

Reflexões sobre o *déficit* de cidadania na construção normativa do sistema penal brasileiro

André Leonardo Copetti Santos*

João Martins Bertaso**

Resumo

O presente artigo propõe como objetivo geral discutir as discrepâncias entre sistema penal e cidadania no Brasil, bem como tentar estabelecer possíveis conexões entre eles, dentro de modelos de organização política nominados como Estados democráticos de Direito. Mais especificamente, analisa-se o *déficit* de cidadania que permeia o direito penal contemporâneo. Diante das novas tecnologias penais, e seus efeitos negativos – encarceramento massivo – sobre o estado de liberdade de parcelas hipossuficientes e bem determinadas de populações de países com sistemas de 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 cidadania em sociedades, como a brasileira, nas quais imperam profundas desigualdades sociais. Neste artigo aborda-se a questão do *déficit* de cidadania nos processos decisórios políticos, pela falta de competitividade no sistema democrático representativo, e suas implicações no direito penal contemporâneo, cuja principal consequência é o aumento assustador da população carcerária. O resultado do estudo aponta a existência de fortes implicações de uma insuficiência de cidadania formal e política, pois o acesso ao poder é limitado para a maior parte da população

Recebido em: 14/10/2016 | Aprovado em: 15/12/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7097>

* 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. 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

** Pós-Doutor pela UNISINOS (2013). Doutor (2003) e Mestre (1998) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC. Especialista em Direito (1993) pela Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Bacharel em Direito (1982) pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo/FADISA. Graduado em Pedagogia (1976) pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Santo Ângelo. Pesquisador vinculado a URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo-RS. Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da URI/Ângelo-RS. Desenvolve pesquisa em cidadania, direitos humanos, interculturalidade e psicanálise. E-mail: joaomartinsbertaso@gmail.com

envolvida no fenômeno criminal, situação que tem como principal efeito o direcionamento de uma atuação eficiente do sistema penal destinada exatamente a essas parcelas excluídas do processo de tomada de decisão penal. Pela própria natureza antinômica e paradoxal entre sistemas normativos voltados à potencialização da liberdade e da autonomia.

Palavras-chave: Sistemas penais. Cidadania. Democracia. Legitimidade. Processos legislativos penais.

Introdução

Uma característica fundamental das organizações políticas modernas, estruturadas sob a forma de Estados constitucionais de Direito, é a origem popular do poder político, pelo menos no campo filosófico político de justificação e no plano da racionalidade prática jurídica. A Constituição cidadã no Brasil é um exemplo disso no campo normativo-constitucional, já que na realidade não raros são os casos em que o poder político não emerge da vontade popular. Segundo a Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹

Essa expressão normativa constitucional é uma releitura suavizada da concepção de soberania do povo e da vontade geral de Rousseau, diametralmente oposta às concepções hobbesianas. Se o projeto de Rousseau tinha por finalidade proteger os direitos naturais de cada indivíduo, não deixou de garantir à comunidade uma preeminência incontestável, pois se cada cidadão dispunha da parte da soberania que lhe coubesse, nenhum indivíduo poderia atribuir-se seu exercício separadamente dos outros. A soberania, indivisível, só poderia ser exercida coletivamente. Rousseau confiava particularmente na capacidade do povo de exprimir uma opinião coletiva².

Na Modernidade, a manifestação do poder político pelo povo dá-se, majoritariamente, dentre outras possibilidades, por meio de uma das primeiras formas identificadas de cidadania concebida como posse de direitos, qual seja, o exercício dos direitos políticos. Nos atuais modelos de democracia constitucional, o caminho para essa prática cidadã são as democracias representativas, sistemas

¹ Texto do §1º, do artigo 1º, da Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017).

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

por meio dos quais são tomadas as decisões públicas, em sua imensa maioria, que se transformarão em espécies normativas reguladoras da ordem social.

Em países com formas e regimes de governo caracterizados como repúblicas presidencialistas, não é nada incomum - até mesmo se poderia dizer que faz parte do cotidiano político desse tipo de organização política - haver um grave distanciamento, sem qualquer reponsabilidade política, entre representante e representados, logo após os processos de escolha. A consequência direta dessas situações, bastante ordinárias na América Latina, é que o processo normativo de ordenação social resulta da atuação de pequenas oligarquias partidárias, quadro que nos últimos cem anos é a prova de uma das regularidades ou uniformidades às quais a Ciência Política, até hoje, parece dar mais crédito, cujo teor dá origem à teoria da classe política ou das elites. Segundo essa teoria, cada regime, seja qual for sua “fórmula política”, é sempre uma minoria organizada ou um número muito restrito de minorias, em luta entre elas, que governam o país. Esta regularidade foi considerada por Robert Michels³ (1982), no seu estudo a respeito dos partidos, como verdadeira lei (chamada “lei férrea da oligarquia”).

