

O DIREITO PENAL NA ERA DO DÉFICIT DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

CRIMINAL LAW IN THE ERA OF DEFICIT OF DEMOCRATIC INSTITUTIONS

João Carlos da Cunha Moura*

RESUMO: O presente texto objetiva analisar a significação subjetiva e déficit democrático no controle social. Para tanto, busca trazer aspectos referentes à consolidação das relações na sociedade complexa e seu consequente reflexo nas normas legislativas penais. A problemática exsurge da provocação acerca da relação entre o déficit democrático e a formação subjetiva de um “criminoso” que cria situações consideradas nocivas para a sociedade. Dividido em três momentos conexos, o texto aborda primeiramente a existência de um sujeito “criminoso”, um indivíduo que pertence a grupos ou fatores considerados de risco; seja pela propensão (escola positiva) ou pela seletividade (criminologia crítica). Após, parte para uma análise de como uma construção democrática conduziria a uma pacificação na sociedade, porém com o alavanco e a mobilização sociais permitidas por alguns processos democráticos, algumas pessoas que antes em certa medida seriam colhidas pelo sistema penal, terminam a passar para um lado (mesmo que imaginário) não selecionável. Finalmente, examina como as atuações de programas penais consequenciais (linha dura, tolerância zero, lei e ordem, entre outros) atuam apenas sobre o comportamento final, replicando mitos e afirmando que as causas da criminalidade são impossíveis de conhecer.

PALAVRAS-CHAVE: Controle social; criminoso; déficit democrático.

ABSTRACT: This article aims analyze subjective signification and the democratic deficit on social control. For this, investigate aspects referents to consolidation of relations in complex society and its consequent reflex in penal law. The problematic arises from the provocation about the relation between the democratic deficit and the subjective formation of a “criminal” which creates situations considered harmful to the society. Divided in three connected moments, this text address first the existence of a subject “criminal”, an individual that belongs to groups or factors considered of risk; likely propensity (positive school) or selectivity (critical criminology). Then, goes to a question of how a democratic construction would conduct to a pacification of society, nevertheless with the social ascension and mobilization permitted by some democratic processes, some people before gathered by a penal system, now trespass to a side (notwithstanding imaginary) not selectable. Finally, examines how actuations of penal consequential programs (hard lines, zero tolerance, law and order, and so on) act only upon the final behavior, replicating myths and affirming that causes of criminality are impossible to know.

KEYWORDS: Social control; criminal; democratic deficit.

1 INTRODUÇÃO

O Direito surge como o conjunto de regras e benefícios que transpõem uma série de relações em dada sociedade. Dentro dessa perspectiva a divisão do Direito em áreas do conhecimento termina por setorizar as mais diversas formas de relações. Ocorre que, com a

* Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

gama incessante de relações cada vez mais líquidas o Direito não alcança a resolução ambicionada por quem se dirige ao e pelo Direito para tanger suas relações.

A partir dessa perspectiva, quando um direito é desviado ou interrompido, existe uma necessidade de que o próprio Direito tome esta relação e controle a ordem, isto é, precisa impor sua força sobre o ato praticado. Assim, o Direito Penal termina como um âmbito do Direito por excelência de controle formal dessas desvirtuações, sendo a seara do Estado monopolizador da violência que atinge o indivíduo quando observado o desvio da norma.

Ocorre que é necessária uma prévia análise dos anseios por parte de uma sociedade que se baseia por intermédio de instituições frágeis, contaminando assim o grosso do seu ordenamento jurídico. É preciso entender, então, que o arcabouço normativo de uma dada sociedade são também escolhas políticas que devem de uma série de relações e não de dados *a priori*.

Para entender o reflexo de uma sociedade com déficit democrático, o presente texto vem debater a existência de um sujeito “criminoso”, qual seja, o indivíduo que pertence a grupos ou fatores considerados de risco; seja pelo viés da aptidão ao crime (conforme ensina a escola positiva) seja pelo viés da seletividade (conforme descreve a criminologia crítica).

Feita tal aproximação, parte-se para uma análise de como uma construção democrática conduziria a uma estabilização da ordem na sociedade, porém a mobilização social advindas por alguns processos democráticos, algumas pessoas que antes em certa medida seriam colhidas pelo sistema penal, terminam a passar para um lado (ainda que alegórico) não selecionável.

Por fim faz-se um exame do reflexo do déficit democrático na sociedade e apontam-se argumentos que contrariam os mitos que se propagam no “combate ao crime”. Assim, tem-se um breve exame de como as atuações de programas penais consequenciais (linha dura, tolerância zero, lei e ordem, entre outros) atuam apenas sobre o comportamento final, replicando mitos e afirmando que as causas da criminalidade são impossíveis de conhecer.

