

DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

SOBRE AS (IM)POSSÍVEIS RELAÇÕES ENTRE NOVAS PENOLOGIAS E DEMOCRACIA: UM ESTUDO DO BRASIL PENAL CONTEMPORÂNEO

ON THE (IM)POSSIBLE RELATIONSHIPS BETWEEN NEW PENOLOGIES AND DEMOCRACY: A STUDY OF CONTEMPORARY PENAL BRAZIL

<i>Recebido em:</i>	03/04/2017
<i>Aprovado em:</i>	13/06/2017

André Leonardo Copetti Santos¹

Doglas Cesar Lucas²

RESUMO

Questionar as discrepâncias e antinomias entre sistemas penais e regimes democráticos, bem como tentar estabelecer possíveis conexões entre eles, dentro de modelos de organização política nominados como Estados democráticos de Direito, são os dois principais aspectos que estruturam o objetivo central do presente artigo. Diante das novas tecnologias penais, cuja aplicação tem resultado em índices de encarceramento massivo como jamais houve em tempos de normalidade democrática, e seus efeitos negativos sobre o estado de liberdade de parcelas hipossuficientes e bem determinadas de populações de países com sistemas de

¹ Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Editor da Revista Científica Direitos Culturais. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e artigos publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista. E-mail: andre.co.petti@hotmail.com

² Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Doutorado em Direito pela UNISINOS (2008) e Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). É professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui e professor no Curso de direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo -IESA. Professor colaborador no mestrado e doutorado em Direito da URI - Santo Ângelo. Exerceu o cargo de chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí entre os anos de 2011 à 2013. Nesta IES exerceu a coordenação do Comitê de ética em pesquisa durante os anos de 2007 e 2008 e a Coordenação do curso de graduação em de direito durante os anos de 2002 e 2003. Editor da revista da Revista Direito em Debate, publicação do Departamento de Ciências jurídicas e Sociais da Unijui. É coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Consultor Ad Hoc da Capes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos humanos, identidade, interculturalidade, desobediência civil, direito de resistência e democracia. E-mail: doglasl@unijui.edu.br

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

direitos e garantias fundamentais positivados em suas Constituições, torna-se premente retomar as reflexões acerca das implicações entre o exercício do poder punitivo do Estado e a consolidação da democracia em sociedades, como a brasileira, nas quais imperam profundas desigualdades sociais. Neste artigo será abordada a questão da (i)legitimidade democrática, sob o viés da falta de competitividade nos processos de ascenso ao poder, de quem produz esse direito penal contemporâneo. O resultado da investigação aponta a existência de fortes implicações dessa falta de competitividade no direcionamento de uma atuação efficientista do sistema penal destinada a parcelas bem definidas da população. Pela própria natureza antinômica e paradoxal entre sistemas normativos voltados à potencialização da liberdade e da autonomia e sistemas punitivos que atingem frontalmente esses valores, adotou-se a metodologia de aproximação dialética para o desenvolvimento do presente trabalho.

Palavras-chave: Novas Penologias. Democracia. Legitimidade. Poder Punitivo Estatal.

ABSTRACT

To set a critical view point about the discrepancies and antinomies between penal systems and democratic regimes, as well as seek to establish possible connections between them, within political organization models nominated as rule of law, are the two main aspects that structure the central objective of this article. Up against new criminal technologies, the application of which has resulted in massive incarceration rates such as never existed in times of democratic normality, and its negative effects on the state of freedom of low-income, well-defined plots of populations of countries with fundamental rights and guarantees systems in their Constitutions, it becomes urgent to reconsider the implications of the exercise of the punitive power of the State and the consolidation of democracy in societies such as Brazil, in which deep social inequalities prevail. This article will deal with the question of democratic (i)legitimacy, under the bias of the lack of competitiveness in the processes of promotion to power, those who produce this contemporary criminal law. The result of the investigation indicates the existence of strong implications of this lack of competitiveness in the targeting of an efficientist action of the penal system destined to well defined portions of the population. By the very antinomic and paradoxical nature of the relation between normative systems focused on the enhancement of freedom and autonomy and punitive systems that directly reach these values, the dialectical approximation methodology was adopted for the development of the present work.

Key-words: New Penologies. Democracy. Legitimacy. State punitive power.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, em 17.02.2016, ao decidir pela denegação do HC 126.292, reiterou uma tendência jurisprudencial que há algum tempo já vinha sendo construída nessa Corte, no sentido de possibilitar a execução provisória dos acórdãos penais condenatórios proferidos em grau de apelação, ainda que sujeitos a recurso especial ou extraordinário, entendendo que tal antecipação da pena sem trânsito em julgado não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Esse posicionamento jurisprudencial ficou ainda mais consolidado com a decisão prolatada em 10.10.2016, por maioria, pelo Pleno do STF, acerca do pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, formulado nas ADCs 43 e 44, a qual indeferiu a medida cautelar inicialmente concedida, que determinava a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal. O STF, com essa decisão, agrega-se a outras esferas de poder, as quais, nos últimos 25 anos, aproximadamente, estão voltadas, através de suas ações institucionais, à ampliação da atuação repressiva do Estado, tal como aconteceu, por exemplo, com a Câmara dos Deputados, ao aprovar, em meados de 2015, a PEC n. 171-D, que tratou da redução da maioria penal de 18 para 16 anos, ou com o Senado, que não tendo apreciado esta PEC da Câmara, já aprovou o PLS n. 333/2015, que altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e a Lei nº 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), para estabelecer que é circunstância agravante a prática do crime com a participação de menor de 18 anos de idade, que o ECA se aplica excepcionalmente a pessoas entre 18 e 26 anos de idade e que poderá ser adotada a medida socioeducativa de internação em Regime Especial de Atendimento, após os 18 anos de idade, pelo período máximo de 10 anos.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

Nesse último quarto de século, num movimento jurídico repressor que culmina com a decisão do STF, com a PEC da redução da maioria aprovada na Câmara dos Deputados ou com o PLS n. 333/2015, foram positivadas diversas medidas jurídicas que, agindo em distintas áreas persecutórias e repressivas, geraram como consequência prática a ampliação do poder penal do Estado, seja através da utilização de novas tecnologias de controle, seja através de engenhosidades potencializadoras do encarceramento massivo. Vale lembrar, a título exemplificativo, a Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), a Lei n. 10.792/03 (modificou a Lei de Execuções Penais criando o Regime Disciplinar Diferenciado), a Lei n. 12.850/2013 (Crime Organizado), os Decretos n. 7.267/11 (Monitoração Eletrônica) e n. 7.950/13 (Perfis Genéticos), sem falar nas inúmeras leis penais incriminadoras surgidas após a promulgação da CF/88, as quais determinaram uma significativa expansão do direito penal (COPETTI SANTOS, 2010, 2011).

Essas decisões/ações moduladoras não só do sistema normativo constitucional, mas também e principalmente dos subsistemas penal e processual penal, materializam possibilidades bem claras de ampliação do poder punitivo estatal, fazendo emergir, mais uma vez, preocupações acerca dos limites de atuação de um sistema de justiça criminal, em sociedades que se pretendem democráticas, e que nessa direção possuem sistemas de liberdades e garantias positivados constitucionalmente, mas que, paradoxalmente, utilizam a prisão como uma de suas principais formas de (des)ordenação social. Essas mais recentes engenhosidades jurídicas encontram ressonância no Poder Judiciário para um populismo penal, onde demandas por um aumento quantitativo e qualitativo da repressão criminal, oriundas de setores populares e de camadas sociais mais conservadores, são cada vez mais entendidas como respostas democraticamente corretas para o enfrentamento do fenômeno da criminalidade. Temos assistido a uma vinculação corriqueira entre democracia com hiperpunitivismo, com populismo penal e com demagogia punitiva.

O resultado dessas concepções, traduzidas em medidas jurídicas como as antes mencionadas, tem sido, cada vez mais, o aumento assustador da população carcerária em

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

nosso país, acompanhado de um completo caos do sistema penitenciário, com rebeliões e mortes dentro de penitenciárias, em eventos catastróficos como os do Carandiru, em São Paulo, Pedrinhas, no Maranhão, e os mais recentes massacres, em Manaus e Roraima.

