, Luciana, et all. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília. n° 1, 2009.

BOITEUX, Luciana; Padua, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil*. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/publication-downloads/proportionalidad-brasil.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2018.

CADERNO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Ano 9, Número 8, julho de 2017. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/homicidios-provocados-pela-proibicionista-politica-de-guerra-as-drogas-legalizar-para-salvar-vidas>>. Acesso em 31 jan. 2018.

CARNEIRO, Claudio. *Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal. Confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal*. Bahia: Editora Juspodivm. 2017.

CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: Sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, oct. 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, n. 85, p. 8-9, ano 22, jan./mar., 2001.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1993.

LANDES, William M. *An Economic Analysis of the Courts*. 1974. p. 164/214. Disponível em <<http://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

MAGALHÃES, Elizete Aparecida de et all. Custo do ensino de graduação em instituições federais de ensino superior: o caso da Universidade Federal de Viçosa. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro 44(3), p. 637-66, maio/jun. 2010.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2010.

- POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. In: *Lua Nova*. São Paulo, 1992.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2012.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito*. 2 ed. Portugal: Almedina. 2016.
- ROSA, Alexandre Morais da. *decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RUSCHE, George; KIRCHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia. Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. Os Impactos Econômicos da Atuação do Sistema Penal: vida virtual, isolamento e encarceramento em massa. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/06.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2018.
- SOUZA, Taiguara Libano Soares. *A era do grande encarceramento - Tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- STIGLER, George. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2. 1992.

NOTAS

- ¹ Para efeitos de desenvolvimento do presente texto, acompanhamos o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet para quem os Direitos Fundamentais são inerentes à dignidade da existência humana: “é a qualidade intrínseca e distintiva de 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 direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.
- ² CARNEIRO, Claudio. *Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal*. Confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal. Bahia: Editora Juspodivm. 2017. p. 25.
- ³ O Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro publicou interessante estudo realizado por Renato Dirk e Lilian de Moura, em que foram analisados inquéritos policiais versando sobre

letalidade violenta na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro durante todo o ano 2014. O referido estudo, que abrangeu homicídios dolosos e decorrentes de operações policiais; latrocínios e lesões corporais seguidas de morte, revelou a significativa relação entre a quantidade de mortes violentas e a política proibicionista de intitulada guerra às drogas. Disponível em: <http://www.isprevista.rj.gov.br/download/Rev20170802.pdf>.

Estatisticamente (correspondendo a 21% do total de casos analisados), ficou constatado que em primeiro lugar, a maior causa dessas mortes violentas se relacionava a conflitos surgidos em torno das drogas ilícitas, ou seja, enfrentamentos entre grupos rivais e dívidas não pagas. Em segundo lugar (correspondendo a 14,3%) aparecem as mortes violentas provocadas por intervenções de agentes estatais, das quais aproximadamente 60% em razão de confrontos em operações contra o tráfico. CADERNO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Ano 9, Número 8, julho de 2017. Disponível em <<http://www.leapbrasil.com.br/homicidios-provocado-pela-proibicionista-politica-de-guerra-as-drogas-legalizar-para-salvar-vidas>>. Acesso em 31 jan. 2018.

- 4 BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 8.
- 5 RUSCHE, George; KIRCHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 88.
- 6 *Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (As prisões existem apenas para prender os homens e não para puni-los - Justinian. Digest, 48.19.8).
- 7 RUSCHE, George; KIRCHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- 8 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 52 e seguintes.
- 9 SOUZA, Taiguara Libano Soares. *A era do grande encarceramento - Tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- 10 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230.
- 11 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.
- 12 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 696.
- 13 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 697.
- 14 KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1993, p. 173.
- 15 KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1993, p. 173-174.
- 16 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.
- 17 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 261.
- 18 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 730-737.
- 19 FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, n. 85, p. 8-9, ano 22, jan./mar., 2001.
- 20 FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, n. 85, p. 9, ano 22, jan./mar., 2001.