2 E HOJE, QUEM É O “CRIMINOSO”?

As teorias criminalistas em sua longa caminhada histórica sempre atuam no sentido de buscar conhecer e neutralizar o cometimento de crimes e para tanto norteiam sua atuação no vislumbre de um sujeito que comete crimes, isto é, focam sua análise nos sujeitos após estes praticarem atos contra a lei ou na prevenção de tais atos. Dessa maneira, da Escola

Clássica até a Criminologia Crítica existe o sujeito “criminoso”: aquele indivíduo que pertence a grupos ou fatores considerados de risco, seja pela propensão (escola positiva) ou pela seletividade (criminologia crítica). (SENTO-SÉ, 2011, p. 11)

Isto implica dizer que as teorias que estudam as bases criminológicas do Direito Penal buscam em certa medida designar uma espécie de inimigo contra o qual se deve estar atento. Este “inimigo” ora é um indivíduo e suas atuações não expectáveis, ora é o próprio Estado e seu monopólio da força em nome da segurança. Castro (2011, p. 265) afirma que apesar dessa busca pelo reconhecimento de um ente inimigo as teorias acabam convergindo ao mesmo padrão neutralizante de atuações do poder violento (seja das pessoas, seja do Estado).

Assim, o sujeito criminoso não está disperso como no tecido social, mas concentrado em determinadas identidades. Em outras palavras, parece convergir o caminho entre as teorias criminológicas para o positivismo empirista lombrosiano que estigmatiza pelas condições nas quais os sujeitos se apresentam. Por exemplo, o estigma do condenado por determinado crime e que cumpre pena sofre sanções colaterais simbólicas por parte da sociedade: preconceitos que geram desemprego e outras consequências que impedem a reinserção social (UGGEN; MANZA; THOMPSON, 2006, p. 296).

No campo estatal esta criminalização é observável pela estigmatização dos denominados “políticos”: o campo político realça suas figuras com base em um diferencial de quem tem a legitimidade para ser “um político” e para quem é militante. Assim, existe uma espécie de direito de exercer determinado cargo ou posição política a estes sujeitos, ou já calejados pelos extensos mandatos ou pelo conhecimento do jogo de disputas político-partidárias, é dada a legitimidade para sempre atuar como representante. Isto significa que só faz política quem é reconhecido com uma característica de “político”. Logo só faz política ou atua politicamente aquele sujeito que se eleva na figura de “político”. Este sujeito acumula capital simbólico e é mais uma prova de que o fator relacional é importante para uma (des)legitimidade do seu agir político. (BOURDIEU, 1989, p.174)

Porém, aqui terminam as coincidências, pois elas são pertinentes apenas aos estigmas no que tange às expectativas frustradas que permeiam esses sujeitos: ainda existam tais estigmatizações, apenas uma parte é selecionada pelo Sistema Penal. Existe na sociedade a criminalização dos sujeitos, entretanto apenas alguns destes são punidos. É importante observar quais são os crimes puníveis e quem são os criminosos puníveis. Christie (1999, p. 51) afirma que a criminalidade é intrínseca às decisões políticas e culturais dos crimes a serem punidos com encarceramento e não com a propriamente dita evolução da criminalidade.

Instituições de pouca força fazem com que a corrupção e os crimes que envolvem dinheiro público pareçam menores e sirvam apenas para estigmatizar os seus praticantes, sem, no entanto, advir qualquer persecução penal frente a estes¹. A retribuição aos crimes, dessa forma, transcreve valores burgueses: é possível perceber que a seletividade no que se relaciona aos crimes patrimoniais e contra a vida são os principais responsáveis pelo encarceramento na sociedade brasileira, ou seja, crimes que tem mais possibilidade de ser cometidos dentro dos espaços elitistas por pessoas não pertencentes a tais classes. (PASTANA, 2009, p. 133)

Visto de maneira absoluta o sujeito considerado criminoso é um sujeito excluído das possibilidades de integração. Segundo estudo nos Estados Unidos apresentado por Ungger et. al. (2006, p. 291), homens e minorias raciais são vastamente representadas no sistema de justiça penal em números comparados relativamente ao resto da população.