Essa situação coloca em pauta, novamente, a necessidade de repensarmos a relação entre sistemas penais e democracia. Essa associação tem sido um dos objetivos mais duramente perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da modernidade, especialmente porque no espaço simbólico da democracia pretendem, aqueles que justificam o poder penal estatal, fazer repousar uma espécie de redenção legitimatória das máquinas repressivas modernas. Tal tarefa não se apresenta como algo fácil, pois, parafraseando La Free (2003), quando se refere à relação entre criminologia e democracia, é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e democracia podem, a princípio, parecer ser estranhos companheiros de cama, especialmente porque as formas contemporâneas de manifestação do poder penal estatal, assim como as construções reflexivas da maior parte da doutrina penal dominante, parecem cada vez mais alheias aos mais elementares ideais democráticos, igualitários e republicanos.

As relações entre as violações à lei que constituem o âmbito da criminalidade, as reações estatais a essas violações que constituem o campo punitivo e a democracia são marcadas por algumas aparências que criam um campo de inconsciência analítica, o qual tem levado não só a diagnósticos confusos, para dizer o mínimo, acerca da criminogênese, mas, também – e esse é o lado mais grave do problema -, a prognósticos totalmente equivocados de reações que, na prática, revelam-se absolutamente ineficazes, pelo menos para os interesses manifestamente declarados de prevenção da criminalidade, sem falar nas violências aos direitos humanos e nos custos estratosféricos para a implementação dessas políticas repressivas inócuas.

Há um potencial de (des)organização/(des)ordenação social de determinadas reações estatais à violação à lei que pode ser entendido, numa espécie de cartografia das nossas razões de punir, sob quatro aspectos, tendo-se em conta aquilo que Frédéric Gros (2001) nomina

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

como “centros de sentido” da penalidade, a saber: a lei (Estado), a sociedade, o indivíduo (autor da violação à lei) e a vítima. É em torno desses quatro pontos cardeais que se organizam os distintos espaços de argumentação justificativa da reação estatal às violações à lei penal, e que também se constituem as razões práticas que, entendemos, mais desorganizam nossos espaços sociais do que propriamente os ordenam. O que se nota é que há um desequilíbrio na interação entre esses distintos centros na determinação do sentido da ação dos sistemas penais, havendo uma preponderância dos influxos deliberativos provenientes de certos setores do *establishment* estatal, assim como dos setores sociais que se beneficiam da desigualdade social.

O potencial desordenador dos sistemas penais revela-se em relação a esses quatro centros de sentido, na medida em que de uns, ou parte deles, são provenientes as decisões penais, enquanto outros simplesmente sofrem seus efeitos. Em primeiro lugar, considerando o âmbito dos autores dos delitos, as reações penais, mais especificamente aquelas que compõem o quadro institucional da Nova Penologia, demonstram um alto poder desorganizativo da democracia e do Estado de Direito, ao possibilitarem, sem qualquer contrapartida pedagógica-preventiva, violações diretas dos direitos humanos desses indivíduos. Por segundo, tomando em conta o espaço das vítimas e da sociedade, é preciso ter claro que a maior parte das reações estatais à violação à lei revela um forte potencial desordenador ao não apresentarem qualquer contrapartida pedagógico-preventiva, ao mesmo tempo em que não garantem a tutela aos bens jurídicos que possam vir a ser violados pelas condutas criminosas, cuja proteção, dentro de um ambiente de potencialização da liberdade, deveria ser a função central de um direito penal o mais democrático possível. Em terceiro lugar, o caráter desordenador das reações penais manifesta-se no espaço da sociedade e do Estado, na medida em que os altos investimentos orçamentários que reclamam as atividades estatais repressivas/punitivas impossibilitam que o Estado implemente, nos distintos espaços de constituição da sociedade, uma quantidade significativa de política sociais não penais, efetivamente preventivas da criminalidade, o que evidencia uma inquestionável má-gestão de recursos públicos,

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

indevidamente investidos no sistema repressor, em detrimento de outros sistemas com infinitas maiores possibilidades civilizatórias, como o sistema educacional, para sermos sintéticos. Por fim, observando o campo de justificação das penalidades estritamente pelo viés do centro de sentido estatal, é possível perceber que a manutenção de discursos e práticas que ressaltam cada vez mais a soberania penal do Estado tem criado mais possibilidades de abertura de espaços de argumentação crítica dirigidos aos poderes públicos como protagonistas da desordenação através do direito penal.

Considerando que a democracia pressupõe formas de institucionalização da ordenação política, social e econômica, sempre tendo como objetivo último a potencialização e o disfrute das liberdades, tanto negativas quanto positivas, pelos cidadãos, como alternativa, nos Estados constitucionais de Direito, para atingir a autonomia individual e social, pode resultar enganosa uma aproximação superficial que se tente fazer entre democracia, criminalidade e sistemas penais, pois o que, num primeiro momento, parece ser ordenador e, portanto, democrático – as reações a violações à lei – numa análise mais acurada, revela-se, de modo nem tão incomum assim, desordenador e não democrático.

Com o presente trabalho, em continuação a outros já realizados anteriormente (COPETTI SANTOS, 2014, 2012, 2011, 2010, 2010a, 2006, 2004), estamos retomando a reflexão acerca de alguns aspectos envolvendo as relações entre as violações à lei, as reações às violações - especialmente em sua versão repressiva contemporânea denominada de Nova Penologia (Atuarialismo) - e a democracia como sistema instituidor de liberdades através da ordenação política, social e econômica. O modelo de análise adotado considerará aspectos dinâmicos da democracia em seus processos de ascenso ao poder daqueles que decidem, bem como de descenso do poder das decisões tomadas pelos decisores. Em seu aspecto formal de ascenso ao poder, a democracia permite a construção das condições estruturais de poder para elaboração das decisões penais, exercendo um influxo sobre a materialidade dessas decisões, ou seja, do “como” se desenvolve o processo político-eleitoral que determina o acesso ao poder de “quem” decide dependerá, em boa medida, o conteúdo das decisões político-criminais. Já

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

em relação ao seu aspecto substancial de descenso do poder das decisões tomadas, a democracia é constituída ou não pelo conteúdo das decisões, sofrendo, assim, um refluxo positivo ou negativo, ou, em outras palavras, há uma parcela normativa da democracia que é determinada pela qualidade das decisões que baixam dos centros de poder até a população, sendo as decisões de natureza penal bastante relevantes nesse aspecto, pois incidem sobre a vida, os corpos e a liberdade dos cidadãos, aspectos importantíssimos a serem preservados e protegidos em qualquer regime democrático.

Nesse trabalho, a análise será centrada na legitimidade/competitividade dos processos de ascensão ao poder – aspecto formal/procedimental da democracia - e as suas consequências na constituição da materialidade e da destinação das decisões de natureza penal. Posteriormente, em artigos a serem produzidos em sequência, iremos retomar a discussão a partir de uma perspectiva material/substancial da relação entre sistemas penais, Nova Penologia e democracia, focando a reflexão sobre os efeitos que um conjunto de decisões ou uma tendência histórica de deliberações penais têm gerado sobre nosso regime democrático em termos de concretização ou violação de direitos humanos.

As relações entre sistemas penais e democracia, direito penal e direitos humanos são, a princípio, fontes de antinomias. As proposições que podem emergir das relações entre esses termos (p. ex., “O direito penal fundado nas Constituições democráticas de Direito é democrático”), dentro dos marcos categoriais possíveis em Estados democráticos de Direito, sendo verdadeiras, são falsas, e sendo falsas, são verdadeiras, pois há uma hostilidade imanente em qualquer arranjo que se pretenda fazer entre sistemas restritivos da liberdade e/ou da vida e sistemas que, em sentido totalmente oposto, busquem a potencialização desses valores. Dentro do campo de oscilação entre verdade e falsidade que tais termos/institucionalizações criam a partir de suas relações, os penalistas têm, incessantemente, tentado pautá-las pelo princípio da não contradição inobstante suas incessantes fugas dele. Essas antinomias reclamam soluções, pois são institucionalizações que têm convivido proximamente, ainda que de forma um tanto quanto hostil, dentro dos

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

paradigmas político-jurídicos que chamamos Estados Democráticos de Direito, e uma oscilação perpétua entre verdade e falsidade, sem jamais parar, não é algo racionalmente bom, e sim o suprassumo da irrazão. Esse processo *ad infinitum* não é um bem, e sim um mal, não é uma síntese dialética, e sim um absurdo lógico. Em qualquer tentativa de parar esse pêndulo em algum momento, não podemos jamais esquecer a natureza praticamente aporética dessa relação e, o que é mais frustrante, o fato de que, num futuro próximo, parece não haver um horizonte de extinção dos sistemas modernos de castigo. Afirmações do tipo “o direito penal é democrático”, ou o seu contrário, “o direito penal não é democrático” materializam uma antinomia que constitui um jogo de opostos a reclamar a metodologia dialética como alternativa de aproximação, de conciliação dessa oscilação entre verdade e falsidade colocada pela existência concomitante entre o cada vez mais largo poder de punir do Estado e os sistemas de liberdade passo a passo mais sofisticados dentro do constitucionalismo contemporâneo.