- 21 CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.
- 22 ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 86-87.
- 23 BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: Ferrajoli, L. *El Derecho como Sistema de Garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p.16.
- 24 FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, n. 85, p. 24, ano 22, jan./mar., 2001.
- 25 BOBBIO, Norberto. Prefácio. In FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 7-13.
- 26 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.
- 27 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 96-97.
- 28 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Leme-SP, Edijur, 2017, p. 17.
- 29 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.
- 30 BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* p. 34.
- 31 Idem. *Ibidem.* p. 34-35.
- 32 Idem. *Ibidem.* p. 35-36.
- 33 COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997, p. 18.
- 34 Para Dworkin a política, contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta que assinala uma meta a alcançar, no mais das vezes uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, por implicarem na proteção de determinada característica da comunidade contra uma mudança hostil. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.
- 35 STIGLER, George. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2. 1992. p. 54.
- 36 DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.
- 37 A aplicação da Análise Econômica do Direito não abrange somente normas jurídicas em sentido estrito, mas também o comportamento das cortes. LANDES, William M. *An Economic Analysis of the Courts*. 1974. p. 164/214. Disponível em <<http://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>>. Acesso em 4 fev. 2018.
- 38 RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. 2 ed. Portugal: Almedina, 2016, p. 10.
- 39 Posner defende que o Direito recebe influências da racionalização econômica, pois o Direito se desenvolve conforme à evolução social. O autor adotou uma nova concepção de eficiência, ou seja, a

- satisfação humana medida pela vontade de pagar do consumidor pelos bens e serviços – ideia de maximização de riquezas. POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 10. Há que se destacar também que “O *homo economicus* é fruto de um processo de redução expressada na mutação antropológica, que transforma as relações do homem com as coisas em um critério de identificação do indivíduo”. PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p.17.
- 40 COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. v. 3, n. 1 (Oct 1960). p. 1-44.
- 41 SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia*. textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.
- 42 RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. 2 ed. Portugal: Almedina. 2016, p. 24.
- 43 POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2010, p. 59.
- 44 A identificação da análise econômica com o utilitarismo acabou sendo usada com mais frequência face à tendência de se usar o a expressão utilidade como sinônimo de bem-estar.
- 45 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2ª ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2012. p. 7.
- 46 Para John RAWLS, a concepção pública de Justiça é aquela obtida através da Interface consensual, assim uma concepção de justiça pode ser pública, (RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. In: Lua Nova. São Paulo, 1992, p.25).
- 47 O utilitarismo, com berço na Inglaterra, tem em Jeremy Bentham e John Stuart Mill seus principais defensores. Sob o ponto de vista da Economia, o utilitarismo pode ser concebido como um princípio ético no qual o que determina se uma decisão ou ação é correta, é o benefício intrínseco exercido à coletividade e, por conseguinte, pode ser aplicada às políticas públicas.
- 48 SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. *Os Impactos Econômicos da Atuação do Sistema Penal: vida virtual, isolamento e encarceramento em massa*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/06.pdf>>. Acesso em: 3 fev 2018..
- 49 Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014.
- 50 Os dados do CNJ em 2018 indicam 679.199 presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 6 fev 2018.
- 51 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>.
- 52 BOITEUX, Luciana, et all. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília. Nº 1, 2009.
- 53 O CNJ em 2018 aponta um déficit de 273.156 vagas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 6 fev. 2018.
- 54 BOITEUX, Luciana; Padua, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/publication-downloads/proporcionalidad-brasil.pdf>>.

- ⁵⁵ Em 2007 a 1ª Vara de Execuções Penais de São Paulo elaborou um cálculo que indicava o valor de R\$ 38.112,31 (trinta e oito mil cento e doze reais) para a construção de uma vaga. (Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP. <http://www.gecap.direitorp.usp.br/>)
- ⁵⁶ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2016/12/custo-minimo-anual-por-aluno-foi-r-2.739-em-2016>>.
- ⁵⁷ Disponível em: <<https://abmes.org.br/noticias/detalhe/2081/estudante-de-universidade-publica-custa-89-a-mais-que-aluno-fies>>.
- ⁵⁸ MAGALHÃES, Elizete Aparecida de *et all.* *Custo do ensino de graduação em instituições federais de ensino superior: o caso da Universidade Federal de Viçosa.* Revista de Administração Pública (RAP) — Rio de Janeiro 44(3):637-66, maio/jun. 2010.
- ⁵⁹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015, p. 11.
- ⁶⁰ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015, p. 08.
- ⁶¹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015, p. 111.

Recebido em: 6 fev. 2019.

Aprovado em: 12 fev. 2019.

Editores:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal