

DEMOCRACIA E DIREITO PENAL: A INTERPRETAÇÃO DO JUS PUNIENDI CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães¹ e Davi Uruçu Rego²

“Não formular certas questões é extremamente perigoso, mais do que deixar de responder às questões que já figuram na agenda oficial; ao passo que responder o tipo errado de questões com frequência ajuda a desviar os olhos das questões realmente importantes. O preço do silêncio é pago na dura moeda corrente do sofrimento humano. Fazer as perguntas certas constitui, afinal, toda a diferença entre sina e destino, entre andar à deriva e viajar. Questionar premissas supostamente inquestionáveis do nosso modo de vida é provavelmente o serviço mais urgente que devemos prestar aos nossos companheiros humanos e a nós mesmos”³.

RESUMO: O presente texto tem o precípuo objetivo de confrontar as reais condições em que são desenvolvidas a punibilidade e a execução penal brasileiras com os princípios fundamentais que alicerçam teoricamente a existência de um Estado Democrático de Direito, princípios estes que estão presentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Punibilidade, Execução Penal Constitucional. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The intent of this article is to address the actual conditions under which punishment and execution have developed in Brazil, that it is theoretically based on the affects of being developed in a Legal Democratic State and that these principles are found in the Brazilian Constitution.

KEY-WORDS: Punishment, Penal Constitutional Execution, Legal Democrat State.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estado Democrático de Direito; 3. As várias faces da Democracia; 3.1 Democracia formal; 3.2 Democracia substancial; 4. Direito Penal, cidadania e democracia; 5. Possibilidades e limites da pena privativa de liberdade; 6. Conclusão.

¹ Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior Pelo UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Pesquisador do CNPq. calguimaraes@yahoo.com.br

² Acadêmico do 7º período do Curso de Direito do Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA e Bolsista do Grupo de Estudos: Evolução dogmática do Direito Penal. Análise crítica da Teoria do Crime, pertencente ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do UNICEUMA sob a orientação do Professor Doutor Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. daviphrego@hotmail.com

³ Bauman (1999, p. 11).

1. Introdução

Um dos grandes problemas enfrentados hoje pelos Estados que se autodenominam de Constitucionais, Democráticos e de Direito é o questionamento acerca da eficácia e, portanto, da concretização, da efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que compõem o corpo social, embora estejam tais direitos, hodiernamente, definitivamente integrados ao patrimônio comum da humanidade.

Dentro de tal contexto, no qual predomina a omissão dos órgãos públicos, um tema que sobressai em todas as discussões acerca do assunto é aquele afeto à eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para outorgar plena realização ao que programado pela Constituição Federal no âmbito dos supracitados direitos e garantias⁴.

É reconhecido o peso que a globalização econômica, pautada nas doutrinas de matriz neoliberal, representa nessa seara, assim como, a conseqüente crise do Estado Social que cada vez mais intervém menos na atividade econômica, o que impossibilita a garantia de condições materiais mínimas para o exercício de uma existência digna para a maioria da população.

Perante tal panorama sombrio, outra saída não há senão concordar com Wacquant (2001) quando afirma estarmos diante da transformação do Estado Social em Estado Penal.

Assim sendo, com o cárcere substituindo paulatina e progressivamente as políticas públicas de inclusão social, outrora prioridade nos objetivos estatais, imprescindível que se traga à baila a discussão sobre as garantias e direitos fundamentais da pessoa humana, enquanto limite de contenção do poder punitivo, inclusive em relação aos que já estão encarcerados, vez que ainda mais vulneráveis que o cidadão livre, principalmente no que pertine ao asseguramento, por parte das autoridades,

⁴ Sobre o assunto, cfr. Sarlet (2001)

daquilo que prescrito em sede constitucional e infraconstitucional em termos de execução penal.

Ante a sanha punitiva que se maximiza através das imposições midiáticas, que em níveis assustadores, cada vez mais intensamente, veicula, vende, divulga e promove a violência, até achamos legítimo – apesar de não concordarmos – que a maioria das pessoas pugnem por um maior endurecimento da legislação penal e, conseqüentemente, pela diminuição das garantias penais e processuais penais, entretanto, que essa luta se dê nos limites do devido processo legislativo e não na convivência cínica com os excessos praticados em sede de sistema penal⁵.

Enquanto a Constituição Federal estatuir, de modo explícito, ou seja, enquanto estiverem em vigor as normas que garantem uma prática penal constitucional, defendemos a idéia de que no âmbito das punições, outro caminho não há que ser trilhado que não a defesa do Estado Constitucional de Direito.

É esta a discussão a ser apresentada no texto que se segue.

2. O Estado Democrático de Direito

O Estado⁶ brasileiro contemporâneo traz imanente, como principais características, inclusive com previsão constitucional logo no artigo primeiro, ser democrático e de direito⁷.

⁵ O sistema penal, segundo a maioria dos autores, é formado pela Polícia, Ministério Público, Magistratura e Órgãos da execução Penal.

⁶ Uma aprofundada abordagem histórica da formação do Estado Moderno pode ser vista em Mosca e Bouthoul (1975), assim como, em Châtelet e Pisier-Kouchner (1983).

⁷ Segundo Canotilho (2002, p. 93), "O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático". (grifos do autor)

Afloram, pois, da Constituição Federal, inúmeros princípios materiais que vinculam o Estado ao Direito, princípios estes que ao reconhecerem a supremacia da garantia dos direitos fundamentais, objetivam impedir que o poder sufoque a democracia, ou com ela se confunda, o que, em última instância, acaba por se constituir em uma estrutura política conformadora do Estado. (CANOTILHO, 2002, p. 87)

Logo, o Estado brasileiro contemporâneo é um Estado Constitucional, no qual deve imperar o equilíbrio político-institucional, que implica em inegociável respeito ao prescrito pela sua Constituição e que tais prescrições reflitam, acima de tudo, o interesse dos cidadãos, postulado básico da República.

Ao se determinar como tal, o Estado brasileiro acaba por assumir inúmeras obrigações que, amiúde, por conveniência política, acabam sendo compreendidas apenas no plano formal, se exaurindo no entendimento de que um Estado Democrático de Direito é aquele cujas decisões políticas devem ser tomadas por representantes eleitos pelo povo e onde deve imperar o que prescrito em lei.

Entretanto, entendendo que as obrigações estatais devem ter uma essência material, muitos são os que se insurgem quanto a tais limitações formais e vêem no Estado um instrumento a serviço do bem comum, “compreendendo este, além da satisfação das necessidades materiais, a dimensão do respeito aos Valores Fundamentais da Pessoa Humana, que devem sustentar o interesse comum”. (PASOLD, 2003, p. 86)

Nas palavras de Bonavides (2001, p. 11):

Estado social, qual o entendemos, é democracia, não é decreto-lei nem medida de exceção. É Estado de Direito, não é valhacouto de ambições prostituídas ao continuísmo dos poderes e dos mandatos. É governo, não é tráfico de influências que avilta valores sociais. É poder responsável e não entidade pública violadora dos interesses do país e alienadora da soberania. Estado social, por derradeiro, é a

identidade da nação mesma, expressa por um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salva-guarda dos direitos fundamentais. Em outras palavras, Estado social é na substância a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança.

Assim, ao Estado nos dias atuais, atribuem-se, para que o mesmo possa ser considerado substancialmente democrático, várias funções⁸ – as quais está inexoravelmente obrigado – com o fim precípua de possibilitar a fruição de direitos fundamentais a todos que compõem o seu quadro de cidadãos.

O Estado Democrático de Direito eleva-se, assim, a um ente no qual a sociedade avulta mais que o Estado, haja vista o dever de agir deste em favor daquela, já que obrigado a atender as reivindicações formuladas em prol do bem comum e previstas legalmente. Ao Estado Democrático de Direito, portanto, incumbe-lhe fazer cumprir a lei que deve expressar os anseios de todos os cidadãos no gozo de seus direitos e prerrogativas.

Tudo isso pode ser expresso pelo termo justiça social que, dentre suas inúmeras abrangências⁹, sempre traz imanente, como essência própria, a absoluta garantia de acesso ao mínimo existencial, ou seja, ao mínimo de fruição de bens materiais que garantam uma existência digna.

Segundo o entendimento de Pasold (2003, p. 43-44):

A participação maior do Estado na vida da sociedade, historicamente, evoluiu de uma fase de tolerância crescente até a de exigência de participação, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais. Em minha opinião, no século XXI que se inicia, à necessária relação entre Estado e Sociedade é, sem dúvida, a de um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria sociedade.

⁸ Sobre a função social do Estado, cfr. Heller (1968, p. 241-251), para quem “[...] há que se reconhecer, não obstante, que a questão do fim do Estado não só constitui um problema de importância para a teoria do Estado, mas o mais fundamental da mesma”.

⁹ Sobre justiça social, cfr. Pasold (2003, p. 94-98). Em uma perspectiva mais ampla, Oliveira (1997, p. 49-61)

Assim, deve-se superar o aspecto meramente formal dos termos Estado Democrático e Estado de Direito, através da inserção da noção do social em tal conceito, para que com tal incorporação possa se chegar à transformação do *status quo*, ou seja, à modificação das grandes diferenças existentes entre as classes sociais.

Tal caminho, necessariamente, passa pela ampliação do significado de Estado de Direito¹⁰, que de um conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, se constituindo apenas um mero enunciado formal de leis, deve refletir, isto sim, – respeitando-se, obviamente, o processo legislativo – compromissos com a realidade social, política e econômica, com o objetivo maior de assegurar as reais pretensões de todos aqueles que compõem o corpo social. (SILVA, 2002, p. 114)

Em relação ao Estado Democrático, este, imprescindivelmente, deve se constituir em uma ordem de domínio legitimada pelo povo. O princípio da soberania popular é a viga mestra que constitui a democracia, posto que o poder político deve derivar dos cidadãos.

Entretanto, o povo, do qual devem se originar as decisões políticas, precisa ser posto em condições reais de decidir, através da possibilidade de compreensão de suas reais necessidades, de como defini-las e, principalmente, de como cobrar aos representantes por ele eleitos, os pleitos acordados¹¹.

Deve, pois, o povo ter capacitação suficiente para definir seus desejos e necessidades e, o que é mais importante, devem os mandatários ter

¹⁰ Para Canotilho (2002, p. 94), "O Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites. Dentro destes esquemas constitucionais essenciais incluem-se os direitos e liberdades dos cidadãos (*rights and liberties of citizenship*) juridicamente gerados na república e, por conseguinte, inerentes à *higher law* publicamente plasmada por escrito na constituição".

¹¹ Amplo estudo sobre o papel a ser exercido pelo povo, no âmbito das decisões políticas, pode ser visto em Müller (1998) e Müller (2000).

sensibilidade e compromisso suficiente para decidir em harmonia com a vontade dos representados, fazendo este processo convergir para a concretização dos desejos universalizáveis de todos os seres humanos.

Deste modo, pode-se afirmar que um Estado Constitucional, como se propõe o brasileiro, só poderá ser considerado como tal se for democrático, posto que a Constituição deve refletir os desejos de todos os cidadãos, ou seja, a lei maior que gere o Estado – para que possa ser caracterizado como Estado de Direito – necessita ser formatada pela vontade popular, pois só assim legítima.