2 Sobre o paradoxo entre sistemas constitucionais democráticos de liberdades e políticas públicas potencializadoras do encarceramento em massa e do controle penal do estado sobre a população

O que parece saltar a um primeiro olhar dirigido às relações entre sistemas penais e democracia é que elas não são tão óbvias quanto possa parecer, e menos evidentes ainda quando se trata de analisarmos essa relação em países como o Brasil, onde indícios de um paradoxo singularizado emergem em um fenômeno que deve ser compreendido em uma dupla face: sob um aspecto, pela redemocratização e por uma reestruturação do Estado de Direito, processos marcados fundamentalmente por um reforço estrutural e funcional das instituições públicas de formulação e aplicação da lei, mas, ao mesmo tempo, sob outro viés, por um aumento exponencial da criminalidade e do encarceramento em massa. Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos,



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

considerado o mais amplo sistema democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final do ano de 2014 havia um número em torno de 2.217.947 encarcerados em seu sistema penal, algo aproximado a 25% da população carcerária mundial, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes (ICPR, 2014); no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, o número de homicídios chega a uma cifra ao redor de 60.000 ao ano, enquanto a população carcerária, crescendo em cifras alarmantes nos últimos 20 anos, chegou à casa de 607.731 presos, numa média de 299,7 presos por 100.00 habitantes (INFOPEN, 2014, p. 15-16). Ao número absoluto de encarcerados é importante agregarmos o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a uma cifra proporcional de 575% no período compreendido entre 1990 e 2014. Em 1990 tínhamos ao redor de 90.000 presos, enquanto no ano de 2014 ultrapassamos 600.000 encarcerados. Se ainda somarmos a essa estatística o número de indivíduos que têm sua liberdade restringida mediante prisão domiciliar ou vigiada com aparatos eletrônicos, a situação é ainda mais grave, pois o total da população mantida sob o controle institucional estatal sobe para 711.463 pessoas (CNJ, 2014, p. 4), o que perfaz uma relação de 348,75 indivíduos controlados pelo sistema penal para cada grupo de 100.000 habitantes, considerando-se o total da população brasileira tangenciando 204.000.000 de pessoas.

Temos que ressaltar que em ambos os países estão em vigência sistemas econômicos com algumas regulações estatais que, entretanto, não retiram o seu caráter de livre mercado, situação que em conjugação com os sistemas constitucionais de liberdades negativas e positivas, bem como com os sistemas político-eleitorais de escolha de representantes baseados em eleições diretas, deixa escancarado o paradoxo, pois inobstante todas essas institucionalizações de proteção e potencialização do disfrute das liberdades civis por um lado - ainda que em termos de direitos sociais os problemas sejam abundantes, especialmente no Brasil -, há, por outro, um alto grau de encarceramento e, no caso brasileiro, índices de criminalidade exorbitantes.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

No Brasil, já nem tão lentamente assim, estamos replicando o modelo punitivo norte-americano, no qual a tônica discursiva é a substituição da sua materialidade essencialmente política por uma substancialidade administrativa, ou seja, o centro da discussão e do interesse acerca da questão penal ou penitenciária está bem menos radicado no campo ético do que no plano administrativo da gestão pública. No caso americano, temos o exemplo de um Estado de Direito quase irrepreensível, em que os processos penais oferecem uma multiplicidade de recursos, em que os poderes estão claramente separados e em que a independência dos juízes não levanta dúvidas, mas, apesar disso, em nenhuma parte do mundo democrático a máquina repressiva conheceu tal sobreaquecimento. O Brasil não está distante dessa realidade penal e penitenciária americana. O número de encarcerados e controlados pelo sistema prisional brasileiro (mais de 700.000) traduzem material e concretamente nossa ideologia penal. Agregue-se ao crescimento exponencial de encarcerados as condições imundas e insalubres das penitenciárias nas quais estão sendo cumpridas as penas, a quantidade de mortes que ocorrem cotidianamente em nossas prisões e o tratamento que temos dispensado aos nossos menores apreendidos, e veremos que estamos mais próximos do que imaginamos, e em alguns critérios até os superamos pela crueldade de nosso sistema prisional.

O que vemos nos casos americano e brasileiro é a adoção de uma racionalidade administrativa e não mais política sobre o crime, onde somente interessam estatísticas de eficiência sobre o controle de determinados estratos da população. Nos Estados Unidos, a sociedade mais rica do planeta, 2% da mão-de-obra potencial em condições de ingresso no mercado de trabalho se encontra na prisão. E um dos disparates, para ser eufêmico, de nossa época, segundo Larreta (2003, p. 40-41), é que os custos sociais de um semestre numa prisão americana representam o equivalente a um semestre de estudos na Universidade de Harvard.

Tomando os exemplos norte-americano e brasileiro, especialmente no aspecto relativo à reação ao crime, é importantíssimo colocarmo-nos as seguintes questões: podemos qualificar como democráticos sistemas penais pelo simples fato de estarem estabelecidos em países organizados sob modelos de Estados Constitucionais de Direito, onde imperam

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

liberdades civis, políticas e econômicas, independentemente da extensão da reação estatal mediante a aplicação de penas privativas de liberdade? Podemos considerar democráticos sistemas de normatização penal pela sua simples adequação ao rol de bens jurídicos elevados à categoria de bens jurídico-constitucionais, transformando-os em bens jurídico-penais pela adição da proteção penal mediante a criação de novos tipos penais?

Essas questões não são nada simples de serem respondidas, ainda mais se considerarmos a hipercomplexidade do mundo contemporâneo da qual elas emergem e as possíveis influências e determinações das novas tecnologias na configuração do Estado e da democracia. Se, por um lado, como aponta Levy (2006), os meios de comunicação interativos, as comunidades virtuais sem território e a explosão da liberdade de expressão permitida pela internet abrem um novo espaço de mais comunicação, transparente e universal de resto, levado a profundamente renovar as condições da vida pública no sentido de uma liberdade e de uma responsabilidade acrescidas do cidadão, por outro, não há como esquecermos as reflexões de Deleuze (2010) acerca da sociedade de controle, quando cada vez mais assistimos à utilização das invenções de última geração para o controle dos indivíduos.

Nesse sentido, uma nova forma de Estado parece estar inevitavelmente emergindo de forma progressiva, seguindo a novas leis de governança, onde a informatização garante não só a potencialização dos níveis de articulação (global, continental, nacional e regional ou metropolitano), mas também impulsiona o surgimento de zonas de interseccionamento entre a lei e os sistemas institucionais de justiça com a economia, a técnica e a ciência, os quais cada vez mais são em suas particularidades fundamentais dentro de uma unidade fundamental, o que garante, de modo mais intenso, eficácia no controle, não sendo diferente no âmbito penal.

Assim, seguindo essa tendência contemporânea pós-industrial, que nada mais é do que uma renovação de práticas antigas, não é uma novidade dos tempos atuais a relação entre novas tecnologias e práticas de punição, entre desenvolvimento científico e controle social. Praticamente todas as rotinas punitivas preventivas, que compõem o arsenal do que Feeley e Simon (1992) classificam como uma Nova Penologia, têm paralelos na história, muitas vezes

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

muito mais chocantes do que as atuais medidas propostas pela criminologia atuarial. A eugenia, o controle da população, o higienismo, a medicina social e o controle da loucura através das internações em hospitais psiquiátricos desde o nascimento do asilo no começo do século XIX, as esterilizações forçadas no início do século XX, enfim, a execução de medidas punitivas sobre milhares e milhares de indivíduos, simplesmente pelo medo que a maioria “normal” tinha de mantê-los livres e vivos, foram claras expressões das relações mantidas entre as ciências de ponta dessas épocas, as novas tecnologias por elas produzidas e os sistemas de controle e punição. O discurso médico da Modernidade foi, nesse aspecto, extremamente útil para esses objetivos, trazendo novas ferramentas para um ordenamento efetivo da sociedade e o controle da população, não mais sob o formato e funcionalidade de uma medicina individual, mas de uma medicina social, primeiramente como uma medicina de Estado, posteriormente, como uma medicina urbana e, por fim, como uma medicina da força de trabalho (FOUCAULT, 2004, p. 50).