Os sistemas jurídicos nacionais deveriam, numa perspectiva ideal, ser a fiel expressão material do exercício da cidadania, tanto em sua perspectiva passiva quanto ativa⁴. No entanto, essa não é uma afirmação facilmente ve-

³ MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Políticos*. Tradução de Arthur Chaudon. Brasília: UnB, 1982.

⁴ A cidadania passiva deve ser entendida em termos de posse de direitos. A exposição mais influente dessa concepção de cidadania foi a de T. H. Marshall, em sua famosa obra “Cidadania e Classe Social” (1967). Na opinião de Marshall, a cidadania consiste essencialmente em assegurar que cada qual seja tratado como um membro pleno de uma sociedade de iguais. A maneira de assegurar esse tipo de pertencimento consiste em outorgar aos indivíduos um número crescente de direitos. Complementar à perspectiva de uma cidadania passiva, a concepção de cidadania ativa considera que esta não é simplesmente um *status* legal definido por um conjunto de direitos e responsabilidades. É também uma identidade, a expressão de pertencimento a uma comunidade política. Marshall concebia a cidadania como uma identidade compartilhada que integraria aos que haviam sido excluídos da sociedade britânica e proveria uma fonte de unidade nacional. Sua preocupação central era a de integração das classes trabalhadoras, cuja falta de educação e recursos econômicos a excluía dessa “cultura compartilhada” que deveria ter sido “um bem e uma herança comuns (MARSHALL, Thomas. Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 101-102). Com o tempo resultou claro que diversos grupos – negros, mulheres, povos aborígenes, minorias étnicas e religiosas, homossexuais e lésbicas – todavia, sentem-se excluídos da “cultura compartilhada”, em que pese possuírem direitos comuns próprios da cidadania. Os membros de tais grupos se sentem excluídos não só por causa de sua situação socioeconômica, mas também como consequência de sua identidade sociocultural. A partir disso, um crescente número de teóricos, agrupados sob a denominação de “pluralistas culturais”, sustentam que o conceito de cidadania deve ter em conta estas diferenças, constituindo o que Iris Marion Young chama de “cidadania diferenciada”. Essa concepção de cidadania coloca em destaque a atuação política de grupos diferenciados na luta pelo estabelecimento de novos direitos, numa permanente reinvenção da cidadania e da democracia, nos termos propostos por Lefort, em sua célebre obra “A Invenção Democrática” (LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1987). A cidadania ativa significa também processos de empoderamento da sociedade civil nos processos de tomada de decisão pública, em contraste com a centralização dos processos decisórios no Estado e suas agências. Ver a respeito: BERTASO, João Martins. Cidadania. In: BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010; KIMLICKA, Will; NORMAM, Wayne. El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en la teoría de la ciudadanía. *Ágora*, n. 7, 1997, p. 5-42.

rificável. Muito pelo contrário. É mais fácil comprovar a “lei férrea das oligarquias” do que a vigência de uma cidadania plena. Essa asserção pode variar de intensidade em relação a distintos campos de normatização, mas em relação à legitimação ao uso da violência “legítima” pelo Estado ela pode ser aplicada em sua máxima intensidade.

Essa situação resulta, em boa medida, do fato de que a esfera pública de discussão acerca dos assuntos de natureza penal é muito menos competitiva que outros planos de debate acerca de temas de interesse da população. Duas razões bastante fortes contribuem muito para esse quadro: primeiro, não há tantos grupos organizados e especializados, no âmbito da sociedade civil, em torno da temática criminal, habilitados para fazerem pressão política em momentos de discussão e deliberação acerca de crimes e castigos; segundo, em razão dessa debilidade organizativa, os contingentes populacionais mais diretamente atingidos pela ação do sistema penal ficam fora do debate público.

Diametralmente distinta é a situação em outros planos, como por exemplo o trabalhista ou o previdenciário, em que, apesar da força do capital econômico para impor suas decisões, os trabalhadores possuem uma razoável organização de classe que lhes permite participar, com um certo grau de competitividade, nos enfrentamentos políticos que resultam em processos de normatização da ordem social nesses campos temáticos.