Tal efeito criminalizador da pobreza é um fenômeno que se transmite através da cultura neoliberal que instaura a necessidade de estar dentro do mercado de consumo. Para Bauman (1998, p. 53) as classes que assim se mantêm excluídas são consideradas perigosas, justamente pela possibilidade negada de adentrar tal mercado. Entretanto, cria-se o mito de que o sentido da ordem social é colocada dentro dessa lógica do consumo. Logo, ao estar à margem dessa ordem é estar desviando-se dela. Elias (1994, p. 33) alerta para esse pensamento absoluto das oportunidades, visto que a sociedade tal como se apresenta deixa “apenas um campo irrestrito e unilateral para as faculdades e inclinações do indivíduo”.

Dessa maneira, os sujeitos deixam de ser percebidos como fruto de decisões e consequências políticas, sendo considerados como “entregues”, isto é, dotados daquela identidade ou daquelas capacidades consequentes de sua identidade, não obstante a falta de políticas para o desenvolvimento das tais capacidades. Sociedade e indivíduos se separam como elementos que se excluem a si mesmos (ELIAS, 1994, p 36).

Segundo Foucault (1999), o sujeito é constituído a partir de uma série de dispositivos que devem ser observados de acordo com o momento no qual está inserido. É necessário, então, para que se entendam as formações subjetivas, perceber como as instituições que fazem parte desse especial controle constroem o sujeito. Assim, para entender quem é o sujeito “eu” que se forma, é preciso observar como funcionam os sistemas de

¹ O caso “mensalão” termina por ser apenas uma resposta do Judiciário (como máquina estatal) ao clamor popular pela mera possibilidade da punição de uma classe considerada “criminoso”, porém blindada, para que se reavivasse um mítico “senso de impunibilidade” para a política nacional. Entretanto o que se percebe é que não houve, até o momento, a mudança institucional que deveria advir de um episódio de tamanha magnitude, tanto por parte da sociedade quanto por parte da máquina estatal.

empoderamento e de relações de poder. Foucault (1999, p. 33) assinala que o sujeito é fruto de relações de poder e não fruto de imposição de poderes. O poder é um sistema circular, não um fim ou um algo do qual se apropria, mas que se exercita, é o intermediário das relações. O sujeito nada mais é do que o efeito do poder.

Para Bauman (2009, p. 54-55) tornou-se hoje muito importante e fonte inesgotável de condução de políticas econômicas e de acumulação de capital (simbólico ou não): a segurança pessoal baseada no discurso do medo e insegurança nos espaços urbanos. O “capital do medo” pode ser transformado em qualquer outro capital: lucros políticos ou econômicos.

Como se pode notar a ação do assim denominado “cidadão de bem” está dentro de uma chancela legitimada socialmente. A esse espaço subjetivo devem ser oportunizadas todas as armas (simbólicas) para se defender de um “outro”. Bauman (2005, 106-107) define esse “outro” não querido, como o refúgio social, no qual o discurso jurídico penal estabelece um *locus* todo especial de subjetividade. Trata-se de separar esse “outro” do espaço social, excluí-lo e eliminá-los.

A principal fonte de mediação dessas relações entre os sujeitos se dá por meio do direito. A mediação da relação pelo direito garante a possibilidade de fixar os sujeitos em suas determinadas posições. O direito moderno dessa forma é um arcabouço de direitos privados e que também são privativos. Isto quer dizer que o sistema jurídico termina por se adequar a um sistema de regras coercitivas e procedimentos impessoais que abarcam, em certa medida, todas as situações fáticas. Isto acontece porque o Direito atua em um duplo sentido: ora é conjunto de regras, ora são prerrogativas, benefícios (SCHUMACHER, 2006, p. 84).

O Direito Penal, nessa direção, atua como uma arma que define sujeitos entre bons e maus. Ora, se o que está circunscrito dentro dos códigos criminais é dado como ilegal, sendo um crime nada mais do que a violência codificada na lei penal: são partes de uma lista de atos que afetam um bem jurídico da vida com violência desproporcional, logo quem pratica o ato inscrito é, por via de consequência interpretativa, um criminoso (ADORNO, 2012, p. 72)

Bauman (2005, p. 106-107) explica que o principal arcabouço do discurso jurídico de geração de fixação de condutas é o discurso penal. É o sistema penal que oferece as perspectivas de estabelecimento de comportamentos. A ilegalidade da conduta é o que supre a ânsia pelo agir corretamente e agir corretamente é estar dentro da lei, jamais à margem. O “outro”, portanto, é visto como inadequado e precisa ser neutralizado. Uma vez que só pode

ser removido legitimamente do convívio se atuar fora dos limites jurídicos, o “outro” encontra-se sempre cercado pelas fronteiras do discurso do Direito.