Contemporaneamente, ressurgem a institucionalização de práticas de normalização social de corpos através da aplicação de novas tecnologias de controle. Nesse sentido, a denominada Política Criminal Atuarial apresenta-se como *background* para um conjunto de práticas voltadas a solucionar o fenômeno da criminalidade, apoiadas na lógica econômica (atuarialismo). A partir de números e estatísticas, a noção de eficiência que subjaz à perspectiva atuarial encontra nas novas tecnologias o instrumental ideal para que a persecução penal apresente o máximo de resultados com o mínimo de dispêndio (econômico) necessário.

Esse movimento de retrocesso repressivo tem início no final dos anos setenta do século XX, quando passou a ocorrer uma grave mudança na orientação das práticas penais, especialmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, inaugurando o que pode ser chamada de uma penologia pós-moderna. Tanto a ideologia quanto as práticas penais tornaram-se mais conservadoras, marcando, nesse sentido, desde então, um abandono do ideal de reabilitação - cerne da criminologia correccionalista - em direção a políticas criminais de caráter sistêmico,

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

cuja principal característica passou a ser a administração do fenômeno criminal a partir de perspectivas de programação e planejamento orçamentário. Nascia, assim, a Política Criminal Atuarial, mais como planejamento de governo elaborado pelo Poder Executivo, pouco preocupado com os limites e garantias do Estado de Direito, do que propriamente como resultado de uma reflexão científica desenvolvida no âmbito da criminologia, da sociologia criminal, da filosofia do direito e de outras ciências ou ramos do conhecimento, que, por um diálogo que ultrapasse a disciplinariedade restrita de cada uma, possam permitir uma visão mais ampla e mais próxima da realidade sobre o crime e a pena.

Por um lado, como aponta Anitua (2008, p. 813), com a renúncia a tentativas de legitimar a pena, e com a resignação na busca de causas que não trariam nenhuma utilidade imediata, grande parte dos funcionários do sistema penal adotou uma “ideologia desideologizada” que os levava a não pretenderem ir mais além de seus objetivos sistêmicos. Nos anos 1970 e 1980 foram chamadas de “criminologia administrativa” as práticas cotidianas realizadas por funcionários de prisões, policiais e juízes que se limitavam a cumprir com o que se pretendia deles, evitando desordens muito evidentes, sem pretender com isso realizar uma mudança sobre a sociedade em geral.

A “reflexão” penológica, mais que tendências investigativas e reflexivas, assumiu um caráter tecnocrático destinado a legitimar a própria ação das burocracias punitivas, sem ter que arriscar o confronto com resultados. Esse acionamento não seria legitimado por algum ideal, mas sim pelo que o sistema penal efetivamente “é” e “faz”. As penas, desse modo, “funcionam”, fazem o que fazem dentro desse sistema e é esse mesmo sistema que lhe confere razão de existir. Chegar-se-ia a pensar que a maquinaria punitiva “funcionaria” melhor se estivesse desconectada desse risco de deslegitimação que se corre ao perseguir uma finalidade incumprível ou infalível. Uma espécie de racionalidade *a posteriori* passou a alimentar essa estratégia planificadora tecnocrática.

Essa importante transformação na ideologia e nas práticas penais, que Feeley and Simon (1992, p. 450) chamam de “Nova Penologia”, ou, poderíamos dizer, uma “nova

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

tecnologia penal”, envolve no entender desses investigadores, mudanças em três distintas áreas:

1. Primeira, a emergência de um novo discurso: em particular a linguagem de probabilidade e risco crescentemente substitui os anteriores discursos de diagnóstico clínico e juízo retributivo;
2. Segunda, a formação de novos objetivos para o sistema: os objetivos que temos em mente não são simplesmente novos para o sistema (muitos deles têm velhos antecedentes), mas são, em algum sentido, (re)nova(da)mente, “sistêmicos”. Há uma primazia dada ao controle eficiente dos sistemas internos que se processa no lugar dos tradicionais objetivos de reabilitação e controle do crime. Metas como a redução da reincidência sempre foram moldadas de diferentes e importantes formas, mas no cenário contemporâneo o sentido de que qualquer referência social externa se destina a todos está se tornando atenuada;
3. Terceira, o desenvolvimento e a implementação de novas técnicas: essas técnicas têm como alvo o criminoso como um conjunto no lugar de tradicionais técnicas para individualização e criação de equidade.

Essa nova tecnologia penal tem se materializado através de técnicas de prevenção, tais como: a) práticas de manutenção de ordem baseadas na teoria das janelas quebradas e tolerância zero (controle de comportamentos ameaçadores, embriaguez, vandalismo, realização de grafites, tocar música alta durante a noite); b) elaboração de perfis e investigações preventivas (patrulhas de autoestradas, abordagens e revistas e ações antiterroristas); c) incapacitação seletiva e encarceramento em massa; d) expansão de sanções penais; e) revogação de benefícios na fase de execução (liberdade condicional, por exemplo) a partir de testes de uso de drogas (FEELEY e SIMON, 1992).

Lançadas no norte do planeta, essas novas tecnologias políticas e jurídicas, como anteriormente ressaltamos, já chegaram até nós, moldando em boa medida a atuação repressiva dos poderes públicos e colocando em xeque a consolidação dos nossos projetos

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

constitucionais de Estado de Direito e de consolidação de uma sociedade democrática. É justamente aqui que se revela a problemática que orienta a discussão empreendida no presente artigo: a partir da adoção de ações governamentais inspiradas nas diretrizes da Política Criminal Atuarial e, conseqüentemente, da utilização cada vez mais frequente, na seara das práticas punitivas, das novas tecnologias, é possível falarmos em um direito penal democrático, fundado sobre a ideia de garantias constitucionais aos cidadãos, quando a principal consequência das práticas penais atuariais é a violação dessas garantias por sistemas de controle não raro inconscientes à maior parte da população controlada? Os que produzem essa “democracia penal” estão legitimados no plano ético-político a produzirem-na da forma como a fazem e com os objetivos que os animam?

3 Sobre as relações espúrias entre democracia representativa e a construção dos sistemas penais contemporâneos

A sextuplicação do número de encarcerados no Brasil, no período compreendido entre 1990 e 2014, apresenta-se como um dado estatístico relevante, e, pelo menos a um primeiro olhar, indicador da chegada das novas tecnologias penais ao nosso *oikos*.

Num primeiro momento, esse estonteante aumento de pessoas aprisionadas poderia ser explicado como uma consequência natural da ampliação da complexidade normativa constitucional e seus respectivos reflexos indutores na estrutura e no funcionamento do ordenamento jurídico-penal, pois esse crescimento das taxas de encarceramento é aquecido após a promulgação da Constituição da República de 1988. Em outros termos, com o alargamento do espectro de bens tutelados constitucionalmente - em particular de bens não individuais - e seus efeitos potencializadores no catálogo de crimes (COPETTI SANTOS, 2012), seria natural que havendo mais tipos penais positivados, uma gama maior de condutas poderia ser neles enquadrada, e, portanto, mais indivíduos seriam alvo do sistema penal formal, aumentando, assim, inevitavelmente, a população prisional. Entretanto, uma análise



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

mais diligente à totalidade das estatísticas revela outra realidade: a atuação do sistema penal que resultou na atual situação de encarceramento massivo, não foi alargada em razão desses novos tipos penais positivados, como decorrência do aumento da lista de bens jurídicos constitucionalizados, mas, surpreendentemente, e não ao mesmo tempo, o crescimento do número de encarcerados está relacionado com a prática e o aprisionamento de indivíduos que cometeram crimes já previstos antes da promulgação da Constituição de 1988, notadamente delitos que significam distribuição forçada de renda (tráfico de drogas, roubo, furto, latrocínio, receptação e quadrilha ou bando, este último em razão de que, na maioria esmagadora dos casos, as quadrilhas ou bandos são organizados para a prática de crimes contra o patrimônio ou para tráfico de entorpecentes). Os dados do INFOPEN (2014, p. 69-70) são ilustrativos e esclarecedores a respeito desse tema. Considerando a população carcerária em sua generalidade, 67% dos encarcerados no Brasil cometeram crimes com a finalidade de obtenção de renda (27% tráfico, 21% roubo, 11% furto, 3% receptação, 3% latrocínio, 2% quadrilha ou bando). Distribuindo esses percentuais com a consideração do gênero dos encarcerados, os dados são ainda mais indicativos. Entre os homens o percentual de aprisionados que cometeu crimes para obtenção de renda é de 56% (25% tráfico, 21% roubo, 21% furto, 3% receptação, 3% latrocínio, 2% quadrilha ou bando); já entre as mulheres a situação é ainda mais grave, tendo-se em conta que 82% das encarceradas cometeram crimes com tal fim (63% tráfico, 7% roubo, 8% furto, 1% receptação, 2% latrocínio, 1% quadrilha ou bando).