Partindo desse ponto, o presente trabalho procura demonstrar a existência de um significativo déficit de cidadania nos processos de normatização penal, especialmente em relação aos mais recentes movimentos repressivos dos poderes públicos, estabelecidos nos últimos 25 anos, os quais poderiam ser nominados como ‘Nova Penologia brasileira’, cuja principal consequência foi o desencadeamento de uma política de encarceramento massivo sem precedentes na história institucional brasileira, mesmo em seus momentos mais autoritários.

Essa situação coloca em pauta, novamente, a necessidade de se repensar a relação entre sistemas penais e cidadania. 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 cidadania 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 Free⁵ (2003), quando se refere à relação entre criminologia e democracia, é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e cidadania 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, republicanos e cidadãos.

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 cidadania 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 razões de punir, sob quatro aspectos, tendo-se em conta aquilo que Frédéric Gros⁶ (2001) nomina 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 mais desorganizam os espaços sociais do que propriamente os ordenam. O que se nota é 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.

⁵ LAFREE, Gary. Criminology and Democracy. *The Criminologist*.. V. 28, n. 1, January/February 2003.

⁶ GROS, Frédéric; GARAPON, Antoine; THIERRY, Pech. *Punir em Democracia – e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

Considerando que a democracia decorre de um forte⁷ envolvimento da cidadania, e 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, 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 cidadania, democracia, criminalidade e sistemas penais, pois o que, num primeiro momento, parece ser ordenador e resultante do exercício da cidadania e, portanto, democrático – as reações a violações à lei – numa análise mais acurada, revela-se, de modo nem tão incomum assim, desordenador, não cidadão, nem tampouco democrático.

Com o presente trabalho, em continuação a outros já realizados anteriormente⁸, retoma-se 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 por meio da ordenação política, social e econômica, como fruto do exercício da cidadania concebida não só em termos de posse de direitos – uma cidadania passiva -, mas, fundamentalmente, por meio de uma cidadania ativa, que incorpore o crescente pluralismo social e cultural das sociedades contemporâneas, bem como um equilíbrio institucional entre direitos e a novas responsabilidades e papéis sociais.

O modelo de análise adotado considerará aspectos dinâmicos da cidadania, como fatores determinantes dos processos de ascensão ao poder daqueles que decidem, bem como de descenso do poder das decisões tomadas pelos decisores. Em seu aspecto formal de ascensão ao poder, a cidadania 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 em relação ao seu aspecto substancial de descenso do poder das decisões tomadas, a cidadania é constituída ou não pelo conteúdo das decisões,

⁷ A ideia de cidadania, definimos para os fins do presente trabalho como vinculada a atuação política de grupos sociais na busca por novos direitos e novas posições sociais e novas perspectivas de mobilidade social. Essa concepção está ligada mais propriamente a uma concepção de cidadania ativa do que meramente à perspectiva de cidadania como posse de direitos. É o exercício da cidadania em busca de direitos e não a partir de um direito posto. É o exercício do direito a ter direitos.

⁸ (COPETTI SANTOS, 2014, 2012, 2011, 2010, 2010a, 2006, 2004; BERTASO, J.M, 2017, 2017, 2013, 2008)

sofrendo, assim, um refluxo positivo ou negativo, ou, em outras palavras, há uma parcela da cidadania, enquanto posse de direitos, 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, em que a cidadania consta como um de seus fundamentos.

Nesse trabalho, a análise centra-se na legitimidade/competitividade dos processos de ascensão ao poder – aspecto formal/procedimental da cidadania - e as suas consequências na constituição da materialidade e da destinação das decisões de natureza penal⁹. Adiantando resultados, o presente artigo demonstra um enorme déficit de cidadania entre o sistema penal, especialmente em sua versão contemporânea – ‘Nova Penologia’ -, e o processo “democrático” que instrumentaliza sua constituição normativa, pois grandes parcelas da população que compõem um quadro pluralista de nossa sociedade têm ficado de fora dos processos de tomada de decisão pública, ou quando participam assim o fazem em condições de total falta de competitividade democrática.