Assim, um governo das leis segundo a vontade da maioria dos cidadãos – cujo ente irradiador de tal legalidade democrática é a Constituição –, que busca inexoravelmente o bem comum, preservando e protegendo direitos e garantias inalienáveis da pessoa humana, assim como, respeitando as minorias, é o que deve plasmar um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Silva (2002, p. 119) retrata bem as idéias aqui defendidas quando aduz:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Pelo caminho de uma junção harmônica entre o econômico, o político e o social, harmonia esta garantida pela lei, cujo objetivo maior é realizar intervenções que favoreçam mudanças urgentes na realidade social –

que hodiernamente está a sufocar as possibilidades democráticas – há de se chegar a um modelo político¹² no qual as pessoas que compõem o quadro dos cidadãos possam efetivamente receber tal denominação, posto que preparadas para escolher o que de melhor lhes é oferecido como proposta eleitoral, haja vista terem padrão econômico e cultural que lhes permite uma efetiva participação política.

O caminho a ser trilhado, para que se chegue ao modelo político acima proposto, modelo no qual a ativa e consciente participação popular nas decisões políticas acabará por diminuir as diferenças sociais hoje existentes, inevitável e forçosamente passará pela construção da democracia¹³.

A democracia, como se verá no próximo tópico, pode ser tudo, menos um ente político em que as idéias sobre a conformação do Estado circulem de maneira harmônica e linear¹⁴, razão pela qual essencial que se busque uma convergência mínima em torno da idéia de efetivação dos princípios e garantias fundamentais, como meio para o alcance da concreta realização do Estado Constitucional.

3. As várias faces da Democracia

Como dito acima, não há como analisar o alcance do termo Estado Democrático de Direito, com vasto lastro constitucional imerso na atual Carta

¹² Para Streck e Morais (2001b, p. 93) são princípios do Estado Democrático de Direito: "Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; Organização democrática da sociedade; Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça da solidariedade; Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; Divisão de Poderes ou de Funções; Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; Segurança e Certeza Jurídicas".

¹³ Sobre os vários modelos de democracia exercitados no mundo, cfr. Lijphart (2003).

¹⁴ Uma abordagem específica sobre o tema pode ser vista em Touraine (2000).

Política brasileira, sem que se precise – em nítidos contornos – o que é ou o que deve ser uma democracia.

A investigação do que é ou deve ser uma democracia, na verdade, torna-se imperiosa, em razão dos constantes ataques oriundos de parte da intelectualidade, que insiste em afirmar estar a democracia em crise, talvez por confundirem a idéia democrática com o regime democrático, coisas completamente díspares. (GENRO, 2003, p. 10)

Tal antinomia pode ser percebida nas palavras de Goyard-Fabre (2003, p. 2), quando se refere à democracia, ao pontuar que

Uns a exaltam incondicionalmente como sendo o caminho para a liberdade e a igualdade e pelo fato de constituir um progresso político e social; outros a criticam severamente deplorando a uniformização que, dizem eles, ela instala nas sociedades nas quais provoca a supressão das elites e a degradação do homem; outros vão ainda mais longe e denunciam a crise institucional e social que nela se instala e que, em nossa época, a solapa dolorosamente, fazendo pesar sobre ela uma ameaça endêmica de desagregação. Ademais, seja ela desejada ou temida, exaltada ou criticada, a democracia, como que por natureza, suscita ásperas querelas ideológicas; ao mesmo tempo, um militarismo obstinado empenha-se ou bem a defendê-la ou bem a combatê-la.

Entende-se que se deve preservar e defender ardorosamente a idéia democrática, por ser a de melhor adequabilidade aos anseios da sociedade, assim como entende-se que realmente o regime democrático se encontra em crise e, nessa perspectiva, deve-se logo frisar, cresce em importância a utilização do Direito Penal.

Assim sendo, reitera-se ser verdadeira a crise que permeia as instituições democráticas, sendo fácil apontar as antinomias encontradas entre o discurso democrático e o discurso punitivo, pois em épocas caracterizadas por uma crescente desagregação da sociedade – como é a que se apresenta hodiernamente –, o poder estabelecido se utiliza com uma freqüência cada vez

maior do direito punitivo, como forma de administrar a permanente instabilidade social¹⁵.

Logo, imprescindível que seja delimitado um contexto democrático mínimo¹⁶, contexto esse que possibilite demonstrar as razões pelas quais não se está a conseguir a sua implementação e, necessariamente expor, quais as políticas utilizadas para conter as conseqüências advindas do proposital impedimento do exercício pleno da democracia.

Na busca pela delimitação sobre as bases mínimas nas quais pode existir um Estado democrático, pode-se afirmar que democracia é um termo de significados diversos, tem várias faces e, obviamente, pode o emprego de tal palavra subordinar a etimologia e a semântica à legitimação de várias ideologias.

Ao longo da história foram desenvolvidas várias teorias sobre os seus fundamentos assim como sobre seu alcance, chegando Goyard-Fabre (2003, p.1) a afirmar que

Por um lado, não é possível compreender o que a democracia é hoje, com suas qualidades e seus defeitos, suas esperanças e seus malefícios, se não retraçarmos a genealogia atormentada dos conceitos e das categorias que sustentam seu edifício e balizam sua história.

Oliva (2003, p. 49), no mesmo sentido, destaca:

Como é sempre possível desejar uma democracia diferente da que tem sido praticada, em qualquer discussão sobre o tema não há como deixar de especificar que tipo de experiência histórica se está invocando e a que modelo se está recorrendo.

¹⁵ Sobre o tema, em profundidade, Guimarães (2007).

¹⁶ Lefort (1991, p. 35), em tom de advertência, questiona e responde: "A democracia já não dá lugar a instituições, a modos de organização e de representação totalitária? Seguramente sim. [...] Parece-me estranho que a maior parte de nossos contemporâneos não sinta o compromisso existente entre a filosofia e a experiência democrática, que disso não se faça tema de reflexão, e nisso não se reconheça a matriz da própria interrogação, que não se explore essa matriz".

Kelsen (2000, p. 25) ratifica:

Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acredita-se dever usar a noção de democracia – da qual se abusou mais do que de qualquer outra noção política – para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os significados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a costumeira impropriedade do linguajar político vulgar não a degrada de uma frase convencional que não mais exige sentido determinado.

Nesse diapasão, concorda-se com os autores acima citados, sendo, pois, importante percorrer o maior número de possibilidades sobre os significados da democracia, para que, através de uma interpretação ampla, seja possível chegar a um entendimento conceitual mínimo sobre tão instigante tema¹⁷.

Não se pode deixar de iniciar a busca pelos significados da democracia que não através do pensamento de Bobbio (2002, p. 32), autor que inseriu definitivamente a noção de respeito às regras do jogo no âmbito democrático, cujo posicionamento se direciona no sentido de que

[...] mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. – os direitos a base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub*

¹⁷ Bobbio (2000, p. 10) adverte que “Na produção contínua de livros sobre a democracia, esta aparece nos exemplos citados como objeto a ser comparado com alguma outra coisa. Mas também aparece frequentemente como conceito genérico que requer uma especificação: democracia liberal, socialista, corporativa, popular (nos dias de hoje um pouco em desuso) e até mesmo totalitária, democracia dos antigos e dos modernos, populista ou elitista, pluralista, consensual ou majoritária, e assim por diante. Não há autor que se respeite que, propondo a sua própria teoria da democracia, para renovar ou ‘revisitar’ a discussão, não tenha elaborado uma nova tipologia das várias formas de regimes democráticos”.

lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo.

Como conceito clássico, adota-se o de Kelsen (2000, p. 35), que afirma:

A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.

Ferreira Filho (2001, p. 310) é quem fornece uma definição estritamente formal do conceito, haja vista que se atém à questão da representatividade na esfera eleitoral quando assim se posiciona:

Numa visão empírica, a democracia contemporânea, ou poliarquia, consiste numa forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos seus governantes (eleição), todos os seus integrantes estando em pé de igualdade quanto ao peso de sua participação (voto) e à elegibilidade. É este o traço fundamental: o governo pelo povo (dentro do possível), ou seja, o governo por meio de representantes que o povo elege, a fim de servir os seus interesses.

Apesar da forma clássica estabelecida – governo do povo, pelo povo e para o povo – amiúde, aproxima-se a instituição democrática das transformações sociais, da justiça, da igualdade, tendo tal pensamento por corolário a superação da dominação de classes.

É um claro avanço em relação aos conceitos formais de democracia, vez que ao sair do âmbito meramente eleitoral, de respeito às regras do jogo, busca-se através da implantação de um regime democrático, avanços sociais que permitam às pessoas que compõem a sociedade exercerem plenamente sua cidadania¹⁸.

¹⁸ Um detalhado estudo sobre as relações entre cidadania e democracia, que prima pelo rompimento com a legitimação formal da mesma, pode ser encontrado em Andrade (1993).

Genro (2002, p. 47) deixa escapar tal tendência quando expõe que

Nosso projeto deve ser submeter o Estado à sociedade, através de formas diretas de participação voluntária combinadas com a representação política tradicional. Desenhar outras novas formas institucionais para um Estado que, substancialmente, não muda há duzentos anos, é a suprema tarefa do jurista, democrático e humanista, nos dias trágicos que o neoliberalismo nos impõe, até agora impunemente.

Goulart (1995, p. 50-51), no sentido acima apontado, é ainda mais claro e incisivamente pontua,

A primeira condição para que um povo tome consciência da desigualdade social e se anime no sentido de lutar pela superação desse mal, é a de possuir liberdade, tanto civil, quanto política. Só pelo exercício da cidadania – pouco importa se, num primeiro estágio, a liberdade política não vá além de eleger os governantes – os povos poderão, ainda que lenta e progressivamente, ir conquistando a mitigação de desigualdades e, principalmente, tomando consciência da necessidade de mudanças e de que essas mudanças só serão alcançadas pela via da participação democrática.

Nessa mesma seara, mas com um outro enfoque, há autores que percebem terem algumas poucas pessoas pertencentes às elites se apropriado da democracia e assim, exclusivamente, tirado proveito de tudo quanto possa ser auferido de positivo nessa forma de governo¹⁹.

Preocupado com as conseqüências que podem advir de tal apropriação, já que são inúmeras as atribuições conferidas à democracia, e orientado no sentido da determinação dos limites dentro dos quais deve atuar o Governo, haja vista a necessidade de controle do poder, Oliva (2003, p. 61) se posiciona do seguinte modo:

Se sonhar com o governante ideal é inócuo e com a perfeita distribuição de riquezas, utópico, pode a sociedade contar com mecanismos que evitem que a luta pelo poder e pelo escasso descambe para a tirania. Inútil delegar a uma aristocracia do espírito a missão de conferir racionalidade à administração da sociedade, quando a questão crucial é a da limitação e distribuição do poder. Gumplovicz, Mosca e Pareto mostraram que a soberania é um ideal-

¹⁹ Sobre a conceituação da democracia como forma de governo, cfr. Goulart (1995, p. 36-43).

limite que jamais é atingido na realidade, já que em qualquer regime político, qualquer que seja a fórmula política da representação, é sempre uma minoria de pessoas – que Mosca chama de “classe política” – que detém o poder efetivo. Como o poder sempre está nas mãos de uma minoria, não existe outra forma de governo que não seja a oligárquica. Isso não significa que todos os regimes sejam iguais, e sim que a diferença fundamental não reside em nome de quantos se exerce o poder, e sim de como se pode controlar seu exercício de modo a evitar que, deixando de proteger a liberdade, se volte contra ela. É essa missão a missão de genuína democracia.