Esse fenômeno do encarceramento massivo de grupos bem definidos da população, num espaço de tempo delimitado e curto, coloca uma grande interrogação sobre o caráter democrático da nossa sociedade, do nosso Estado e, inevitavelmente, do nosso Direito, pois é bastante questionável, para dizer o mínimo, associar virtudes da democracia - como a vocação à liberdade e à autonomia - a arranjos sociopolíticos e jurídicos que tenham na prisão uma de suas instituições mais efetivas para garantir o funcionamento normal do sistema econômico ou a estrutura desigualitária de uma sociedade. Mais do que isso: emerge uma imensa

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

dificuldade em qualificar como democráticos uma organização social, política e jurídica que deposita na prisão alguns de seus mais relevantes momentos de “racionalidade” institucional.

Sobre essa relação entre sistemas penais e democracia, e mais especificamente, sobre as (im)possibilidades de ajustamento democrático das “novas penologias”, algumas linhas gerais de reflexão são importantes de serem colocadas como guias mestras dos argumentos mais específicos. Em primeiro lugar, uma teorização adequada acerca do grau de democraticidade de uma sociedade, de um Estado e de um sistema jurídico deve considerar as condições históricas do surgimento de várias situações concretas e seus reais e conscientes objetivos, como, por exemplo, as políticas de encarceramento massivo. Por outro lado, se uma teoria da democracia pressupõe a inclusão, numa posição central, de vários aspectos da teoria do Direito, situação potencializada nos modelos de Estados constitucionais democráticos de Direito, uma vez que o sistema legal determina e respalda características fundamentais da democracia e da cidadania como *agency*³, conforme destaca O’Donnell (1999), o fluxo inverso também é verdadeiro, ou seja, uma teoria do Direito em sentido geral, e, também, de modo situado em seus ramos específicos, reclama a consideração de vários elementos da teoria democrática. As consequências disso em termos práticos são evidentes, pois se, por um lado, a democracia é determinada normativamente pelo sistema jurídico, especialmente pela Constituição, por outro, o sistema jurídico também sofre os influxos da democracia seja no que tange ao processo formal de ascenso ao poder, quanto em termos de conteúdos a serem normatizados e que descendem até o povo sob a forma de leis e possibilidades de ação por parte do Estado. Em terceiro lugar, por fim, como consequência dos dois itens anteriores, não há como evitar a afirmação de que deles decorre que uma análise acerca da ocorrência concreta de um determinado fenômeno democrático não deve levar em consideração apenas o regime político representativo, mas também as distintas formas de exercício do poder estatal -

³ A categoria conceitual da *agency* é definida por O’Donnell (1999, p. 603) como a condição da existência do indivíduo “dotado de razão prática, ou seja, que faz uso de sua capacidade cognitiva e motivacional para tomar decisões racionais em termos de sua situação e de seus objetivos, e dos quais, salvo conclusiva em contrário, é considerado o melhor juiz”.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

especialmente aquelas cuja legitimação é diretamente ligada à execução do sistema legal -, além de certos aspectos do contexto social geral.

Assim, não há como eludir uma análise das possíveis relações e codeterminações entre sistemas penais contemporâneos e as Novas Penologias, em suas mútuas implicações com a democracia. Há uma necessidade premente de estabelecer uma conexão muito mais significativa da que hoje existe entre direito penal e democracia, pois essa aproximação constitui-se como uma das dimensões normativas fundamentais de qualquer fenômeno democrático, ou seja, a quantidade e a qualidade da utilização da violência legítima pelo Estado exerce uma forte determinação sobre a condição democrática de uma sociedade e sua organização política. A partir disso, são valiosos os conjuntos de respostas que pudermos dar, visando à evolução de nossos projetos civilizatórios, aos seguintes questionamentos: a) a quais dimensões da democracia poderíamos aproximar os sistemas penais em todas suas possibilidades de intervenção institucionalizadas? b) há legitimidade por parte dos decisores, especialmente legislativos e judiciais, para tomar as decisões político-penais, especialmente as que importam em aumento do controle do Estado sobre a liberdade de indivíduos e grupos que não pertencem aos grupos sociais dos decisores e, portanto, estão excluídos do processo público deliberativo penal? c) qual o grau de coincidência, ou pelo menos de equilíbrio, entre o universo decisório e o universo receptor das decisões político-criminais? d) em que medida as instituições penais estão voltadas à potencialização da autonomia de indivíduos e grupos? e) quais os limites materiais de uma decisão político-criminal para que possa ser considerada democrática?

A tarefa de pensar a relação entre direito penal e democracia assume uma importância ainda maior em sociedades com altos níveis contrastes sociais, como a brasileira, pois nelas é facilmente detectável a aparição de fortes influências que determinam que o aparato coercitivo passe a ser utilizado de modo discricionário por parte daqueles que de modo desigual e injustificado têm um acesso privilegiado aos centros de decisão: são eles que definem que normas vão ser aplicadas, de que modo serão interpretadas e como vão ser

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

aplicadas. Sobre esse aspecto, total razão assiste a Gargarella para quem resulta previsível, em tais contextos de desigualdade, que o aparato coercitivo termine pondo-se a serviço dos interesses e conveniências daqueles que se encontram mais beneficiados por essas desigualdades: assim, a coerção começa a trabalhar a favor da preservação e reprodução das desigualdades existentes (2016, p. 11). Assim, pensar a relação entre direito penal e democracia implica pensar criticamente o exercício do poder coercitivo do Estado desde a sua origem, ou seja, desde os fatores que determinam a composição dos colegiados decisores, à luz da desigualdade própria de sociedades como a nossa.

3.1 O problema da falta de competitividade dos processos de escolha de “quem” decide as políticas criminais em sociedades com altos contrastes sociais

Costumeiramente, a dogmática jurídica pouco ou nada discute acerca dos processos de formulação legislativa, elegendo como objeto preferencial de sua análise e de seu discurso o produto legislativo pronto e acabado e a sua aplicação judicial. A fase pré-legislativa, desde a composição dos corpos decisórios até a fase política que precede a decisão, bem como a fase da execução da lei são momentos do acontecimento do fenômeno jurídico-penal que têm sido mais explorados por outros ramos do conhecimento como a ciência política, a sociologia jurídica e a filosofia do direito, do que propriamente pela ciência dogmática penal.

É já na fase de ascensão ao poder que se inicia o desequilíbrio e a desarmonia de que se revestem os dispositivos repressivos estatais, especialmente se considerarmos a intervenção através das engenhosidades penais contemporâneas, cujo foco está bem delimitado sobre parcelas intencionalmente definidas da população.

As democracias modernas, em sua versão liberal, giram em torno: a) ao princípio da maioria relativa; b) aos procedimentos eleitorais; c) à transmissão do poder que pressupõe a representação. Isto implica, como aponta Sartori, que dentro do povo como um todo, parte dele conta mais e parte, menos; que inclusive aqueles que constituem uma maioria vitoriosa



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

votada não detêm realmente o poder; e que boa parte do que se denomina a “vontade” popular parece mais o “consenso” do povo (2000, p. 54), ou, ampliando esse raciocínio a fim de torná-lo mais próximo da realidade, de uma parte seleta do povo. A consequência disso é que na realização da democracia a atribuição da titularidade do poder e seu exercício real não permanecem nas mesmas mãos.