⁹ Futuramente, será retomada a discussão sob uma perspectiva material/substancial da relação entre sistemas penais e cidadania, focando a reflexão sobre os efeitos que um conjunto de decisões ou uma tendência histórica de deliberações penais têm gerado sobre o regime democrático brasileiro em termos de concretização ou violação de direitos humanos. As relações entre sistemas penais e cidadania, direito penal e direitos humanos são, a princípio, fontes de graves 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, podem ser falsas, e sendo falsas, podem ser 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 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 supracitado da irracionalidade. 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. Afirmarções do tipo “o direito penal é democrático, resultando do exercício da cidadania”, ou o seu contrário, “o direito penal não é democrático, pois não substancializa processos de exercício de cidadania” 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.

Sobre a fricção entre processos de realização da cidadania: as políticas públicas criminais de encarceramento em massa

Para efeito do presente trabalho, compreende-se cidadania como um potencial de realização do sujeito e de sua subjetividade: a cidadania como um direito humano básico. Assim, vincula-se cidadania, direitos humanos e democracia, o que implica considerar a cidadania como prática dos direitos humanos; e os direitos humanos se consolidando pela realização da cidadania. Desse modo, decorrem as possibilidades de sustentar e humanizar as relações nas sociedades complexas atuais. O cidadão, por esse motivo mesmo, torna-se protagonista das práticas sociais.

Sabe-se que a cidadania enquanto *fonte de legitimidade* abarca as expectativas de exercício dos direitos, pretensões legítimas dos cidadãos. São expectativas frente aos poderes na perspectiva da democracia; enquanto *fonte formal de poder*, remete às relações de igualdade entre os cidadãos com respeito ao referencial normativo, igualdade em direitos e deveres. Porém, há uma dimensão ocultada da cidadania, qual seja, a cidadania enquanto *fonte real de poder*, seu potencial de poder político, que é retirado do cotidiano das práticas sociais que resulta na/da organização coletiva dos movimentos populares. As pessoas reúnem poder social para alterar as correlações de forças sociais sempre que a dominação opressiva vier a tornar as condições de vida indigna.

Assim, sua dimensão normativa permanece fundamental, constituindo as garantias constitucionais como um arcabouço ético-político que envolve os padrões desejados de condutas numa sociedade de cidadãos. Esse arcabouço tende a angariar sua legitimidade pelos direitos humanos e pelos valores da democracia. Suas garantias proporcionam a incorporação dos avanços sociais que resultam do diálogo social, e tende a limitar os fluxos que convergem para a acumulação da riqueza produzida socialmente, para pequenas oligarquias econômicas. Trata-se da função normativa dos direitos que visa a criar, manter, distribuir e redistribuir as condições e os serviços sociais, colocando, assim, à disposição da sociedade os meios materiais que implementam as condições fácticas para sua efetiva realização.

Em sua dimensão política, a cidadania não só potencializa o exercício dos direitos fundamentais numa sociedade republicana e democrática, mas se encontra radicalmente associada às lutas sociais, dando vida aos direitos e a sua

dinâmica em devir. Funciona como um conjunto de condições de lutas sociais daqueles que estão excluídos do sistema social e econômico, com seus impactos sobre os pertences, as proteções e as promoções dos diferentes grupos de tendências que constituem uma sociedade de cidadãos. Trata-se de um potencial/poder que está a serviço da garantia efetiva de reconhecimento e de inclusão (redistribuição da riqueza e reconhecimento social). Essa é a dimensão de cidadania que cobre o cidadão de um potencial de poder político real, e dá à democracia sua dinamicidade desejada.

Em sociedades complexas como é o caso da sociedade brasileira, a visão juricista de cidadania perdeu sua pertinência com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial, a partir da criação de novos direitos elencados na Constituição Federal de 1988¹⁰.

Nessas condições, a cidadania realiza-se como pragmática dos direitos humanos, potencializada pelas condições para reverter as práticas sociais forjadoras da submissão, da opressão, da passividade política e do obscurantismo cultural, que fizeram e que fazem as sociedades de baixo potencial político, repercutindo no controle dos poderes sociais, públicos e privados. Dessa forma, o significado de cidadania vai se modificando. Hoje, cidadania quer dizer inclusão de populações excluídas, ou seja, todos numa sociedade devem tornar-se cidadãos, assim, como todo e qualquer humano esteja onde estiver.

Feita essa delimitação conceitual, o que parece saltar a um primeiro olhar dirigido às relações entre sistemas penais e cidadania, as quais não são tão óbvias quanto possam parecer, é que 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, com um consequente processo de concessão de liberdades incomparável em nossa história constitucional, 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, 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

¹⁰ BRASIL, 1988.

aproximado a 25% da população carcerária mundial, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes¹¹; no Brasil, uma incipiente cidadania 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 habitantes¹². 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 pessoas¹³, 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

Ressalta-se 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.