Em uma posição que busca atribuir substância à democracia, avançando em relação aos aspectos meramente formais que teimam em ser vinculados de modo exclusivo ao termo, Rabenhorst (2001, p. 47-48) a define como

[...] mais do que um mero sistema político. Ela é aquilo que reveste a própria idéia de Estado de direito (que os alemães chamam de *Rechtstaat* e os anglo-saxônicos de *rule of law*). Com efeito, um Estado de Direito não é simplesmente aquele que cumpre os princípios formais da legalidade, da publicidade e do equilíbrio entre os poderes. Ele é, acima de tudo, o Estado que reconhece e protege o exercício mútuo das liberdades. [...] Se existe algum fundamento último para a democracia, ele não pode ser outra coisa senão o próprio reconhecimento da dignidade humana.

Na mesma linha da democracia material, partindo do conceito de povo como destinatário – sem exceções – de todas as prestações econômicas e sociais, culturais e jurídicas, às quais o Estado e a sociedade constituída se obrigaram a prover, Müller (2000, p. 22) entende que

A democracia é uma das formas de Estado que, no plano da ética política, não são compatíveis com a exclusão; e isso a honra. Perguntemos, contudo, mais especificamente, se ela não deveria sobretudo ser aquela forma de Estado que a partir de determinados índices-limiar não é efetivamente eliminada pela exclusão, no sentido técnico, organizacional das suas formas e dos seus procedimentos. Isso a honraria mais ainda. E isso implica uma análise não apenas do cálculo estático de uma concepção, mas dos processos sociais e políticos na dimensão temporal, que essa concepção possibilita. Democracia somente pode subsistir, isto é, continuar viva, como democratização em ampliação permanente.

Andrade (1993, p. 131) estabelece um vínculo imprescindível entre democracia e cidadania, reivindicando a realização de direitos como postulado

alicerçante do fenômeno democrático, o que acaba por conferir substancialidade ao seu conceito, já que afirma:

É, pois, a visualização de seus potenciais, enquanto discurso político plural, postular da possibilidade do dissenso e do direito aos direitos indefinidos, não congelados, e da realização plena do homem enquanto cidadão, que conduzem a conceber a cidadania como discurso instituinte de uma ordem mais democrática no Brasil. Isso implica que a cidadania, antes de estar dissolvida aprioristicamente em qualquer modelo dado, em qualquer tipo único, é um processo e, como tal, tem a possibilidade permanente de questionar-se a si mesma através da reinvenção contínua da política, colocando-se como interrogante central da democracia possível. [...] O reconhecimento, mais ou menos generalizado, na arena dos saberes, de que, desde há algum tempo, a democracia não se limita à exigência de um regime político democrático, nos moldes da democracia liberal, tem deixado latente que a construção democrática para além da democracia liberal pressupõe a construção da cidadania para além do liberalismo.

Percebe-se de forma clara, que todos os conceitos acima expressos, podem ser classificados em dois grandes grupos: aqueles que se filiam à democracia formal e aqueles que se filiam à democracia substancial.

Em assim sendo, necessário se faz aprofundar a discussão sobre os postulados que fazem com que, em última análise, o posicionamento intelectual fique adstrito à esfera meramente formal do pensamento democrático ou, em posição diametralmente oposta, se filie à esfera substancial da democracia.

3.1 Democracia formal

A democracia, no seu aspecto formal, sempre é vinculada aos procedimentos ou, conjunto de regras, anteriormente estabelecidas, que devem definir as relações de poder, ou seja, quem vai decidir e como deverá se decidir.

A força motriz da democracia formal é a regra da maioria²⁰, ou seja, é vencedora a proposta mais votada, ainda que, quando da efetivação de tal

²⁰ Segundo Campilongo (1997, p. 13) "As relações entre o direito e a democracia constituem um dos principais eixos do pensamento político-jurídico ocidental dos últimos duzentos anos.

escolha, ela possa refletir – através dos representantes eleitos – uma melhor distribuição de oportunidades ou, ao contrário, apenas a legitimação dos resultados obtidos.

Há autores, por outro lado, que advertem sobre os limites da democracia, afirmando não ser ela a solução para todos os problemas e sim a eficácia do Estado de Direito e a economia de mercado, que se constituem, assim, nas bases sobre as quais deve se erigir um governo. Afirmam que, ao tentarem estender seus limites para além da esfera formal, deformam o conceito que passa, então, a se chamar de “democratose” ou “democratice”, posto que tentam estendê-lo para o âmbito privado, como por exemplo, as empresas. Enfim, textualmente posicionam-se contra a afirmação que aduz “ser a democracia a instituição mais importante do processo criador de riquezas da nação”. (LEME, 2003, p. 40-41)

Vê-se, pois, que mesmo no âmbito formal teme-se pela ampliação das possibilidades democráticas, posto que a maioria pode decidir a favor de si própria e assim diminuir a dominação pela via política, como pode legitimar decisões espúrias, que ao contrário, representariam mais espoliação²¹.

São infinitas as possibilidades da democracia, entretanto, na seara formal, pela amplitude do elencado e, como já desenvolvido acima, optou-se por adotar, como síntese, o entendimento de Bobbio *et al.* (1997, p. 327-328) que tentam esgotar a questão quando afirmam:

Dentre os procedimentos que organizam essas relações, um avulta de importância: a regra da maioria. A mediação entre a vontade popular e o governo das leis é feita pelo critério aproximado da anuência da maior parcela do povo. [...] a regra da maioria é uma técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida”.

²¹ Sobre democracia formal cfr. Kelsen (2000, p. 99-102) para quem “A idéia de igualdade, por ser diferente da idéia de igualdade formal na democracia, isto é, da igualdade dos direitos políticos, nada tem a ver com a idéia de democracia”.

Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de "procedimentos universais". Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto ao supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

De ver-se que todos os postulados descritos na citação acima são importantes, necessários, mas não suficientes para o estabelecimento de um Estado Democrático, posto que além de discutir o modelo ideal de democracia, sob a ótica das regras utilizadas para sua implementação, mister que se pense também no modelo de povo que vai concebê-la.

É no mínimo perigoso que se limite o entendimento da democracia à manutenção das regras do jogo, haja vista que tais regras sempre são postas por uma minoria e, o que é pior, com amplas possibilidades de manipulação dos resultados que advém do jogo jogado com tais regras.

O povo, nesse contexto, pode simplesmente ser tratado como massa de manobra, vez que apesar de garantido o seu direito de escolha, pode

não ter-lhe sido garantidas opções de escolha, ou ainda, possibilidades pessoais de entendimento para escolher²².

Como bem expõe Müller (2000, p. 26),

A democracia avançada não é, portanto, apenas *status activus* democrático; não é mais um mero dispositivo de técnica jurídica para definir como textos de normas são postos em vigor (como leis são promulgadas). Ela é, agora, sobretudo um nível de exigências aquém do qual não se pode ficar, se ainda quisermos falar de uma forma de democracia: é um nível de exigências com vistas ao modo, pelo qual as pessoas nesse território são tratadas concretamente – não como súditos nem como seres subumanos (Untermenschen), mas individualmente como membros do povo soberano, do povo destinatário que pode legitimar a totalidade do poder organizado de Estado – juntamente com o povo ativo e o povo como instância de atribuição. Democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa no âmbito da sua “-cracia”.

Não é mais possível que se continue acreditando que a democracia tem por função última eleger e autorizar as pessoas para exercerem o poder de governar, sob pena de se estar a legitimar formas espúrias de dominação.

No Brasil, em particular, assistimos ao cumprimento de todas as formalidades democráticas atinentes ao processo eleitoral, como o voto secreto o sufrágio universal, enfim, o amplo acesso ao direito de votar e ser votado, o que não impede às elites oligárquicas utilizarem-se de meios de manipulação – abuso de poder econômico, uso abusivo dos meios de comunicação de massa, entre outros – para obtenção do necessário consenso mínimo que eleve ao poder.

Sendo assim, é imperioso que se desconecte urgentemente o conceito de cidadania do direito de votar e ser votado, como se toda a amplitude democrática se esvaísse no conceito de cidadão eleitor.

²² Oliveira (1996, p. 182) adverte que “[...] o valor ‘formal’ da democracia exige um mínimo de igualdade real dos indivíduos como ponto de partida para que possam funcionar as chamadas ‘regras do jogo’. Essa metáfora, aliás, na sua singeleza é ela própria bastante reveladora, pois contém a idéia de que os jogadores dispõem de alguma coisa para colocar na mesa; e que se eles nada têm, o jogo também não existe [...]”.

O exercício pleno da cidadania pressupõe um necessário engajamento dos sujeitos sociais, engajamento este que deverá se refletir em reivindicações por direitos existentes ainda não alcançados, assim como por novos direitos que estão por ser implementados. Enfim, no espaço cidadão devem ser exigidos o cumprimento dos direitos previstos, mas não efetivados, e também a institucionalização dos direitos não positivados.

Nas palavras de Andrade (1993, p. 130):

É, pois, a visualização de seus potenciais democráticos, enquanto discurso político plural, postular da possibilidade do dissenso e do direito aos direitos indefinidos, não congelados, e da realização plena do homem enquanto cidadão, que conduzem a conceber a cidadania como discurso instituinte de uma ordem mais democrática no Brasil. Isso implica que a cidadania, antes de estar dissolvida aprioristicamente em qualquer modelo dado, em qualquer tipo único, é um processo e, como tal, tem a possibilidade permanente de questionar-se a si mesma através da reinvenção contínua da política, colocando-se como interrogante central da democracia possível.

Em outro extremo, os neoliberais, com posições fechadas a favor da democracia meramente formal, defendem inclusive o encolhimento do processo político, tentando diminuir as práticas democráticas mesmo no âmbito formal, para que se proporcione ao mercado a maioria das decisões. Em outras palavras, democracia somente a minimamente necessária, que se resume a eleger os seus representantes no âmbito estritamente político.

O pensamento de Leme (2003, p. 42), nesse sentido, é paradigmático:

Mas os partidários da panacéia democrática, aparentemente indiferentes a essas ponderações, continuam a advogar a desnecessária politização da solução de problemas passíveis de soluções individuais, a despeito da evidência dos fatos, de acordo com o qual o processo político é tão importante quanto problemático, conseguindo ser o mais precário dos processos sociais. Não decorre dessa constatação, obviamente, a sugestão da supressão do processo político, e sim o seu encolhimento, de acordo com a idéia de um Estado Mínimo que concede o máximo possível de tarefas ao mercado e o mínimo de responsabilidades ao governo, isto é, ao processo político democrático de decisões coletivas.

Dessume-se assim que a democracia, dentro de seus limites formais, acaba por auxiliar aqueles que estão no poder a exercerem todos os tipos de controle e a usufruírem todos os tipos de privilégio possíveis de ser auferidos pelos cargos que ocupam; quando os membros de uma comunidade utilizam os seus direitos de cidadão somente na esfera eleitoral, terminado o sufrágio e, assim, legitimado a exercer o poder aquele que foi o mais votado, encerra-se, pelo menos por um determinado período, o exercício da democracia.

Logo, está a impedir-se a criação de novos direitos, o questionamento daqueles já adquiridos, forçando-se a uma conservação do que já está posto; os conflitos imanentes à uma sociedade dinâmica saem assim da esfera do político para serem tratados em outras esferas, de preferência a do Direito Penal.