“O poder do povo”, ressalta Sartori, é simplesmente uma expressão elíptica. A frase descreve o começo de um processo, mas o deixa pendente no ar, já que o poder se exerce sobre alguém e o governo necessita de governados. Poder do povo sobre quem? Quem são os destinatários, o objeto, da soberania popular? Quando a fórmula se completa, reza assim: democracia é o poder do povo sobre o povo. E aqui emerge uma faceta totalmente distinta da democracia: ela não abarca apenas a questão do ascenso ao poder, senão, outra, mais importante ainda, a do descenso do poder (2000, p. 54). Essas duas questões estão fundamentalmente imbricadas, pois da competitividade dos processos de ascenso dependerá a qualidade das decisões que retornarão no processo de descenso ou de exercício real do poder sobre seus destinatários. O problema central é, portanto: como assegurar o laço entre a atribuição nominal e o exercício real do poder? Ainda que as eleições e a representação são instrumentos necessários a uma democracia de grande escala, são também seu calcanhar de Aquiles. Quem delega o poder pode também perdê-lo, uma vez que a representação não é necessariamente genuína, podendo, não raro, dissociarem-se completamente os interesses do povo e o dos representantes.

É nesse sentido que a Nova Penologia brasileira parece, já num primeiro olhar, ser não democrática, pois materializa decisões que decorrem de processos eleitorais de ascensão ao poder de competitividade bem duvidosa, usando uma expressão eufêmica, o que determina que os interesses dos agentes que são efetivamente competitivos prevaleçam sobre os da imensa maioria dos representados. Ou seja, há um processo de fluxo e refluxo entre o ascenso ao poder de determinados estratos minoritários da população - os que tomam as decisões - e o retorno dessas decisões ao povo - descenso do poder -, as quais atingem exatamente aqueles

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

que não conseguem, por falta de competitividade, ascender aos lugares decisórios do poder político.

Destacando o aspecto decisional⁴ da democracia, é importante não olvidar que as decisões políticas, como as que posteriormente materializam normativamente o sistema jurídico, são decisões coletivizadas, que fazem emergir o problema acerca da coincidência ou não do universo decisório com o universo receptor das decisões. Essa coincidência é de grande interesse teórico e pode dar-se de fato. Entretanto, se produz cada vez menos à medida que aumenta o tamanho e a complexidade das unidades políticas. No âmbito das grandes dimensões nacionais pode-se dizer, portanto, que a política e, por consequência, o Direito como resultante da atividade política, consistem, em última instância, em decisões (executadas) subtraídas da competência de cada indivíduo como tal, e que alguém adota por algum(s) outro(s). O que significa, num primeiro olhar ideal, que uma decisão coletivizada o seja em nome de seus destinatários, o que, em muitos casos pode não ocorrer. Na verdade, os decisores decidem por todos somente no sentido de que sua decisão recai, pelo menos abstratamente, sobre cada um. Inobstante, muitas medidas políticas que assumem a forma de normas jurídicas, estruturando o sistema jurídico, não possuem esse equilíbrio democrático em relação a seus destinatários. O campo do direito penal é pródigo nesse sentido. As medidas concretas que caracterizam as “Novas Penologias”, especialmente aquelas que potencializam o encarceramento massivo seletivo – praticamente todas elas têm essa determinação -, são um importantíssimo exemplo desse desequilíbrio entre sistema democrático e sistema repressivo, especialmente se considerarmos o duplo movimento de ascenso e descenso do poder. A massa de encarcerados nessa nova onda repressiva, ou os grupos/estratos sociais aos quais

⁴ A Teoria Decisional da Democracia considera a existência de quatro classes de decisões: a) individuais; b) grupais; c) coletivas; e d) coletivizadas. As decisões individuais são as que toma cada indivíduo por si mesmo, independentemente se o faz movido por influências externas ou seguindo seu próprio critério. As decisões de grupo são que toma um grupo concreto, é dizer, um conjunto de indivíduos relacionados que participam de modo significativo na adoção de tais decisões. As decisões coletivas resultam difíceis de definir; geralmente se consideram como tais aquelas que adotam “os muitos”. Em comparação com as decisões grupais, as coletivas pressupõem um agregado humano considerável que não pode atuar – em razão de seu tamanho – como os grupos concretos. Por fim, as decisões coletivizadas. Elas são muito distintas das demais, pois tanto as individuais, como as grupais ou coletivas se referem ao sujeito tomador da decisão. Já as coletivizadas, em câmbio, aplicam-se e se fazem cumprir em uma coletividade, abstração feita de se são tomadas por uma pessoa, umas poucas ou a maioria. Ver a respeito SARTORI, 2000, p. 261 e seguintes.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

pertencem, em sua imensa maioria, ou não participam das decisões acerca do seu encarceramento por não ascenderem ao poder, ou participam de modo bastante tímido, com baixíssima influência, portanto, em qualquer espaço dos poderes públicos. Bastante ilustrativa dessa situação desequilibrada é a relação entre a presença de não brancos no Parlamento e nas prisões do Brasil. Segundo dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (INFOPEN) em relação aos dados sobre cor/raça verifica-se que, em todo o período analisado (2005 a 2012), existiram mais negros presos no Brasil do que brancos. Em números absolutos: em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce o número absoluto e, conseqüentemente, proporcional de negros encarcerados⁵. Já inversamente proporcional é a situação nos espaços de poder. A bancada federal eleita para a legislatura 2015-2018 é composta por 80% de homens brancos. Entre os eleitos, 15,8% se declararam pardos e apenas 4,1%, pretos. No caso das mulheres, elas representarão quase 10% da Câmara dos Deputados no início de 2015. No conjunto de deputados, as pardas serão 1,6% e as pretas, 0,6%. Nenhum índio foi eleito⁶.

Essa situação de desproporcionalidade nas relações sociais e de poder, que acabam por envolver a atuação penal do Estado, que começa no movimento de ascenso ao poder, mas que tem seus resultados materiais efetivados no sentido do descenso, pode ser melhor entendida através da concepção de *agency* de O'Donnell (1999), segundo a qual um regime democrático – ou poliárquico, na acepção de Dahl (1997) - tem duas dimensões fundamentais (O'DONNELL, 1999): primeiro, é um regime representativo de governo, em que o único mecanismo de acesso às principais posições governamentais ocorre por meio de eleições

⁵ <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>. Acesso em: 03 dez. 2016.

⁶ <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>. Acesso em: 03 dez. 2016.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

competitivas, resultado da aposta institucionalizada, universalista e incluyente, que faz uma sociedade, implicando na garantia a todos os indivíduos dos direitos de votar e de ser votado; segundo, é um regime em que o sistema legal garante as liberdades e direitos considerados fundamentais ao exercício da cidadania política.

É claramente visível no pensamento de O'Donnell uma preocupação em estabelecer uma definição que não se restringe ao foco da institucionalização procedimental da democracia, ou seja, ao acatamento das regras democráticas, mas que busque superar a dicotomia procedimento-substância sobre a qual tem se debruçado de forma mais recorrente a literatura política. Em O'Donnell (1999), estão intrinsecamente vinculados e são inseparáveis esses dois aspectos: a institucionalização do regime e as condições de sua efetividade, traduzidas pelas liberdades fundamentais. Forma (procedimentos eleitorais) e conteúdo (liberdades fundamentais) são inseparáveis na perspectiva de O'Donnell.

Os direitos de votar e de ser votado, expressos em um sistema legal, definem, para O'Donnell, a *agency*, como anteriormente mencionamos. Concebida como a condição da existência do indivíduo “dotado de razão prática, ou seja, que faz uso de sua capacidade cognitiva e motivacional para tomar decisões racionais em termos de sua situação e de seus objetivos, e dos quais, salvo conclusiva em contrário, é considerado o melhor juiz” (1999, p. 603), a sua constituição também é produto da aposta da sociedade que mencionamos anteriormente, já que implica na institucionalização de “uma visão moral do indivíduo como ser autônomo, racional e responsável” (p. 615), ou seja, que concebe o indivíduo como “um sujeito jurídico dotado de direitos civis subjetivos” (p. 603). Assim, “as regras que estabelecem a cidadania política são parte essencial de um sistema legal cuja premissa é a concepção de *agency* de um sujeito jurídico” (p. 615), o que importa dizer que a cidadania política faz parte dos direitos civis, que historicamente a antecederam, como pode ser confirmado pela análise histórica dos países de democracia originária, expresso na obra de Marshall (1967).