No Brasil, a passos largos e crescentemente, replica-se o modelo punitivo norte-americano, no qual a tônica discursiva é a substituição da sua materialidade essencialmente política por uma substancialidade administrativa, ou seja,

¹¹ INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH (ICPR). *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 20 Dez. 2016.

¹² BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014, p. 15-16.

¹³ BRASIL. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014a, p. 4.

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 da 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 se dispensa aos menores apreendidos, e se observa que o país está mais próximos do que se imagina, e em alguns critérios até os supera pela crueldade do sistema prisional.

O que vemos nos casos americano e brasileiro é a adoção de uma racionalidade administrativa e não mais política sobre o crime, em que 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. É um dos disparates, para ser eufêmico, de nossa época, segundo Larreta¹⁴, é que os custos sociais de um semestre numa prisão americana representam o equivalente a um semestre de estudos na Universidade de Harvard.

Entretanto, em que pesem as similaridades entre os modelos repressivos norte-americano e brasileiro, é preciso destacar que, enquanto nos Estados Unidos a tendência de encarceramento está diminuindo, no Brasil a curva de crescimento é quase exponencial.

Tomando os exemplos acima mencionados, especialmente no aspecto relativo à reação ao crime, é importantíssimo colocar as seguintes questões: podem ser qualificados como democráticos e decorrentes do exercício da cidadania popular sistemas penais pelo simples fato de estarem estabelecidos em países

¹⁴ 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, p. 40-41.

organizados sob modelos de Estados Constitucionais de Direito, onde imperam liberdades civis, políticas e econômicas, independentemente da extensão da reação estatal mediante a aplicação de penas privativas de liberdade? Podem ser considerados democráticos e cidadãos 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 considerada a hipercomplexidade do mundo contemporâneo da qual elas emergem e as possíveis influências e determinações das novas tecnologias na configuração do Estado e da cidadania. Se, por um lado, como aponta Levy¹⁵, 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 Deleuze¹⁶ acerca da sociedade de controle, quando cada vez mais se observa 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, em que 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 interseção 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.

¹⁵ LEVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

¹⁶ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

Praticamente todas as rotinas punitivas preventivas, que compõem o arsenal do que Feeley e Simon¹⁷ classificam como uma ‘Nova Penalogia’, têm paralelos na história, muitas vezes 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 trabalho¹⁸.

Contemporaneamente, ressurge 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

¹⁷ FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of corrections and Its Implications. *Criminology*, 449, 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 20. ed. São Paulo: Graal, 2004, p. 50.

criminologia correcionalista – em direção a políticas criminais de caráter sistêmico, 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 Anitua¹⁹, 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 poderia ser descrita como uma “nova tecnologia penal”, envolve no entender de Feeley e Simon²⁰ mudanças em três distintas áreas:

¹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 813.

²⁰ FEELEY, SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of corrections and Its Implications*.

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 drogas²¹.

Lançadas no norte do planeta, essas novas tecnologias políticas e jurídicas moldam, em boa medida, a atuação repressiva dos poderes públicos e colocando em xeque a consolidação de projetos constitucionais de Estado de Direito e de uma sociedade democrática. É justamente aqui que se revela a problemática que orienta a discussão empreendida no presente artigo: com base na 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 se falar em um direito penal democrático, originado em processos de exercício forte da cidadania, fundado na ideia de garantias constitucionais aos cidadãos e no desempenho racional de novos papéis políticos baseado em responsabilidades sociais conscientemente

²¹ FEELEY; SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of corrections and Its Implications*.

estabelecidas num espaço público de debate, quando a principal consequência das práticas penais atuariais é a violação dessas garantias por sistemas de controle não raramente 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?

Sobre o déficit de cidadania na 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 *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 crimes²², 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 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

²² COPETTI SANTOS, André Leonardo. Sobre a expansão penal no Brasil. *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Brasília, v. 06, p. 77-114, 2012.

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 Sistema Integrado de Informação Penitenciária (INFOPEN)²³ 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 Direito Penal brasileiro, pois é bastante questionável, para dizer o mínimo, associar virtudes da cidadania - 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 dificuldade em qualificar como democrática e cidadã 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 cidadania, 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

²³ BRASIL, 2014, p. 69-70.

teorias da cidadania e da democracia pressupõem 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 cidadania e da democracia como *agency*²⁴, conforme destaca O'Donnell²⁵, 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 das teorias da cidadania e da democracia.