E assim, ao distanciarem-se os direitos do cidadão de seu amplo exercício político – limitados pela democracia formal ao direito ao sufrágio, votar e ser votado –, é dizer, de seu direito a ter direitos e de pelos mesmos lutar no âmbito da cidadania política, tendo a possibilidade de conscientização e, conseqüentemente, de reivindicação dos mesmos, estão distanciando o povo de seu supremo direito de governar-se a si próprio.

3.2 Democracia substancial

A democracia substancial (ou material) fundamenta-se na dignidade da pessoa humana²³, que se expressa necessariamente através do exercício da cidadania, exercício esse que exterioriza a fruição dos direitos e liberdades fundamentais, de maneira ampla e irrestrita.

Democracia e cidadania, portanto, são instituições umbilicalmente ligadas. A democracia real facilita o acesso à ampla cidadania e dela precisa

²³ Sobre o tema, com profundidade, Martins (2003), Nunes (2002) e Barcellos (2002).

para se manter e continuar efetiva. Ambas, assim, se pressupõem, razão pela qual não se chega à plena democracia sem o exercício da cidadania, assim como não existe cidadania plena sem o exercício da democracia.

A democracia substancial reconhece a regra da maioria, entretanto, não transige com os direitos das minorias, haja vista que nenhuma maioria, nem mesmo a unanimidade pode suprimir direitos humanos fundamentais.

A regra da maioria é de fundamental importância para os sistemas políticos hodiernos, vez que, num contexto de crise, no qual o direito é utilizado como meio para distribuição de recursos escassos, tutelando a justiça social, a definição de quem vai elaborar tal direito e assim decidir sobre a partilha de tais recursos passa necessariamente pela vontade da maioria. O político e o jurídico acabam por estar indissociavelmente ligados²⁴. (CAMPILONGO, 1997, p. 23)

Entretanto, tais decisões da maioria somente poderão penetrar na esfera da democracia substancial caso venham a garantir uma eqüitativa distribuição de direitos, direitos que reflitam um respeito inegociável às minorias, assim como garantias fundamentais a todos os seres humanos.

No ensinamento de Ferrajoli (1997, p. 99):

As duas classes de normas sobre a produção jurídica acima distinguidas – as formais que condicionam a vigência, e as substanciais que condicionam a validade – garantem de fato outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da “democracia política”, que respeita ao quem e ao como das decisões e que é garantida pelas normas formais que disciplinam as formas das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material daquilo a que podemos chamar “democracia substancial”, dado que respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, e que é garantida pelas normas substanciais que das mesmas decisões disciplinam a substância ou o significado, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos

²⁴ Na visão de Binder (2001, p. 5, tradução nossa) “Não é fácil acreditar na lei na América Latina. Não é fácil fazê-lo quando ela convive tranquilamente – e às vezes sem sequer comover-se – com situações de desigualdade, exclusão e pobreza que pouco tem a ver com a igualdade, a liberdade e a dignidade dos seres humanos e menos ainda com a pretensão de generalidade da lei”.

fundamentais e dos outros princípios axiológicos por elas estabelecidos.

[...] Assim, uma concepção exclusivamente procedimental ou formal da democracia é solidária com uma concepção igualmente formal da validade das normas como mera vigência ou existência, que da primeira representa, por assim dizer, o pressuposto; enquanto uma concepção substancial da democracia, garante dos direitos fundamentais dos cidadãos e não simplesmente da onipotência da maioria, requer que se admita a possibilidade de antinomias e de lacunas geradas pela introdução de limites e vínculos substanciais – sejam eles negativos, como os direitos de liberdade, ou positivos, como os direitos sociais – como condições de validade das decisões da maioria.

Deste modo traça-se um rol de limites intransponíveis à democracia política – formal –, quais sejam: os direitos e garantias fundamentais decorrentes do simples fato de pertencer à raça humana; direitos de liberdade; direitos sociais, enfim, os direitos que possibilitam o exercício pleno da cidadania corolário da dignidade humana²⁵.

Entretanto, em meio à iniquidade que revela o Estado brasileiro no trato de tais direitos e garantias fundamentais, é óbvio que estamos longe de implantar uma democracia, posto que ao ente a quem é atribuída a tarefa de implantá-la, exatamente ele, o Estado, é quem se constitui como principal violador das regras por ele mesmo positivadas. (OLIVEIRA, 2002, p. 28)

Complementando, para bem precisar os limites teóricos da democracia substancial, necessário se faz frisar que não bastam as previsões normativas, a previsão legal de garantia dos direitos humanos, regras programáticas. A democracia substancial somente se satisfaz e, por assim dizer, passa a existir, com a efetividade de tais previsões. Não basta a lei, necessário o seu cumprimento.

Streck e Morais (2001, p. 104) vão ao âmago da questão quando advertem que,

²⁵ Sobre o tema imprescindível a leitura de Gonçalves (2006).

Além disso, é evidente que a democracia requer uma grande dose de justiça social e uma razoável preservação do *habitat* nacional e das fontes de recursos, como lembra Karl Deutsch, para preservar o cidadão de amanhã. Não é possível falar em democracia em meio a indicadores econômico-sociais que apontam para a linha (ou abaixo da) linha de pobreza. Uma grande dose de justiça social é condição de possibilidade da democracia.

Em um país como o Brasil permeado pela exclusão social, portanto, não há que se falar em democracia, posto que somente o aspecto formal não tem o condão de auferir amplitude ao termo. Em outras palavras, quando se garante aos miseráveis somente o direito ao voto, cerceando-lhe todos os demais direitos imanentes à cidadania, não se pode caracterizar tal estado de coisas como uma democracia²⁶.

Basta uma rápida olhada na Constituição Federal de 1988, para perceber que seu Título II, que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, nunca foi, em sua maioria, implementado, constituindo-se em letra morta.

Insiste-se com a idéia de que é possível implantar um regime democrático no qual possa existir uma distinção entre cidadania, quase-cidadania e não-cidadania, posto que se dissociam as questões inerentes a exclusão social, como a falta de trabalho, de comida, de saúde, de moradia, em resumo de dignidade²⁷, e as instituições que se autodenominam de democráticas.

²⁶ Em relação às pessoas excluídas na sociedade brasileira, que vivem em permanente conflito social, Andrade (1999, p. 36) assim se posiciona: "Trata-se, pois, de conflitos resultantes de um acúmulo de efeitos perversos que culmina em um quadro de exclusão social não apenas persistente, mas insuportável, para expressiva parcela da sociedade brasileira que, sem dúvida, não se reconhece no clássico conceito de classe trabalhadora. Pois, não são sujeitos marcados por relações de exploração e domínio, uma vez integrados no mercado e nas relações de trabalho, mas sujeitos marcados pela inexistência da relação; pela não-relação. São os sujeitos que não tem um lugar no mundo. Tratam-se, propriamente, dos excluídos.

²⁷ No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, Barcellos (2002, p. 258) pontifica: "Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça".

Na realidade, em sede de democracia brasileira, parece assistir razão a Dornelles (1997, p. 107) quando denuncia:

A primeira tendência, portanto, é a que se relaciona com a questão do "etnocídio social" que se caracteriza por um processo seletivo de extermínio de segmentos sociais considerados indesejáveis, setores miseráveis. Tal "etnocídio social" é realizado de diferentes maneiras atingindo grupos étnicos e raciais definidos: negros, nordestinos pobres, índios, etc. Ou seja, populações marginalizadas em geral. Essa população excluída é o alvo de diferentes formas de violência na sociedade brasileira: violência estatal, criminalidade, massacres, a própria marginalização que resulta na fome, na mortalidade infantil, na falta de saúde, na falta de segurança, condições dignas de vida, etc.

E nesse contexto de ampla exclusão social, no qual são negados os direitos básicos da cidadania, como esperar que as pessoas possam ter engajamento político suficiente para conhecer seus direitos, escolher representantes que venham a garanti-los e, principalmente, cobrar pela sua efetivação e respeito.

A luta da maioria dos brasileiros, hoje, não é política e sim pelo prato de comida que lhes garanta a sobrevivência no dia-a-dia, não é possível, a grandes segmentos populacionais, viver a plenitude de direitos garantidos constitucionalmente, somente sobrevivem com os restos permitidos aos excluídos sociais.

Tudo isso gera a tão necessária apatia política, preceito básico da dominação de classes, posto que sem as condições mínimas para o exercício da cidadania – escolaridade, saúde, trabalho, condições dignas de vida –, jamais haverá luta política, permanecendo o consenso forçado pela manipulação econômica e ideológica do voto, com a conseqüente manutenção da situação social degradante garantida através da elaboração das leis pelos representantes eleitos em tais condições.

Sobre o tema, Binder (2001, p. 5, tradução nossa) percebe uma

Perda da força política da lei ou, o que é o mesmo, que a perda de sua força normativa é uma das grandes calamidades da nossa região, uma verdadeira peste, que todos conhecemos com o nome de impunidade estrutural. Esta impunidade, a que já nos acostumamos, é a contracara da república, porque encobre o poder concentrado e sua distribuição de privilégios; é a contracara da democracia, porque torna inúteis os pactos políticos e a atividade parlamentar e é a mentira mais aparente do Estado de Direito porque o converte em uma fachada ou uma máscara que oculta o abuso de poder.

Entretanto, um sistema político que consegue se manter no poder à custa de exclusão social, com um processo forçado de estabelecimento de apatia política pela via da ignorância do povo²⁸, semeia violência. E a isso se chama violência estrutural, inimigo mortal da democracia substancial, vez que é a responsável pelas quase insuperáveis diferenças de classes geradoras da flagrante injustiça social²⁹.

Hoje o Estado responde a violência por ele mesmo gerada de forma antidemocrática, ou seja, responde as flagrantes desigualdades sociais com a violência do sistema penal, parecendo se afastar da idéia que uma verdadeira democracia traz intrínseca qual seja: em estruturas sociais desiguais, nas quais pessoas se encontram abaixo do nível mínimo de subsistência, não será o

²⁸ Müller (2000, p. 27) adverte que “Resta acrescentar que o enfraquecimento do sentimento de auto-estima, a falta de ‘reconhecimento’, conduz à paralisia das pessoas afetadas enquanto seres políticos: ao padrão de vida excessivamente baixo, ao empobrecimento da família, ao estigma do bairro residencial errado, à comunicação do encerramento da conta corrente por parte da gerência do banco, à exclusão crescente da vida social, cultural e política, ao acirramento da falta de chances de vida. O descenso econômico conduz rapidamente à depravação sócio-cultural e à apatia política – que quase sempre se acomoda bem aos desígnios das esferas dominantes da sociedade”.

²⁹ Wefort (1992, p. 23) vai ao âmago do problema quando questiona “Em que consiste esse sistema dual brasileiro? Para aqueles que estão dentro – isto é, para os grupos social e economicamente dominantes, assim como para os outros segmentos organizados da sociedade – há um regime político competitivo. Talvez seja avançar muito supor que existe uma ‘poliarquia’ para esses grupos, mas já estamos a caminho disso. Evidentemente, entre os que estão dentro contam-se segmentos organizados de trabalhadores, assim como outros setores sociais e políticos que querem democratizar o sistema e eliminar a dualidade, universalizando suas características democráticas. Para os que ficam de fora, para os marginalizados que são muito pobres e incapazes de se organizar, resta apenas tornarem-se objeto de manipulação política – em outras palavras, são tratados não como cidadãos mas como ‘clientes’, na acepção romana do termo. E, quando necessário, o que ocorre com frequência, são submetidos à repressão policial. Eles são livres para participar de eleições e, na realidade, a maioria o faz. Não são marginalizados por nenhum tipo de restrição institucional, mas pelas próprias condições sociais, políticas e culturais em que vivem e que os transformam em massas amorfas”.

sistema penal através de suas prisões que resolverá tal problema, e sim a implantação de políticas sociais que revertam essas condições de desigualdade.