O que se percebe em situações limite da lei penal é a mudança do *locus* do conflito para o “outro”. Costuma-se delegar as responsabilidades para o “outro”, este responsável direto pelo seu ato, sua criminalidade é um atributo próprio. O outro, na perspectiva de subjetivação, é o signo da falta, em outras palavras, falta “eu” no “outro”. Tal afirmativa remete à lógica cotidiana de se dar à terceira pessoa do plural (eles, os “bandidos”, os “políticos”, “aquele povo”) o espaço do ato praticado, enquanto o “eu”, termina por ser apenas a vítima das circunstâncias, relação de via de mão única, silenciosa e ao mesmo tempo ambivalente, construída diacriticamente e posicionalmente (SCWARTZ, 2012, p. 106).

O desvio é o produto da iniciativa no sentido menos amplo e mais particular também. Uma vez que uma regra começa a existir, deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata de marginais e desviantes criada pela nova regra possa ser povoada. Os transgressores devem ser descobertos identificados e julgados (ou vistos como diferentes e estigmatizados por sua não-conformidade, como no caso de grupos desviantes legais, [...]). Essa tarefa base, geralmente, aos muitos impositores profissionais que, ao imporem regras já existente, criam desviantes específicos encarados pela sociedade como marginais. (BECKER, 1977, p. 121)

Nesse aspecto Ungger et. al. (2006, p. 299 ss.) problematizam as posições sociais desse sujeito considerado criminoso. Para os autores, o criminoso é observado em três modelos: a) como casta; b) como classe; c) como grupo de *status*. Como casta o sujeito seria um “mal por natureza” ou um “nascido desta forma”; o que o leva a constantemente promover atos ilícitos. A partir do conceito de classe criminosa, o sujeito é visto como participante de determinados espaços e grupos constituídos que tem grandes chances de enveredar pelo mundo do crime; sendo limitada tal classificação, por não promover uma visão ampla da estratificação da ordem social. Como grupo de *status*, adequa-se o(s) “outro(s)” como um sujeito reconhecido entre os próprios estigmatizados, ou seja, a depender do crime (se de maior ou menor gravidade) o sujeito é visto como “perigoso” ou como mais um; nessa última classificação, parece existir um microsistema criminal próprio tanto no imaginário popular, quanto nas comunidades que se identificam por compartilhar as similares chances na vida.

Retornando ao ponto inicial deste estudo, percebe-se então que as teorias criminológicas tendem a destacar a ideia do indivíduo criminoso, isto é, “um indivíduo comum, dotado de aptidões medianas de que dispõe qualquer cidadão e motivado pelo principal recurso que são investidos os homens e mulheres em geral: a utilidade” (SENTO-SÉ, 2011, p. 31-32).

Significa dizer que o sujeito criminoso sempre esteve lá colocado, fixado, modelado, porém sem o foco nele próprio, mas no ambiente, excluindo a circunscrição subjetiva que busca prevenir ou promover determinadas ações. Esse problema, no entanto, deve ser visto sob a ótica do exercício da democracia.

3 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO E OS EFEITOS NO DIREITO PENAL

A ampliação e complexidades da sociedade superam muitos esquemas fixadores de relações. Esse novo modelo integracional nos Estados faz surgir relações espontâneas entre sujeitos autônomos e diferentes entre si. As identidades se atravessam formando sujeitos extremamente complexos, o que torna mais complexa a gama de interações entre as pessoas.

Nessa senda, O'Donnell (1998, p. 39-40) diz ser curioso notar que os processos de redemocratização nos países da América Latina pós ditaduras traz consigo uma série de implicações no tecido social. Com a redemocratização das instituições a democracia se tornou muito mais uma aposta coletiva do que um modelo de interrelacional: as pessoas aceitam (mesmo a contragosto) que “eu” e “outro” tenham os mesmos direitos – pelo menos em uma esfera formal.

As democracias parecem ser continuamente ameaçadas por tensões endógenas e paradoxos, pela fraqueza de algumas instituições em detrimento da força de outras que podem ou não atravancar os processos democráticos em si mesmos. Karstedt (2010, p. 3) afirma, por exemplo, que a regra da maioria imposta a grande parte das democracias no mundo pode implicar em dominação e autoritarismo e depende da submissão, mas ao mesmo tempo pode implicar uma forte resistência, o que provoca um contrabalanceamento de forças. No entanto, continua a criminalista, as democracias geram interdependências individuais e altos níveis de conformidades. Dessa maneira, se vista de maneira atávica e superficial as democracias se tornam um amplo leque de oportunidades de desvios e comportamentos não desejáveis, o que simultaneamente reduz o desejo de fazer o que uma democracia permite, diminuindo o senso de compartilhamento das instituições.