As consequências disso em termos práticos são evidentes, pois se, por um lado, a cidadania é determinada normativamente pelo sistema jurídico, especialmente pela Constituição, por outro, o sistema jurídico também sofre os influxos da cidadania seja no que tange ao processo formal de ascensão 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 - 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 dos sistemas penais contemporâneos em suas mútuas implicações com a cidadania e com a democracia. Há uma necessidade premente de estabelecer uma conexão muito mais significativa da que hoje existe entre direito penal, cidadania 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. Possivelmente, nenhum outro campo de

²⁴ A categoria conceitual da *agency* é definida por O'Donnel (O'DONNELL, Guillermo. Teoria Democrática e Política Comparada. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 655-690, 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".

²⁵ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada.

manifestação do Estado exija mais a legitimação da cidadania e da democracia do que o da sua atuação penal, pelos graves efeitos em relação aos indivíduos.

Com base nisso, são valiosos os conjuntos de respostas que pudermos dar, visando à evolução de nossos projetos civilizatórios, aos seguintes questionamentos: a) a quais dimensões da cidadania 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 e cidadã?

A tarefa de pensar a relação entre direito penal e cidadania 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 aplicadas. Sobre esse aspecto, total razão assiste a Gargarella²⁶ 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. Assim, pensar a relação entre direito penal e cidadania 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 brasileira.

²⁶ GARGARELLA, Roberto. *Castigar al Próximo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 11.

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, numa reprodução constante de um modo-de-ser positivista. 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.

Entretanto, 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 considerada 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 Sartori²⁷, que dentro do povo como um todo, parte dele conta mais e parte, menos; que inclusive aqueles que constituem uma maioria vitoriosa votada não detêm realmente o poder; e que boa parte do que se denomina a “vontade” popular parece mais o “consenso” do povo, 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”, ressaltava Sartori²⁸, 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

²⁷ SARTORI, Giovanni. *Teoría de la Democracia*. El debate contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 54.

²⁸ SARTORI, *Teoría de la Democracia*, p. 54.

sobre o povo. E aqui emerge uma faceta totalmente distinta da cidadania e da democracia: elas não abarcam apenas a questão de ascensão ao poder, senão, outra, mais importante ainda, a do descenso do poder. Essas duas questões estão fundamentalmente imbricadas, pois da competitividade dos processos de ascensão 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 e não cidadã, 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 a ascensão 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 que não conseguem, por falta de competitividade, ascender aos lugares decisórios do poder político.

Destacando o aspecto decisional²⁹ da democracia, e os influxos que sobre ela se projetam de uma concepção de cidadania, 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.

²⁹ A Teoria Decisional da Cidadania 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, *Teoría de la Democracia*, p. 261 e seguintes.

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 recaia, pelo menos abstratamente, sobre cada um. Inobstante, muitas medidas políticas que assumem a forma de normas jurídicas 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, revelando um forte déficit de cidadania, especialmente se considerarmos o duplo movimento de ascensão e descenso do poder. A massa de encarcerados nessa nova onda repressiva, ou os grupos/estratos sociais aos quais 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 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, consequentemente, proporcional de negros encarcerados³⁰. Já inversamente proporcional é a situação nos espaços

³⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Notícias: Mapa do Encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra. Publicado em 03/06/2015. 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: 3 mar. 2017.

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 eleito³¹.

Essa situação de desproporcionalidade nas relações sociais e de poder, que acabam por envolver a atuação penal do Estado, que começa no movimento de ascensão ao poder, mas que tem seus resultados materiais efetivados no sentido do descenso, pode ser melhor entendida através da concepção de *agency* de O'Donnell³², segundo a qual um regime democrático – ou poliárquico, na aceção de Dahl³³ - tem duas dimensões fundamentais: primeiro, é um regime representativo de governo, em que o único mecanismo de acesso às principais posições governamentais ocorre por meio de eleições competitivas, resultado da aposta institucionalizada, universalista e inclusivo, 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.