Deve-se orientar, portanto, a democracia no sentido da construção de uma base social igualitária, na qual os princípios constitucionais que fundamentam o sistema democrático passem a ter reais possibilidades de concreção, afastando-se do âmbito das ficções criadas para legitimar formas de dominação espoliantes.

4. Direito Penal, cidadania e democracia

Ante todo o exposto até o presente momento, uma certeza se impõe, dificilmente poder-se-á realizar uma democracia que ultrapasse o âmbito formal, assim como, nunca será alcançado um nível de controle aceitável na seara punitiva enquanto perdurarem as graves desigualdades sociais que emanam das relações de classes³⁰.

Segundo Melossi (1991, p. 63, tradução nossa),

O problema, a meu entender, repousa em uma imaginação social capaz de pensar formas de controle social democrático – é dizer, que protejam e garantam aos débeis – não baseadas no uso do instrumento penal, o qual significa trabalhar para conseguir a abolição tendencial deste instrumento de teatro de controle social, substituindo-o por formas simbólicas e instrumentais de outra natureza. Tais formas deveriam se basear na construção, no sentido literal da palavra, de condições de vida que se oponham ao surgimento de comportamentos indesejados, uma vez que ponha em prática um controle social não reativo e sim ativo.

A um modelo de classe média alta, com várias casas e carros, em que a fartura é a palavra de ordem, ao luxo e ao desperdício se somam a

³⁰ Sobre o tema, Bonavides (2001, p. 188), cujo pensamento pode ser assim sintetizado: "Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência".

esnobação e a opulência, se contrapõe uma classe de miseráveis em que o mínimo para sobrevivência não existe, imperando, isto sim, a fome, a doença e o desespero. Como conceber que em tal sociedade possa haver disciplina social na qual as massas famintas adotem bons modos e não molestem aqueles cujos modos de vida se traduzem, via de regra, em excessos. (ELBERT, 2000, p. 68-69)

Enquanto não for implementada uma política séria de inclusão social, que funcione como uma verdadeira barreira de contenção ante os abusos e as disparidades sociais, somente se agravará o conhecido quadro de violência cruzada entre incluídos e excluídos, que acarretam como conseqüência – para sintetizar – a exacerbação inaceitável, sob o ponto de vista da democracia, da repressão penal.

Na sempre consentânea visão de Baratta (1999, p. 196),

Esta estratégia conduz, de fato, a uma 'democracia autoritária', a uma sociedade em que se torna sempre mais alta a barreira que divide a população garantida da zona sempre mais vasta da população marginalizada da dinâmica do mercado oficial do trabalho. Nessa situação, o 'desvio' deixa de ser uma ocasião – difusa em todo o tecido social – para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar-se, ao contrário, no status habitual de pessoas não garantidas, ou seja, daqueles que não são sujeitos, mas somente objetos do novo 'pacto social'.

Traçada tal realidade com tintas fortes, percebe-se que hodiernamente o Direito Penal vem se afastando muito do leito normal em que deveria correr, no longo caminho percorrido desde os ideais ilustrados – tomando a base liberal como rota – até alcançar o atual formato, delineado pelas políticas neoliberais.

Assim sendo, percebe-se que os ideais ilustrados de um Direito Penal liberal sempre se encontraram mais no discurso do que na prática, mais na bem intencionada ideologia emancipadora do que propriamente na aplicação da lei penal, o que é facilmente comprovado através da análise das novas

políticas criminais implementadas³¹, nas quais se tem paulatinamente afrontado e desrespeitado todos os poucos avanços conseguidos – no âmbito de garantias fundamentais ante o poder punitivo – em tão árdua caminhada.

Em sede de políticas neoliberais, é importante que se ressalte, foi reservado ao Direito Penal o imprescindível papel de repressão para contenção das massas excluídas, de protagonista no câmbio do Estado social para o Estado policial.

Aos graves problemas contemporâneos é apresentada, invariável e majoritariamente, a resposta das mudanças legislativas, como se os problemas sociais, políticos, econômicos e mesmo legais pudessem ser resolvidos exclusivamente por implementações ou mudanças na lei, preferencialmente, a lei penal. Em suma, insiste-se na idéia de que os problemas da democracia podem ser enfrentados através de mudanças na produção legislativa do Estado. (MELOSSI, 1991, p. 59)

Dessume-se, então, sem maiores esforços, que há urgência em se discutir quais os caminhos a serem percorridos pelo Direito Penal dentro do contexto social, econômico e histórico acima delineado para compatibilizá-lo com os ideais democráticos, em que o cidadão passe a ser visto pelas lentes da dignidade que lhe é imanente e por isso, enquanto ser humano, inviolável em sua liberdade e personalidade.

Objetiva-se, dessa forma, abrir canais de discussão que possibilitem um enfoque crítico e realista acerca da assustadora realidade em que se insere a paulatina transformação do Estado Social e Democrático de Direito em Estado totalitário penal.

³¹ Um exemplo paradigmático é a implementação, pela via legal, do Regime Disciplinar Diferenciado em sede de execução penal.

O Estado totalitário penal³², que se caracteriza antes de mais nada pela imposição da vontade dos que governam, tem nos aparelhos repressores sua fundamentação e legitimação; prescinde do consenso, sendo a obediência e a submissão as opções dos governados. Antagoniza-se veementemente com a democracia, posto que as decisões são unilaterais e os conceitos de cidadania, direitos humanos e justiça social são meras peças retóricas.

É nessa medida que o Estado totalitário penal ou Estado policial parece ser o único que se amolda as políticas de exclusão social patrocinadas pelo neoliberalismo global, que diviniza as leis de mercado e as coloca acima de tudo e de todos.

O cenário acima rascunhado não se coaduna, portanto, minimamente, com formas de Estado que se proclamem democráticos, posto que o que honra a democracia, no plano da ética política, é exatamente sua incompatibilidade com a exclusão social.

A democracia, por excelência inclusiva, não é um mero dispositivo de técnica jurídica para definir como textos e normas são postos em vigor³³. Constitui-se, isto sim, em um nível de exigências que servirão como referências de análise ao modo pelo qual as pessoas, em sua totalidade, são tratadas concretamente em um determinado Estado como destinatárias de todas as

³² Sobre a dicotomia Estado de Direito x Estado de Polícia, Zaffaroni *et al.* (2003, p. 94) atenta para o fato de que "Ambos são modelos ideais. É possível descobrir na história uma tendência ao progresso do estado de direito, mas ele sofre marchas e contramarchas e sua realização em conformidade com o modelo ideal cumpre uma função axial. O simplismo não consiste em distinguir os modelos para esclarecer os respectivos objetivos, mas em ignorar a história e pretender que o estado de direito tenha surgido, com a Constituição da Virgínia ou com a Revolução Francesa, e tenha se instalado para sempre, enquanto o estado de polícia acabou com o antigo regime".

³³ Conforme Müller (1998, p. 55-56), "Segundo a doutrina mais em voga, o povo atua como sujeito de dominação nesse sentido por meio da eleição de uma assembleia constituinte e/ou da votação sobre o texto de uma nova constituição; por intermédio de eleições e, em parte, por meio da iniciativa popular e do referendo; por meio de eleições para instâncias de autogestão e, se for o caso, por meio da eleição dos funcionários públicos ou ainda da eleição dos juizes, incluída a eleição dos juizes da Corte Constitucional Federal alemã, mediada de forma apenas muito rarefeita em termos de 'demo' cracia. No geral esse povo ativo, a totalidade dos eleitores é considerada – não importa quão direta ou indiretamente – a fonte de determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas".

prestações econômicas e sociais, culturais e jurídicas garantidas, normativamente asseguradas e invocadas por toda a sociedade constituída. (MÜLLER, 2002, p. 22-30)

A democracia, vista de forma inclusiva, leva necessariamente a uma reconstrução do conceito de cidadania, na qual há uma superação do conceito de povo ativo, que restringe o conceito de povo a cidadão-eleitor, e o conceito de cidadania ao direito de votar e ser votado.

Necessário se faz suplantar, além da redução eleitoral do conceito, os modelos estáticos incorporados à noção de cidadania, afastar-se de tudo aquilo que garanta somente a inação do Estado, posto que

Esta 'concepção negativa de cidadania', que se restringe ao conhecimento e exercício dos limites formais à intervenção coercitiva do Estado, se de um lado responde ao quadro histórico de violência social antes referido, de outro lado retarda a organização e mobilização popular em torno de seus direitos econômicos, sociais e culturais sonegados. (BATISTA, 1996, p. 72)

A cidadania, através de tal superação, vai adquirindo paulatinamente uma nova dimensão, passando a incorporar em seu âmago outros direitos distintos dos eleitorais, como os direitos políticos, econômicos, culturais, sociais, difusos e coletivos, entre outros, assim como, e, principalmente, quando passa a adquirir uma dimensão coletiva de tal conceito, que ultrapassa a noção do indivíduo atomizado – resquício liberal – para se transformar em uma cidadania plural, com formas de expressão múltiplas e heterogêneas, trazendo consigo, pois, a possibilidade permanente de sua reinvenção. (ANDRADE, 1993, p. 126-134)

De ver-se, portanto, que o conceito de cidadania ocupa uma posição nuclear na concepção e estratégia de luta pela construção de uma sociedade democrática, carregando consigo uma idéia de inclusão, haja vista que os direitos da cidadania são direitos 'inclusivos', os cidadãos deles não podem gozar individualmente se ao mesmo tempo os outros membros da

sociedade, também, não puderem deles desfrutar. Assim, o exercício da cidadania é a luta pela inserção e ampliação no mundo dos direitos – é o direito a ter direitos – e a democracia é o espaço propício para essa luta³⁴. (MARQUES NETO, 2000, p. 211-221)

No campo do controle social punitivo as concepções de democracia, cidadania, direitos humanos e justiça social passam necessariamente por uma nova formatação do Direito Penal, ou melhor, por uma nova leitura e interpretação do Direito Penal liberal³⁵.

O caminho pode ter atalhos similares aos da ideologia do iluminismo francês, mas o objetivo não é o mesmo. Não é a proteção do mercado nascente (agora re-nascente) para assegurar a acumulação, sem riscos, do capital, o que nos interessa. Mas sim a proteção do homem de rua, a recuperação de sua cidadania. (ANIYAR DE CASTRO, 2000, p. 144)

Logo, um Direito Penal mínimo e garantista³⁶, em que os princípios invioláveis da pessoa sejam realmente postos em um patamar inexpugnável,

³⁴ Na visão de Melossi (1991, p. 59), "Consenso e atuação social são em todos os campos e, portanto, também no jurídico, os instrumentos de câmbio. [...] 'os direitos humanos nunca correm um perigo tão grave como quando seus únicos garantes são as instituições políticas ou aqueles que atuam em seu nome'".