O vínculo entre a cidadania civil e a cidadania política também é defendida por Habermas (2003) que argumenta sobre a “dependência mútua entre as liberdades de ação do

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

sujeito de direito privado e a autonomia pública do cidadão” (p. 314), ou em outros termos, “o nexos interno entre ‘direitos humanos’ e soberania popular” (p. 316), o que nos remete aos graus de articulação entre a esfera dos direitos civis (Estado de Direito) e a esfera dos direitos políticos e dos procedimentos democráticos (Estado Democrático).

Dessa concepção de democracia de O’Donnell e Habermas emergem três questões fundamentais para a nossa discussão. Primeiro, é incontornável a consideração de que os direitos civis estão na base da concepção de cidadania, o que, em nossa visão, deve ser entendido na sua forma contemporânea, enquanto direitos civis, políticos e sociais. Segundo, a base moral subjacente à concepção da *agency* se funda na visão do indivíduo como sujeito dotado de autonomia (capacidade de se reconhecer), de capacidade cognitiva (ser racional nas suas escolhas) e com integridade de existência (segurança física sem nenhuma forma de coerção), estado de difícil ocorrência na realidade, especialmente se considerarmos alguns extratos hipossuficientes da população, ainda mais em países como o Brasil, onde a falta de autonomia política atinge grande parte dos eleitores. Por fim, como o indivíduo não existe isoladamente, mas sua existência está sempre dependendo de vínculos de pertencimento comunitário, podemos dizer que a dimensão moral e a capacidade de discernimento que é intrínseca a essa abordagem são condições fundamentais para a associação cívica e a participação na dinâmica política.

A questão da cidadania nos remete à discussão da efetividade do regime democrático, entendida como “o grau em que esse sistema de fato ordena as relações sociais” (O’DONNELL, 1999, p. 620), e nos limites temáticos do presente trabalho, não há como deixar de destacar o questionamento acerca de em que medida o direito penal contribui ou não com essa ordenação. É exatamente a discussão sobre a efetividade ordenatória que pode elucidar algumas das características da parcialidade tendenciosa do Estado brasileiro e de seus sistemas de tomada de decisão pública, especialmente em matéria penal, e mais particularmente ainda nas últimas décadas nas quais se implantou uma Nova Penologia. Em nossa opinião, a análise de Wanderley Guilherme dos Santos (1993) sobre as dificuldades

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

governativas no Brasil pode ser traduzida exatamente na problemática do grau em que o sistema democrático é capaz de ordenar as relações sociais no Brasil, ou seja, no grau da sua efetividade. Para Santos, apesar de a sociedade brasileira cumprir os requisitos básicos de uma ordem democrática – a institucionalização da competição pelo poder e a extensa participação política -, verifica-se uma contradição expressa na existência de um híbrido institucional, “que associa uma morfologia poliárquica, excessivamente legisladora e regulatória, a um hobbesianismo social pré-participatório e estatofóbico” (Santos, 1993, p. 79). Assim, teríamos a existência e o funcionamento de instituições democráticas normais, em convivência com uma cidadania não poliárquica, expressa pela baixa capacidade participativa, pela reduzida taxa de demandas, pelo descrédito na eficácia do Estado e pela existência de uma cultura cívica predatória, situação profundamente agravada em relação às minorias e aos hipossuficientes econômicos. Nos termos formulados por O’Donnell (1999), a conclusão parece evidente: nosso sistema democrático não seria, portanto, capaz de ordenar as relações sociais satisfatoriamente, tendo baixa capacidade de efetividade. E se focarmos essa conclusão em termos de políticas penais, o fosso é ainda maior, pois a parcela de ordenação que toca ao sistema penal só pode ser compreendida como desordenação, ou, na melhor das hipóteses, como uma determinada e direcionada ordenação, cujo alvo são estratos bem definidos da população totalmente afastados dos lugares de poder de decisão.

Entendemos, dessa forma, que a habilitação está relacionada aos atributos da *agency* como condição fundamental para a efetividade da democracia, e associada não apenas à existência dos direitos formais, mas às possibilidades de inclusão social dos indivíduos no conjunto de laços, valores, normas que expressam a aposta da sociedade na vida democrática. E se não é assim, se a linguagem dita democrática resulta normativamente inacessível para os mais desvantajados – aqueles excluídos em um sentido político, material e normativo -, estes não terão motivos para sentirem-se compelidos por ela. Nas palavras de Duff:



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

Se há indivíduos ou grupos dentro de uma sociedade que são (de fato, se não por desenho) persistente e sistematicamente excluídos da participação em sua vida pública e seus bens materiais, normativamente excluídos na medida em que seu tratamento nas leis e instituições que governam a sociedade não representa um genuíno respeito por eles como indivíduos que compartilham os valores da comunidade, e linguisticamente excluídos na medida em que a voz do direito (através da qual a comunidade fala a seus membros na linguagem de seus valores comuns) soa, para eles, como uma voz alheia que não é nem poderia ser a sua, então, a demanda de que, como cidadãos, estão obrigados pelas leis e são responsáveis frente á comunidade se torna vazio. Os fracassos suficientemente persistentes, sistemáticos, não reconhecidos ou não corrigidos, consistentes em tratar a indivíduos ou grupos como membros de uma comunidade política de cujos recursos participam, debilitam a demanda de que tais indivíduos ou grupos se encontram obrigados pelas leis de dita comunidade. Só podem ser compelidos como cidadãos, mas tais fracassos negam implicitamente sua cidadania ao negar-lhes o respeito e o devido cuidado que corresponde a todo cidadão (2001, p. 195-196).

E – pelas mesmas razões – a comunidade não terá nenhum direito a exigir-lhes uma prestação de contas, pois

Toda vez que a comunidade em cujo nome falam falha notavelmente na tarefa de tratá-los de acordo com seus valores declarados não poderá reclamar o direito de chamar-lhes a prestar contas em relação a seus presumidos fracassos em respeitar aqueles valores encarnados no direito penal (DUFF, 2001, p. 1860).

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

É nesse sentido que a desigualdade afeta incisivamente a propriedade das condições do debate em torno do funcionamento dos sistemas penais, distanciando-os incontornavelmente de tipos ideais igualitários. Em sociedades desiguais, o direito penal costuma ser criado, interpretado e aplicado por uma elite que atua dentro dos marcos sociais, políticos e econômicos da desigualdade. Nesse tipo de conjuntura, as pessoas sobre as quais se aplicam as normas penais tendem a não reconhecerem-se a si mesmas no conteúdo e interpretação de ditas leis, não só porque não entendem a linguagem em que são positivadas essas decisões, mas também em razão de que não compreendem o porquê das decisões. Nesse aspecto, não é possível outra postura, senão a de concordar integralmente com as palavras de Gargarella quando refere que,

El punto es interesante porque llama la atención sobre um tema crucial y es que, en contextos de severa desigualdad, no sólo se pone en cuestión el sentido y el valor del derecho penal (escrito, aplicado e interpretado por unos pocos, que parecen beneficiarse de él), sino la propia autoridad del Estado para aplicarlo (2016, p. 25).

Qualquer tentativa de aproximação entre sistemas penais e democracia, e de modo mais restrito, entre novas penologias e democracia, revela uma tensão antinômica dificilmente transponível entre a adoção dessas medidas de (des)ordenação social, resultantes no encarceramento massivo de estratos bem definidos da população, e sistemas que priorizam liberdades e autonomia de grupos e indivíduos. Essa fricção é uma consequência, sob o aspecto formal do processo democrático, de um total desequilíbrio na gênese da democracia representativa moderna, jamais desligada dos sistemas de produção da riqueza, o que afeta decisivamente as possibilidades de ascenso ao poder das camadas sociais hipossuficientes em termos econômicos, fenômeno que tem afastado dos lugares de decisão os mesmos grupos sociais que sofrem a violência das decisões dos grupos hegemônicos. Ou seja, há grupos sociais mais débeis que são duplamente prejudicados na efetivação do processo de ordenação

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

sociopolítico de nossa sociedade, pois, de um lado, são excluídos dos movimentos de ascenso ao poder, em função da precariedade de sua *agency*, e, de outro, como consequência direta do primeiro, por não participarem dos processos decisórios, sofrem a efetividade de decisões penais não elaboradas por eles, cujo conteúdo vai totalmente de encontro aos seus interesses, atingindo-os de forma totalmente seletiva. O grau de homogeneidade social presente em nossos cárceres, comparativamente à pluralidade e heterogeneidade de nossa sociedade, denuncia esse tipo de influência e orientação, desde os primeiros passos dos processos políticos decisórios, que dirige a positivação, a interpretação e a aplicação de nosso direito penal.