Observa-se no pensamento de O'Donnell³⁴ uma preocupação em estabelecer uma definição que não se restringe ao foco da institucionalização procedimental da cidadania e 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'Donnell³⁵, 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 mencionado. 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

³¹ MACEDO, Ana Raquel. Homens brancos representam 80% dos eleitos para a Câmara. *Câmara Notícias*. Política. Publicado em 09/10/2014, atualizado em 29/01/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

³² O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada.

³³ DAHL, Robert A. *A Democracia e seus Críticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

³⁴ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada.

³⁵ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada.

racionais em termos de sua situação e de seus objetivos, e dos quais, salvo conclusiva em contrário, é considerado o melhor juiz”³⁶, 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”³⁷, ou seja, que concebe o indivíduo como “um sujeito jurídico dotado de direitos civis subjetivos”³⁸.

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”³⁹, 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 cidadania originária, expresso na obra de Marshall⁴⁰.

O vínculo entre a cidadania civil e a cidadania política também é defendida por Habermas⁴¹ que argumenta sobre a “dependência mútua entre as liberdades de ação do sujeito de direito privado e a autonomia pública do cidadão”⁴², ou em outros termos, “o nexos interno entre ‘direitos humanos’ e soberania popular”⁴³, 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 cidadania de O'Donnell⁴⁴ e Habermas⁴⁵ 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 for-

³⁶ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada, p. 603.

³⁷ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada, p. 615.

³⁸ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada, p. 603.

³⁹ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada, p. 615.

⁴⁰ MARSHALL, *Cidadania, classe social e status*.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴² HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 314.

⁴³ HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 316.

⁴⁴ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada.

⁴⁵ HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*.

ma de coerção), estado de difícil ocorrência na realidade, especialmente se considerar 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 remete à discussão da efetividade do regime democrático, entendida como “o grau em que esse sistema de fato ordena as relações sociais”⁴⁶, 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’.

Considera-se que a análise de Wanderley Guilherme dos Santos⁴⁷ sobre as dificuldades 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”⁴⁸.

Assim, ter-se-ia a existência e o funcionamento de instituições democráticas normais, em convivência com uma democracia 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.

⁴⁶ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada, p. 620.

⁴⁷ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da Desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

⁴⁸ SANTOS, *Razões da Desordem*, p. 79.

Nos termos formulados por O'Donnell⁴⁹, a conclusão parece evidente: o sistema democrático brasileiro 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 desordem, 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.

Entende-se, dessa forma, que a habilitação está relacionada aos atributos da *agency* como condição fundamental para a efetividade da cidadania, 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. Se não é assim, se a linguagem dita democrática resulta normativamente inacessível para os mais desvantajosos – aqueles excluídos em um sentido político, material e normativo -, estes não terão motivos para sentirem-se compelidos por ela. Nas palavras de Duff⁵⁰:

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 à 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.

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

⁴⁹ O'DONNELL, Teoria Democrática e Política Comparada.

⁵⁰ DUFF, Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 195-196.

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 penal⁵¹.

É nesse sentido que a desigualdade afeta incisivamente a propriedade das condições do debate em torno do funcionamento dos sistemas penais, distanciando-os de forma incontornável 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 se reconhecerem 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 Gargarella⁵² 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.

Qualquer tentativa de aproximação entre sistemas penais e cidadania, e de modo mais restrito, entre novas penologias e cidadania, revela uma tensão antinômica dificilmente transponível entre a adoção dessas medidas de (des) ordem 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 ascensão 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 sociopolítico de

⁵¹ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, p. 186.

⁵² GARGARELLA, *Castigar al Prójimo*, p. 25.

nossa sociedade, pois, de um lado, são excluídos dos movimentos de ascensão 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 nos cárceres brasileiros, comparativamente à pluralidade e heterogeneidade da sociedade brasileira, denuncia esse tipo de influência e orientação, desde os primeiros passos dos processos políticos decisórios, que dirige a positivação, a interpretação e a aplicação do direito penal no país.

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 cidadania. Não basta pensar que, numa perspectiva normativista-legalista, 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 são definidos pela 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 exercer suas responsabilidades e seus papéis ativamente, a compartilhar seus bens materiais e sociais, a beneficiar-se de seu bem-estar, de seus recursos educativos, médicos entre outros.