³⁵ Com respeito a uma nova concepção, que suplante a utopia da filosofia iluminista, Elbert (2000, p. 79, tradução nossa) propõe que "O que se pode afirmar, hoje, é que a devida descrição de uma sociedade a controlar deve ser entendida em sua duplicidade de incluídos e excluídos, programando-se políticas diferentes para cada setor, assim como espaços de diálogo conjuntos ou múltiplos, que permitam aceitar a existência do diferente e a negociação entre os diferentes. Em outras palavras, deve abandonar-se a base analítica irreal de uma sociedade igualitária que atua em nome de todos, em uma ordem de distribuição em que o distribuidor atue com equidade e renúncia. [...] A espiral de reforço do conceito de segurança individual a partir da dicotomia incluídos-excluídos está levando a desagregação, ao ódio social, a impossibilidade de reconciliação quanto menos a uma interpretação comum do que ocorre. O caminho atual bloqueia a todos os canais com os diferentes excluídos, a quem só se concebe ocultos, distantemente isolados como pressuposto de sua inserção na coexistência coletiva".

³⁶ Pavarini (1985, p. 649, tradução nossa), há dezenove anos atrás, analisava a estratégia adotada pelo Estado Social para controle comunitário nos seguintes termos: "A opção estratégica de fundo é, pois, uma política em condições de 'fazer-se cargo' – por meio dos próprios serviços – das contradições sociais antes que elas se manifestem em termos de conflitos não mediáveis. Se está é a ótica geral, também a política de controle das condutas desviantes terminará por ser primeiro atraída e logo homogeneizada à política social; ela também se volta – qualitativamente – para a política social. Política de prevenção, política de ajuda, política de assistência..., política, em suma, que opera sobre o social, governando-o. O controle social é em primeiro lugar, pois, governo do social no social". Apesar da crise que

em que a punição com a pena de prisão seja tida como último e insubstituível meio de controle social, em que ao Direito de Punir se antecedam todos os outros ramos do direito como forma de solução dos litígios, faz-se impostergável.

É imperioso que se atribua à vítima a qualidade de parte no processo, momento em que deve expressar a sua vontade em relação ao caso concreto e não funcionar como mera informante de fatos; é urgente que se ponha freios à crescente desformalização do processo – o contraditório e a ampla defesa são esteios invioláveis do Estado de direito; é imprescindível que se priorize a reparação do dano frente à crescente onda de punição que nos é imposta pela mídia, pautada na já superada concepção retributiva da pena; enfim, deve ser resgatado o verdadeiro sentido do princípio da oportunidade da ação penal, em que não só os fatos, mas a própria condição social do imputado seja levada em consideração quando do momento da acusação formal³⁷.

Se for para se fazer uso do Direito Penal, que sua utilização seja deslocada dos insignificantes delitos contra o patrimônio, entre outros tantos que não têm o condão de produzir maiores danos sociais, e passe a ser utilizado em importantes zonas de nocividade social que possui ampla imunização, como a criminalidade econômica, ambiental, política, ou seja, que se centralize na criminalidade ligada aos poderosos, esta sim, fator de desestabilização do Estado Social e Democrático. (BARATTA, 1999, p. 198)

Deve-se ter em mente, por outro lado, que os direitos humanos, agora foco de preocupação daqueles que pugnam pela privatização dos presídios ou por uma ampla terceirização dos mesmos, devem ser garantidos, fora do âmbito do cárcere, posto que com essa simples providência haveria uma drástica redução no número de detentos e reclusos nos presídios brasileiros.

atravessa tal tipo de política, parece-nos que ainda é possível defender a idéia de que a melhor política penal é uma boa política social.

³⁷ Sobre a teoria da co-culpabilidade, cfr. Karam (1994, p. 125), Zaffaroni *et al.* (2003).

Ao homem não pode ser reservado o papel de matéria prima da indústria de controle dos delitos, principalmente quando propositalmente excluído das mínimas possibilidades de coexistência social, exatamente por aqueles que querem lucrar com a miserabilização de grandes contingentes da população mundial.

Em última instância, quando a pena de prisão se fizer imprescindível, insubstituível por outras formas de controle social, devem ser conferidos ao homem criminoso – assim reconhecido formalmente por um processo penal cercado de todas as garantias que lhe são iminentes – todos os direitos que lhe são devidos pelo simples fato de ser uma pessoa humana e assim plena de dignidade. Não se pode olvidar que

Perante o contubérnio histórico, em muitos de nossos países, entre o público (mero aparelho dos interesses oligárquicos) e o privado (apenas representado pelos 'cidadãos' economicamente qualificados), a privatização da execução penal não passa de emblemático retorno às normas e práticas do direito penal do escravismo. É nosso dever declarar, bem alto, que uma pena que se afaste demasiadamente do Estado começa a chamar-se vingança. (BATISTA, 1996, p. 73)

Quanto à paulatina segregação das pessoas menos favorecidas em espaços obrigatórios – no Brasil favelas – e a proibição de acesso destas mesmas pessoas a tantos outros locais públicos que aos poucos vão se fazendo controlados por uns poucos privilegiados, à força da segurança privada – como já acontece em relação aos locais de moradia e trabalho dos bem-nascidos –, tem-se que esse tipo de atitude fulmina a democracia.

O controle privado da segurança pública caminha de mãos dadas com o Direito Penal paralelo e, o pior, com o Direito Penal subterrâneo. Tais práticas privadas de controle da exclusão social estão ligadas ao extermínio, ao genocídio social dos excluídos³⁸.

³⁸ Segundo Zaffaroni *et al.* (2003, p. 52-53; 69-70), o sistema penal subterrâneo é exercido pelas agências executivas de controle – portanto, pertencentes ao Estado – à margem da lei e de maneira violenta e arbitrária, contando com a participação ativa ou passiva, em maior ou menor grau, dos demais operadores que compõem o sistema penal. O sistema penal

Sempre que os problemas sociais são enfrentados através de punições, lícitas ou ilícitas, enfraquece-se a democracia na mesma proporção em que se fortalece a dominação de classe.

Segundo Zaffaroni *et al.*(2003, p. 99),

Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços de dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.

Assim sendo, ante todos os percalços que se levantam contra a materialização da cidadania, percalços esses que a todo instante se erigem, conseqüentemente, como enormes obstáculos contra a efetivação da democracia, imperioso que se estabeleçam sérias políticas públicas que objetivem a diminuição das desigualdades sociais e da injustiça social que fulmina os direitos humanos; há que se levantar, portanto, um muro de proteção à liberdade do homem.

As pessoas oprimidas têm necessariamente que se opor às imposições políticas cujo escopo é a manutenção de privilégios espúrios, objetivando, sem possibilidades de negociação, o alcance de uma liberdade plena.

O alcance de tal desiderato, a liberdade do homem, no sentido de poder usufruir de condições de vida adequada, permitirá o engajamento político

paralelo, por sua vez, é exercido por agências que não fazem parte do discurso manifesto do sistema penal, mas que, como aquelas, exercem poder punitivo. O sistema penal subterrâneo, institucionaliza a pena de morte, desaparecimentos, torturas, seqüestros, exploração do jogo, da prostituição, entre outros delitos. Os sistemas penais paralelos punem com a mesma impetuosidade: banimento de atletas pelas federações esportivas em caso de doping, sanções administrativas que inviabilizam empreendimentos comerciais, multas de trânsito de elevado valor, entre outras.

e fará com que as escolhas sejam direcionadas para a ampliação da democracia, para a resistência contra a tendência imanente dos que dominam de explorar os dominados e, principalmente, para uma diminuição drástica da utilização do Direito Penal e para a abolição de seu uso como forma de contenção das insatisfações dos menos favorecidos.

Nos anseios de Baratta (1999, p. 201),

Uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de 'substitutivos penais', que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas...

Destarte, o Direito Penal só poderá ser recepcionado pelo conceito material de democracia, no momento exato em que conseguir superar a seletividade em sua aplicação, os efeitos simbólicos que lhe permeiam e a deletéria estigmatização daqueles que sofrem suas conseqüências, ou seja, quando não mais for utilizado como instrumento que assegure as desigualdades sociais.

Mais do que nunca é preciso ter em mente que com o povo oprimido, espoliado e renegado pelos sistemas políticos, não pode haver exercício de cidadania; com exclusão social gerando abismos sociais, não pode existir solidariedade nem unidade comunitária; com dependência de capitais externos que gera total submissão econômica, não pode haver soberania; com a exploração do homem pelo homem, não pode haver respeito aos direitos humanos, não pode haver justiça, nunca se alcançará a paz e a harmonia social e muito menos um Estado democrático em sua forma substancial e, portanto, compatível com a vigente Constituição Federal.

5. Possibilidades e limites da pena privativa de liberdade

O ponto de partida para configuração de um novo pensamento na esfera da execução da pena privativa de liberdade não pode afastar-se da análise relativa à violência estrutural, entendida esta como repressão das necessidades reais das pessoas.

Tal violência não seria tão grave e espúria, não fosse o fato de que a repressão das necessidades de muitos satisfará a opulência de poucos³⁹.

Segundo Baratta (1993, p. 47), “A violência estrutural é uma das formas de violência; é a forma geral de violência em cujo contexto costumam originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência”.

Neste contexto, de ampla violência estrutural, originada pelo egoísmo de consumo, as minorias privilegiadas escamoteiam a origem da mesma e apontam em direção à criminalidade como causa principal de todas as querelas sociais.

Assim, o grande problema social e político a ser enfrentado é a violência, reconhecem os detentores do poder, entretanto, como sinônimo de criminalidade. Não a criminalidade dos poderosos, de colarinho branco ou dourado, causa de erosão social, e sim a criminalidade visível, tosca, de sangue, estampada na mídia diariamente como fator garantidor de audiência.

Neste ponto dá-se a convergência de ambas as formas de violência, a estrutural, gerada pela prática dos crimes imanentes aos poderosos, cujo fim precípua é a manutenção do supérfluo e, por via de consequência, do *status quo*, e a violência criminal, decorrente, no mais das vezes da violência estrutural.

³⁹ Há muito tempo Foucault (2002, p. 132) chamava a atenção para o fato de que “A prisão fabrica delinqüentes, mas os delinqüentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinqüentes servem para alguma coisa”.

Tal convergência atinge seu paroxismo quando, em razão do pretense combate à criminalidade comum, os privilegiados, reprimem com violência física, leia-se sistema penal, as reivindicações daqueles que são vítimas da violência estrutural.

Em suma, o Direito Penal é o mais eficaz e efetivo meio de controle social, não de resolução de conflitos sociais⁴⁰.

Já há algum tempo a doutrina antecipava o problema, chegando Vervaele (1992, p. 69) a questionar: "A pena como resposta à criminalidade, ou a pena como resultado de processos sociais de criminalização? Estas duas visões do penal e da pena dominam, hoje, o debate, no momento em que a crise do Estado-Providência coloca em questão a relação entre poder político e *società civile*".

Do exposto deduz-se que o Direito Penal atua sobre as conseqüências e não sobre as causas da violência, sobre comportamentos que levam aos conflitos e não em razão da origem de tais comportamentos. Intervém sobre pessoas e não sobre situações, sempre reativamente, nunca preventivamente, ou seja, depois que as conseqüências do delito já se produziram e não podem mais ser eliminadas, quando muito, reparadas. (BARATTA, 1993, p. 50-51)

Logo, que função poderá cumprir a efetiva execução da pena de prisão dentro das relações sociais sucintamente traçadas nas linhas acima? Karam (1994, p. 116) é categórica ao afirmar que "A pena só se explica – e só

⁴⁰ Sobre o tema, cfr. artigo de Dornelles (1997, p. 103-120), em que a tônica se dá em torno da afirmação de que "No Brasil, a polícia, como a prisão, tem o papel de intimidação absoluta, através do terror, daqueles segmentos sociais que ameaçam os privilégios das elites". Neste ponto continuam válidas as observações feitas por Rusche e Kirchheimer (1999, p. 18;32) de que "[...] todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção. [...] Quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fim de dissuadi-las do crime". Especificamente sobre a macrocriminalidade financeira cfr. Cervini (1999, p. 111-120).

pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder”, contribuindo desta forma, para manutenção das relações desiguais de propriedade e acesso aos bens, que na maioria das vezes se constituem em necessidades fundamentais⁴¹.