4 Considerações finais

As questões anteriormente colocadas são cruciais para todos aqueles que querem refletir seriamente acerca de possibilidades de aproximação entre sistemas penais, especialmente em suas versões repressivas contemporâneas denominadas de Novas Penologias, e democracia. Não basta pensar que, numa perspectiva positivista, a simples previsão constitucional e legal de instituições jurídicas, legitimem, do ponto de vista moral, que determinados grupos de cidadãos, atuando de forma coletiva, possam chamar os imputados criminalmente a prestar contas das ofensas que presumidamente cometeram contra os valores que define a comunidade política. Ser tratado como cidadão, dentro de uma efetiva democracia, em suas possíveis relações com o sistema penal, não é só questão de ser responsabilizado penalmente dentro dos marcos jurídicos positivados; implica, muito além disso, ser incluído, de modo que se lhe permita compartilhar tanto as responsabilidades como os benefícios da cidadania; que se lhe permita - e de fato se lhe estimule - a tomar parte na vida política da comunidade, a compartilhar seus bens materiais e sociais, a beneficiar-se de seu bem-estar, de seus recursos educativos, médicos etc.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

Qualquer tentativa de uma refundação democrática do direito penal passa por um redimensionamento do papel dos quatro centros de sentido da pena (Estado, sociedade, vítima e autor) no processo de criação, interpretação e aplicação das normatizações penais. Historicamente, dentro da modernidade, o centro gravitacional desses processos esteve fundado no Estado, que invariavelmente tem delegado a função deliberativa a especialistas pertencentes a uma espécie de aristocracia epistêmica penal, que tudo sabem em nome de todos em termos do fenômeno criminal, ficando os demais centros numa posição satelital secundária ou inexistente. Contemporaneamente, num giro repressivista, a voz das vítimas e de seus familiares, logo após o cometimento dos crimes, em todos os seus excessos de irracionalidade vingativa, tem sido profundamente considerados como uma nova linguagem da “racionalidade” penal, descambando num populismo penal pernicioso que nada tem contribuído para uma boa síntese entre direito penal e democracia.

Repensar a relação desses quatro centros de sentido na criação, interpretação e aplicação do direito penal implica apoiar um redimensionamento do equilíbrio entre eles, o que importa em diminuir o papel do Estado nesse processo e ampliar o do povo, em condições de realizar um debate racionalmente qualificado sobre os destinos da pena em nossa sociedade, e não simplesmente dar espaço para o populismo penal. A primazia do papel do Estado no acontecimento do direito penal na modernidade foi fundamentalmente justificado no fato do monopólio do uso da força legítima ser estatalizado, ou seja, o ente responsável pela finalização do processo, fase de sua verdadeira materialização social, deve ser o responsável e o mais capacitado para a consecução de todas as suas etapas. E assim tem sido há mais de duzentos anos a história de um rotundo fracasso, especialmente se a história for contada pelos que sofrem as agruras do sistema.

Há razões de legitimidade, ou ilegitimidade suficientes para apoiarmos uma reengenharia do equilíbrio dos quatro centros de sentido da pena no processo de acontecimento de uma refundação democrática do direito penal. De maneira geral, repensar o direito penal em moldes democráticos envolve repensar o exercício do poder penal do Estado,

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 5, N. 1, 2017



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

que afeta de forma mais incisiva os outros três centros de sentido do que propriamente o Estado, mas que, injustificadamente, deposita no Estado suas principais fontes genéticas e funcionais. Por outro lado, redimensionar as relações entre os quatro centros de sentido, incrementando a participação popular, carrega consigo interessantes consequências, como bem apontadas por Gargarella, a saber: a) permitiria incorporar informações relevantes ao processo de tomada de decisões; b) ajudaria a eliminar orientações e influências indesejadas no processo; c) permitiria às pessoas diluir ou remover prejuízos sem fundamento, reconhecer a dignidade dos pontos de vista e das vidas alheias e aprender acerca de seu sofrimento; d) forçaria a outras pessoas a oferecer razões públicas que, em sua ausência, tendem a desaparecer; e) moveria as pessoas a filtrar demandas irreflexivas baseadas em paixões ou no mero interesse próprio; f) estimularia cada a um a esclarecer suas próprias opiniões e a repensar suas demandas, e, por fim; g) educaria as pessoas na arte de viver junto a outros (2016, p. 167-168).

O que estamos a propugnar é uma abertura do processo de produção do direito penal adequado a uma sociedade pluralista e aberta, para que não mais tenhamos cárceres homogêneos em sociedades heterogêneas, plurais e multiculturais como a brasileira. Parafraseando Häberle (1997) quando se refere à Constituição, todo aquele que vive o direito penal é um seu legítimo intérprete. A criação normativa penal pelos legisladores ou a interpretação penal pelos juízes não devem, nem podem ser as únicas. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública em condições racionais de debate e deliberação devem constituir forças produtivas na criação, interpretação e aplicação do direito penal, pois essas etapas do seu acontecimento nada mais são do que caminhos para colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública e, portanto, devem fazer parte da materialização do direito de participação democrática. Para tanto, é indispensável a consolidação das condições da *agency* de nossa população, pois somente assim, fazendo uso de nossa capacidade cognitiva e motivacional para tomar decisões racionais em termos da nossa



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

situação e dos nossos objetivos, dentro de uma sociedade profundamente desigual, seremos nossos melhores normatizadores e decisores penais.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

BRASIL. **Mapa do Encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>. Acesso em: 03 dez. 2016.

BRASIL. **Homens brancos representam 80% dos eleitos para a Câmara**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>. Acesso em: 03 dez. 2016.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) Perspectivas hermenêuticas sobre a expansão do controle social penal no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 2, p. 55-78, 2014.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) Sobre a expansão penal no Brasil. **Revista do Mestrado em Direito da UCB**, Brasília, v. 06, p. 77-114, 2012.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#); [SANTOS, E. F. C.](#) Constituição, Direito Penal e Diferença. Sobre a emergência de uma tutela penal de minorias e vulneráveis sociais pós-Constituição de 1988. **Direito e Justiça (URI)**, Santo Ângelo, RS, v. 12, p. 251-270, 2012a.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) É constitucional a expansão normativa e controle social no Brasil? **Direito e Justiça (URI)**, Santo Ângelo, RS, v. 16, p. 255-286, 2011.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) Políticas Públicas e Tratamento da Criminalidade numa Sociedade Democrática. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 8, p. 330-346, 2010.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) Criminalidade e Democracia. **Revista de Ciências Sociais (UGF)**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 27-44, 2010a.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.195>

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) Intervenção Penal e Política Criminal num Estado Democrático de Direito Aplicado a uma País Periférico. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 13, n.1, p. 49-66, 2006.

COPETTI [SANTOS, A. L.](#) Por uma (neo)filosofia constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 2, n.1, p. 39-54, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

DUFF, Anthony. **Punishment, Communication and Community**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. **Criminology**, 449 (1992), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>. Acesso em : 25 fev. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 20. ed. São Paulo: Graal, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar al Próximo**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. **World Prison Brief**. London: University of London, 2014. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 20 Dez. 2016.

LARRETA, Enrique Rodriguez. **Transparências Obscuras: Pensar a Complexidade no Século XXI**. In: MENDES, Candido (Org.); LARRETA, Enrique Rodriguez (Ed.). **Complexidade e Representação**. Rio de Janeiro: Gramond, 2003.

LEVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

MARSHALL, Thomas. Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

O'DONNELL, Guillermo. Teoria Democrática e Política Comparada. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 655-690, 1999.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Razões da Desordem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SARTORI, Giovanni. **Teoría de la Democracia**. El debate contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 2000. 2 v.