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 invaria-

velmente tem delegado a função deliberativa a burocratas 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 considerada como uma nova linguagem da “racionalidade” penal, descambando num populismo criminal pernicioso que nada tem contribuído para uma boa síntese entre direito penal, cidadania 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 se apoiar uma reengenharia do equilíbrio dos quatro centros de sentido da pena no processo de acontecimento de uma refundação democrática e cidadã do direito penal, na medida em que isso for possível. De maneira geral, repensar o direito penal em moldes democráticos, em que a cidadania seja o fundamento de todas suas etapas – criação, aplicação e execução -, envolve repensar o exercício do poder penal do Estado, 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 Gargarella⁵³, a saber: a) permitiria incor-

⁵³ GARGARELLA, *Castigar al Prójimo*, p. 167-168.

porar 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 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.

O que se propugna é uma abertura do processo de produção do direito penal adequado a uma sociedade pluralista e aberta, para que não se tenha mais cárceres homogêneos em sociedades heterogêneas, plurais e multiculturais como a brasileira. Parafraseando Häberle⁵⁴ 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 o colocar no tempo ou integrá-lo à realidade pública e, portanto, devem fazer parte da materialização do direito de participação democrática como legítima expressão da cidadania.

Para tanto, é indispensável a consolidação das condições da *agency* de nossa população, uma condição que supera a garantia constitucional de direitos civis e políticos, passando por outras conquistas como a superação das grandes desigualdades sociais, a formação de uma cultura cívica, a consolidação da liberdade e dos princípios de justiça, a organização e o fortalecimento dos mecanismos associativos, a revolução educacional, a preservação das condições ambientais, conceitos que embutem, em suas especificidades, a ideia de um desenvolvimento das condições de possibilidade de uma cidadania forte. Somente assim, com as efetivas condições para se fazer uso das capacidades cognitiva e motivacional para tomar decisões racionais sobre a situação e os objetivos, dentro de uma sociedade profundamente desigual, que os melhores normatizadores e decisores penais.

⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Reflections on the *deficit* in the normative construction of the brazilian criminal system

Abstract

This article presents as general objective to discuss the discrepancies between the criminal system and citizenship in Brazil, as well as try to establish possible connections between them, within political organization models nominated as democratic rule of law. More specifically, it analyzes the deficit of citizenship that permeates the contemporary criminal law. Faced with the new criminal technologies and their negative effects - massive incarceration - on the state of freedom of low-income and well-defined plots of populations in countries with fundamental rights and guarantees systems in their Constitutions, it is urgent to reflect on the implications between the exercise of the punitive power of the State and the consolidation of citizenship in societies such as Brazil, where deep social inequalities prevail. In this article, the lack of citizenship in political decision-making processes is discussed, because the lack of competitiveness in the representative democratic system, and its implications for the contemporary criminal law, which the main consequence is the frightening increase of the prison population. The result of this study indicates the existence of strong implications of a lack of formal and political citizenship, for access to power is limited for most of the population involved in the criminal phenomenon, a situation that has as main effect the directing of an efficient performance of the penal system aimed precisely at those portions of people excluded from the criminal decision-making process. By the very anti-nomic and paradoxical nature between normative systems aimed at the enhancement of freedom and autonomy.

Keywords: Penal Systems. Citizenship. Democracy. Legitimacy. Penal political decision-making processes.

Referências

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

BERTASO, João Martins. Cidadania. In: BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

BRASIL. **Constituição da República**, 1988.

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.

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. **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, 2014a.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Notícias: Mapa do Encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra. Publicado em 03/06/2015. 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: 3 mar. 2017.

COPETTI SANTOS, André Leonardo. Sobre a expansão penal no Brasil. **Revista do Mes-trado em Direito da UCB**, Brasília, v. 06, p. 77-114, 2012.

DAHL, Robert A. **A Democracia e seus Críticos.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

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. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

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

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

GROS, Frédéric; GARAPON, Antoine; THIERRY, Pech. **Punir em Democracia – e a justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

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 (ICPR). *World Prison Breaef.* London: University of London, 2014. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 20 Dez. 2016.

KIMLICKA, Will; NORMAM, Wayne. El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en la teoria de la ciudadanía. **Ágora**, n. 7, 1997, p. 5-42.

LAFREE, Gary. Criminology and Democracy. **The Criminologist**.. V. 28, n. 1, January/February 2003.

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.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

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

MACEDO, Ana Raquel. Homens brancos representam 80% dos eleitos para a Câmara. **Câmara Notícias**. Política. Publicado em 09/10/2014, atualizado em 29/01/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

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

MICHELS, Robert. **Sociologia dos Partidos Políticos**. Tradução de Arthur Chaudon. Brasília: UnB, 1982.

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

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

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.