Pela pertinência em relação ao assunto, transcrevemos na íntegra o posicionamento de Baratta (1993, p. 54):

Em geral, a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, devido à atitude de pessoas e não a existência de conflitos sociais, produz um desvio de atenção do público, dirigida principalmente ao ‘perigo da criminalidade’ ou às chamadas ‘classes perigosas’, ao invés de dirigir-se à violência estrutural. Neste sentido, a violência criminal adquire na atenção do público a dimensão que deveria corresponder à violência estrutural, e em parte contribui a ocultá-la e mantê-la.

Já na sua gênese, a pena privativa de liberdade se mostrou como instrumento a serviço dos interesses das classes privilegiadas, funcionando o cárcere como instituição de domesticação e disciplina dos grupos marginalizados da sociedade⁴².

Tomando-se em conta a argumentação exposta, que o Direito Penal não cumpre a importante função de limitação do poder punitivo, razão de ser de sua moderna existência, e que as penas, na verdade, objetivam cumprir funções não declaradas, posto que nem internamente, dentro do sistema dogmático de análise, conseguem chegar a uma fundamentação e legitimação plausível e factível, resta-nos buscar alternativas.

⁴¹ Sanguiné (1992, p. 124) chama a atenção para o fato de que “A lei simbólica, portanto, é expressiva, representa um gesto feito para exaltar os valores de um grupo social e desacreditar os valores de um outro grupo, uma vez que sempre os símbolos têm a função de fazer reconhecer os amigos dos inimigos”.

⁴² Detalhadamente, Rusche e Kirchheimer (1999), Melossi e Pavarini (1985), Foucault (1993), Guimarães (2007). Atualmente, Rivera Beiras (1996, p. 106, tradução nossa) entende que “O cárcere (e as normas que o sustentam), não poderá ser compreendido em sua verdadeira dimensão, se não se admite que o mesmo não é mais, nem menos, que a representação de uma das diversas estratégias de controle social/penal de um determinado Estado”.

Qualquer alternativa preocupada com a diminuição das desigualdades e, portanto, comprometida com a democracia, parte necessariamente da redução inexorável do poder punitivo.

Talvez a solução não seja tão nova, o moderno Direito Penal se baseava no discurso Iluminista de contenção do poder punitivo que chegou ao extremo no absolutismo despótico. O que há de novo, talvez, é a constatação do absoluto descontrole em face do direito de punir, que já se faz identificar sob os nomes de sistema penal paralelo e sistema penal subterrâneo.

Tal fenômeno se dá em razão da ínfima capacidade operacional das agências do sistema penal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Agências de execução da pena) no âmbito da legalidade. Em suma, o déficit operacional é compensado pelo amplo desrespeito ao que é estatuído legalmente. Não mais se investiga, tortura-se; não mais se fiscaliza; silencia-se; a tão necessária verdade real objetivada pela persecução penal transforma-se em verdade política, alimentada por interesses particulares. Há uma conivência disfarçada entre as autoridades constituídas que absurdamente administram o desrespeito às leis.

Ademais, há uma troca na ordem das agências do sistema penal, haja vista que em relação à importância decisional, é dizer, à hierarquia do órgão que define o alcance do poder punitivo e que deveria seguir a ordem lógica de Poder Legislativo, Ministério Público e Magistratura, e por fim Polícia, não é isso que se observa na realidade; houve uma inversão total de papéis. “[...] Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico [...] Na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida”. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 51)

Na realidade quem decide sobre a criminalização é a Polícia, através de seus filtros e formas de punição paralela⁴³, sobrando para as agências judiciais os poucos casos a elas remetidos pelos órgãos policiais, sendo desnecessário tecer maiores comentários acerca do poder do legislador, que, obviamente, não tem qualquer influência no âmbito da seletividade e da cifra oculta da criminalidade.

E neste ponto se configura um terreno fértil para o arbítrio, já que o efetivo poder de controle social, não passa pela criminalização secundária, na qual, pelo menos, haveriam de ser respeitadas as garantias do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, ficando, isto sim, no âmbito das agências repressoras – Polícia Militar, Civil e demais funcionários públicos com poder de polícia – a maior parte do controle da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências políticas ou judiciais.

É o controle fora de controle, no qual as agências executivas exercem poder punitivo à margem de qualquer legalidade.

Não obstante os graves problemas apresentados em relação ao poder punitivo do Estado, resta outro mais grave que é o da própria legitimação interna da pena, do discurso jurídico que tenta legitimar e racionalizar a aplicação da sanção penal, cujas proposições principais poderiam ser assim resumidas: o Direito Penal é um direito exercido segundo as leis (princípio da legalidade), que atinge todas as pessoas de forma igual (princípio da igualdade) e é exercido pelos operadores das agências do sistema penal de forma imparcial, com o objetivo de conter a criminalidade, seja através da retribuição para reafirmação do ordenamento jurídico, seja através da intimidação, da neutralização ou reeducação do criminoso.

⁴³ Sobre o funcionamento do sistema penal subterrâneo, amplo estudo sobre o modo de atuar na solução de conflitos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo foi realizado por Barcellos (2002).

Como todas as premissas fundantes são explicitamente falsas, o Direito Penal acaba legitimando todo o poder punitivo, diminuindo paulatinamente o poder das agências judiciais e expandindo o das agências executivas, com a grave conseqüência de estimular a ilegalidade.

Todo o discurso penal hoje pode ser condensado em um discurso bélico, ou seja, na guerra contra o crime. É bom que se lembre, na guerra não há leis, ou melhor, há a lei da guerra, segundo o qual tudo é permitido para vencer o inimigo⁴⁴.

Destarte, mister que se erija um novo pensamento, fundado no reconhecimento dos efeitos degradantes da prisão, da seletividade do sistema penal como realidade incontestável, do fenômeno da prisionização, da existência da cifra da criminalidade oculta, do poder descontrolado das agências executivas do sistema penal, do pequeno poder que detém as agências judiciais frente aos sistemas penais paralelos e subterrâneos⁴⁵.

Enfim, uma nova teoria da pena passa necessariamente pela desconstrução do que está posto⁴⁶, pela oposição a todo um discurso que impõe o consenso como forma de manutenção do poder, já que

Pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legitima – e sustenta – um poder diverso

⁴⁴ Esse discurso é imanente à própria civilização industrial que nutre uma cultura bélica e violenta. No âmbito do exercício do poder punitivo, a mídia e grande parte dos operadores jurídicos o projetam como guerra ao crime e aos criminosos. Como, segundo o discurso dominante, a guerra do crime é uma guerra suja, onde o inimigo – os criminosos vulneráveis – não jogam limpo, o Estado estaria autorizado a utilizar as mesmas armas, jogar sujo também, o que em termos jurídicos significa desrespeitar a própria lei por ele criada. Para aprofundamento no tema, Zaffaroni *et al.* (2003, p. 57-59), Karam (1996, p. 79-92).

⁴⁵ Sobre alternativas à prisão no Brasil, cfr. Batista (1990, p. 123-129). Sobre o futuro das prisões, cfr. Morris (2001).

⁴⁶ Elbert (1998, p. 115) assim define a atual situação do sistema penal: “Voltando a lógica do sistema vigente, apesar do melhor otimismo, temos que nos confrontar com inúmeros dados que anunciam seu colapso: a frondosa legislação permanece inaplicada em mais de dois terços, não diminui a tendência ao aumento da criminalização e das penas, perduram a desigualdade operativa e a sua função criminalizadora, as vítimas continuam relegadas, bem como as garantias do cidadão, persiste a deformação dos grupos policiais e a sua operatividade para-policial, enquanto cresce a impunidade dos que estão próximos a algum tipo de poder”.

exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de auto-realização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável. (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 75)

Uma das mais atualizadas teorias críticas sobre as funções da Pena⁴⁷ denomina-se “Teoria negativa ou agnóstica da pena”, que se resume em não acreditar que a pena possa cumprir, na grande maioria dos casos – nenhuma das funções manifestas a ela atribuídas.

Em razão de negar os possíveis efeitos positivos da pena⁴⁸, a teoria agnóstica se volta para a contenção do poder punitivo, da violência a ele imanente, dirigindo todos os seus esforços para as agências judiciais, como possíveis instâncias de contenção da criminalização desenfreada e de seus efeitos nefastos⁴⁹.

Bustos Ramirez (1992, p. 109-112) parte da necessária participação de todos os indivíduos que compõem o corpo social na definição e fruição dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal, o que acarretaria a inclusão do indivíduo nas relações sociais, pressuposto do Estado Democrático.

Dentro do jogo democrático – para o referido autor – os homens podem aumentar sua capacidade de liberação, de participação, de resolução, enfim, de seus conflitos sociais, devendo a pena oferecer alternativas em que todos devem deter a capacidade de participar.

Em síntese, propugna Bustos Ramirez (1992, p. 112):

⁴⁷ Detalhadamente, Zaffaroni *et al*. (2003, p. 60-78).

⁴⁸ “Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra”. (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 108)

⁴⁹ Dentro da linha de raciocínio proposta pela teoria agnóstica da pena, parte da doutrina aponta uma terceira via, que se consubstancia na reparação completa do dano como forma do autor eximir-se da pena. (RIGHI, 1991, p. 70-75)

Um direito penal de alternativas tem de reconhecer a capacidade das partes para solucionar seus conflitos e neste sentido deve propender a possibilitar um encontro entre autor e vítima, de modo que se produza uma reconciliação entre eles. [...] Deste modo, a reparação não somente é algo que surge do fato delituoso, mas é um elemento substancial da questão criminal, que conduzindo à reconciliação pode paralisar a intervenção do Estado.

Baratta⁵⁰ (1991, p. 253-255, tradução nossa) reconhecendo que a pena, quando muito, está apenas cumprindo o degenerador papel de neutralização, já que empiricamente comprovada a impossibilidade ressocializadora do cárcere, não desanima, advertindo que a “finalidade de uma reintegração do condenado na sociedade não deve ser abandonada, senão que deve ser reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente”.

Para tanto, adverte que a reintegração social daquele que delinqüiu não deve ser perseguida através da pena e sim apesar dela, vez que para efeitos de ressocialização o melhor cárcere é o que não existe e arremata:

Qualquer passo que possa dar-se para fazer-se menos dolorosas e menos danosas as condições de vida no cárcere, ainda que seja só para um condenado, deve ser olhado com respeito quando esteja realmente inspirado no interesse pelos direitos e pelo destino das pessoas detidas, e provenha de uma vontade de mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções sejam as de legitimar através de qualquer melhoramento a instituição carcerária em seu conjunto. (BARATTA, 1991, p. 254, tradução nossa)

Elbert (1998, p. 117-118) propugna por um total redimensionamento do sistema penal, em que a diminuição deste aliado à diminuição do encarceramento são medidas imperativas e urgentes, apontando concretamente para obtenção de tal desiderato “a descriminalização, a execução penal aberta, a prisão de fim de semana, os sistemas de semi-liberdade, os tratamentos terapêuticos em institutos especializados, as penas pecuniárias e as medidas de controle comunitário”.

⁵⁰ No referido artigo, Baratta elabora detalhadamente um programa com dez pontos, onde apresenta alternativas ao tratamento ressocializador.

Qualquer que seja a denominação utilizada, qualquer que seja a teoria, o importante são as bases de convergência de um novo pensamento sobre as penas em geral e, principalmente, sobre a pena privativa de liberdade em particular.

Opor-se, veementemente, à transformação do Estado de direito, de cunho social, em Estado de polícia, de cunho penal, é um compromisso daqueles que percebem a utilização do Direito Penal, em última instância, como um grande panótico, em que as garantias imanentes à pessoa humana são sacrificadas no altar de uma pretensa segurança.

Por todas as razões expostas, tem-se que não há mais como se discutir seriamente qualquer das funções manifestas atribuídas à pena de prisão, sendo sua limitação uma exigência impostergável de um Estado que possa ser denominado de democrático⁵¹.

6. CONCLUSÃO

Nunca é demais repisar que a crença nas idéias democráticas foi o fio condutor na elaboração do trabalho em tela e que é imperioso realizar intervenções que favoreçam mudanças urgentes na realidade social, posto que não se pode conceber um modelo político no qual as pessoas que compõem o quadro dos cidadãos não possam efetivamente receber tal denominação.

É preciso, sobretudo, não se esquecer da importância da inserção da noção do social nos termos Estado Democrático e Estado de Direito para que o aspecto meramente formal desses termos seja superado, pois, cada vez mais, torna-se imprescindível a delimitação de um contexto democrático mínimo no qual avanços sociais permitam às pessoas que compõem a sociedade exercerem plenamente o direito a ter direitos.

⁵¹ Um atualizado estudo sobre a expansão da pena de prisão pode ser visto em Mathiesen (2003).

Em face dessa concepção é ilógico – para não dizer irracional –, recepcionar passivamente a idéia de um Estado Mínimo, o qual concede o máximo possível de tarefas ao mercado e o mínimo de responsabilidades ao governo, pois tamanha irresponsabilidade possibilita não somente o encolhimento do processo político, como também consolida o exercício de todos os tipos de privilégios possíveis de ser auferidos pelos incluídos, sobrando aos excluídos, na esfera dos direitos de cidadão, somente os afetos ao âmbito eleitoral.

Concluir que se está longe da implantação de uma democracia substancial é por demais óbvio, pois, a falta de trabalho, de comida, de saúde, de moradia, de acessibilidade, de transporte, em resumo, de dignidade, desembocam no enquadramento do Estado como principal violador das regras por ele mesmo positivadas.

Necessário sim é demonstrar a existência de um contingente humano que, para muitos, não se trata de cidadãos – pois sequer lhes são impostas as condições de sujeitos escravizados pelo mercado de trabalho, cativos dos salários desprezíveis, obrigados a conviver com a humilhação e o constrangimento impostos àqueles que o neoliberalismo tem por “fracassados” –, vez que são uma massa despersonificada pela ineficácia programática legiferante, destituída de suas próprias sombras, ou seja, são não-sujeitos, chamados eufemisticamente de excluídos, levados em consideração apenas nas estatísticas que materializam a democracia formal.

É preciso, pois, ter em mente que a existência democrática perpassa por algo mais que um prato de comida, que garante mais um dia de sobrevivência, sendo necessário ampliar a noção de justiça social e o alcance da plenitude dos direitos garantidos constitucionalmente fundamentados na dignidade da pessoa humana.

Pensar contrário, relegar a segundo plano tais discussões, não pensar, ou mesmo contentar-se com respostas pré-moldadas fornecidas por um

discurso oficial, é fertilizar o campo para que os conflitos imanentes a uma sociedade dinâmica saiam da esfera do político para serem tratados em outras esferas, preferencialmente a do Direito Penal.

Nesse mister, não se pode olvidar que, hodiernamente, o Estado tem respondido antidemocraticamente à violência que produz, ou seja, responde à violência estrutural com a violência do sistema penal, afastando-se, aos olhos mais atentos, da idéia de que em estruturas sociais desiguais não será o sistema penal através de suas prisões que resolverá tal problema, e sim a implantação de políticas sociais que revertam essas condições de desigualdade.

A equação é bastante fácil: a violência estrutural atinge diretamente os direitos humanos, ferindo de morte a democracia. Ao invés de resolver os problemas estruturais e resgatar os direitos humanos estimulando a cidadania, a resposta do poder é repressiva, o que acaba por inviabilizar de vez os ideais democráticos. Logo, um sistema penal mais justo, que respeite os direitos humanos – e, acima de tudo, seja igualitário e mínimo, é a via para a superação da violência estrutural e, conseqüentemente, de resgate da democracia.

Destarte, é despiciendo fazer grandes ilações para se chegar ao denominador de que a ausência de cidadania se reflete, sobretudo, no elevadíssimo número de crimes contra o patrimônio ocorridos nesse grande teatro de controle social, pois se, de um lado, a sociedade do consumo determina que seus personagens vistam suas fantasias de consumidores e, de outro, não oferece fantasias suficientes, não será ilógico pensar que os excluídos possam tomar para si as vestes que são daqueles que a sociedade não excluiu.

Nesta senda, a insistência na idéia de que os problemas da democracia podem ser enfrentados através de mudanças na produção legislativa penal do Estado muito se assemelha a metáfora do pintor-caçador do

paleolítico – o qual pensava que com a pintura possuía a coisa mesma, pensava que com o retrato do objeto adquiria poder sobre o mesmo objeto; acreditava que o animal da realidade sofria a mesma morte que o animal retratado.

Assim sendo, o grande efeito de tais práticas é, indubitavelmente, a utilização do ser humano como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de eficácia falaciosa, nutrindo as tendências atuais de um direito penal máximo, que não somente edifica o autoritarismo penal, mas, sobretudo, infringe o princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, espanca o Estado Democrático de Direito.

Isto posto, não se pode prescindir da efetivação dos postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito para que se viabilize uma prática penal constitucional, pois a potencialização do Direito Penal como instrumento pedagógico de contenção, embasado numa pretensa idéia de defesa social, somente reproduz as características deletérias da sociedade capitalista neoliberal dentro do cárcere – afogando no mar-iniquidade tanto a democracia quanto a cidadania.

Portanto, é preciso romper o silêncio do individualismo para que a concepção de sociedade plural seja estabelecida através da percepção dos caminhos que realizam os Direitos Humanos, pois somente assim não se compactuará com o sofrimento proporcionado por um Estado que aprisiona pessoas pré-determinadas como forma de combater a pobreza e aferir lucro com a privatização-terceirização de presídios – fomentando um ciclo vicioso que, por um lado, maximiza a pobreza, o Direito Penal, o etiquetamento e a prisão, e, por outro, eterniza o Estado da desigualdade social.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993, 143 p.

_____. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, pp. 23-56.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. O triunfo de Lewis Carrol. A nova criminologia latino-americana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 129-148, 1º. e 2º. Semestres de 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, 145 p.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social Del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 251-265.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Tutela penal dos direitos humanos. Porta Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1993.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 254 p.

BARCELOS, Caco. **Rota 66**. 37. ed. São Paulo: Globo, 2002, 274 p.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, 191 p.

_____. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 69-77, 1 semestre de 1996.

BINDER, Alberto M. **La lucha por la legalidad**. Buenos Aires: Ediciones Del Instituto, 2001, 40 p.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, 207 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. 2v. Brasília: UnB, 1997. 1330 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, 230 p.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. A pena e suas teorias. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 90-113, jul./ago./set. 1992.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, 141 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, 1504 p.

CERVINI, Raúl. Macrovitimização econômica. **Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 7 e 8, p. 111-120, 1º e 2º semestres de 1999.

CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX.** História do pensamento político. Rio de Janeiro: Zahar, 1983, 776 p.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas públicas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, nº 4, pp. 103-120, 2º. Semestre de 1997.

ELBERT, Carlos Alberto. Alternativa à pena ou ao sistema penal. **Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade.** Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 113-119, 1º e 2º semestres de 1998.

_____. El nuevo rol del estado en América Latina y el control de la sociedad. **A sociedade, a violência e o Direito Penal.** Porto Alegre, p. 65-81, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2001, 223 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Ligia M. Ponde Vassallo. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, 277 p.

_____. **História da loucura na idade clássica.** 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002, 551 p.

GENRO, Tarso. **Crise da democracia.** Direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global. Petrópolis; Vozes, 2002, 189 p.

_____. Crise democrática e democracia direta. In: ROSENFELD, Denis L. **Democracia e política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 9-23.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Dirigente.** Curitiba: Juruá, 2006, 281 p.

GOULART, Clovis de Souto. **Formas e sistemas de governo:** uma alternativa para a Democracia brasileira. Porto Alegre: SAFE, 1995, 223 p.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 365 p.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007, 350 p.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Traduzido por Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, 374 p.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 6, 1994.

_____. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade.** Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 79-92, 1º semestre de 1996.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Tradução de Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 392 p.

LEFORT, Claude. **Pensando o político.** Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, 331 p.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia:** desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, 389 p.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre o conceito e a prática da cidadania – e sua dissolução no mundo neoliberal. In: **Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões. O adolescente e a modernidade**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000, p. 211-221.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, 142 p.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003, 313 p.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcel y fabrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX). 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1985, 237 p.

_____. Ideología y Derecho penal: el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p. 57-66, septiembre-diciembre, 1991.

MORRIS, Norval. **El futuro de las prisiones**. 6. ed. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 1991, 183 p.

MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. **História das doutrinas políticas desde a Antiguidade**. 4 ed. Traduzido por Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, 416 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998, 115 p.

_____. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal de Cultura, out. 2000, 60 p.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, 127 p.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 330 p.

OLIVEIRA, Luciano. Democracia e Direitos Humanos. In: ARGÜELO, Katie. (Org.) **Direito e Democracia**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, pp. 171-185

OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). **Insegurança pública**. Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002, 247 p.

PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: Diploma Legal, 2003, 128 p.

PAVARINI, Massimo. “Dentro” y “fuera” de la justicia penal (apuntes y reflexiones sobre las estrategias emergentes en las políticas criminales). **Doctrina Penal**. Buenos Aires, ano 8, p. 641-661, 1985.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, 136 p.

RIGHI, Esteban. **Teoría de la pena**. Buenos Aires: Hamurabi, 1991, 262 p.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Sociología de la carcel. In: BERGALLI, Roberto. **Control social punitivo**. Sistema Penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Carcél). Barcelona: Bosch, 1996, p. 97-120.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 274 p.

SANGUINÉ, Odone. Função simbólica da pena. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 114-126, jul/ago/set – 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, 878 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, ano I, v. I, nº. 1, p. 2-46, abril de 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a, 319 p.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b, 195 p.

TOURAINE, Alain. **¿ Qué Es la Democracia?** 2. ed. México: FCE, 2000, 309 p.

VERVAELE, John. As grandes teorias da pena dos séculos XVIII e XIX. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 3, p. 54-69, jul./ago./set. 1992.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001, 157 p.

WEFFORT, Francisco. **Qual democracia?** São Paulo: Companhia das Letras, 1992, 165 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 658 p.