Sob o discurso da igualdade perante a lei, os sujeitos inscritos em democracias criam uma sensação, contraditória é verdade, de segurança e insegurança simultâneas. Adorno (2012, p. 75) afirma que muitos acreditavam que a reconstrução democrática conduziria a uma pacificação na sociedade, porém com o alavanco e a mobilização social permitidas por alguns processos democráticos, algumas pessoas que antes em certa medida seriam colhidas pelo sistema penal, terminam a passar para um lado (mesmo que imaginário) não selecionado.

Como, segundo o sociólogo, “o crime segue a rota da riqueza” as relações se tornaram menos polarizadas, dualizadas, transformando-se em relações horizontais que tornam de certa forma a sociedade brasileira a seguir uma mobilidade vertical de mudança de classe econômica.

Tal aspecto, no entanto, gera desconforto em determinados seguimentos sociais. O avanço social traz consigo um aumento de pertencimento ao local ou espaço subjetivo. No Brasil, por exemplo, ao longo de algumas décadas (mesmo antes da constituinte de 1988), movimentos de cunho social relacionados a grupos identitários (negros, mulheres e LGBT, principalmente) se tornaram comuns e tiveram papel importante nas lutas políticas e no processo democrático.

Ocorre que, por conta dos estigmas, os sujeitos das relações terminam por pautar suas interações com base na desconfiança: muito mais por conta de uma desconfiança classista (conforma dito acima), do que por um real perigo. A democracia gera nas classes as possibilidades de mobilização do seu *status* e identidade. Logo, o protagonismo de uma classe pode ser considerado arriscado ao movimento de outra classe. Não se trata tanto de falar em classes mais abastadas sentirem-se incomodadas com ascensões e protagonismos de camadas populares, mas a superposição de desconfianças mútuas. Foi esse o motivo que levou a democracia a se submeter a processos eleitorais: pela possibilidade de o próprio povo não saber governar, resta a possibilidade de saber escolher. Assim, a escolha dos representantes recairia sobre aqueles indivíduos mais aptos a institucionalizar adequações à complexidade da vida moderna. (AGUIAR, 2011, p. 629)

Porém, é de servir de alerta a mensagem dada por O’Donnell (1995, p. 59) na qual o autor afirma que a participação democrática aumenta o nível de mediação e agregação entre os fatores estruturais dos diversos grupos sob os quais a sociedade organiza seus múltiplos interesses. Por isso, uma instituição democrática forte, mesmo informal, que não se institucionalize perde força para outras instituições não formais que tomam espaços funcionais de bastante praticidade operativa (por exemplo, a corrupção).

O fato de garantir liberdade e autonomia (consequência da garantia contemporânea de direitos civis – sem concretização – antecedentes a direitos políticos), as democracias se tornam fontes de relações imprevisíveis, e o direito surge como mediador dessas relações. (O’DONNELL, 1998, p. 43). O império da Lei se torna uma perspectiva das sociedades, então se propõe uma ordem reificada: mantida de forma indelével, como se existisse por si mesma, a ordem independe das relações e interações que ocorrem dentro do seio social. A ordem tornar-se então o objeto desejável os modelos legais e suas expectativas se pautam nessas normalizações, assim, o Direito Penal surge como um elemento essencial

nas ordens chamadas democráticas para a prática dessa imaginária ordem social. Apontando entre os cidadãos os “demônios” que surgem para abalar a ordem democrática (SOARES, 2012, p. 91).

Não obstante as tendências homogêneas pela sociedade, alguns modelos de legislação penal ao abarcar o maior número possível de condutas tornam algumas democracias similares a despotismos, tudo chancelado pelo próprio povo. É que as instituições que definem o as regras do jogo solicitam um mínimo acordado entre a sociedade. Entretanto o modelo de representatividade e delegação de responsabilidades cria a comodidade que apenas aceita o imposto pelos legisladores. Ao olvidar que os representantes são reflexo das escolhas, as leis promulgadas serão também reflexo dessa sociedade. Alie-se a isso o fato de as leis por si só não garantirem o seu cumprimento, o que gera uma sensação de desconfiança ainda maior às pessoas inseridas em determinados contextos. Dessa forma, as democracias do planeta parecem estar enfrentando inimigos e desafios encorajadores em torno da justiça e da ordem social. (KARSTEDT, 2010, p. 4)

O’Donnell (1998, p. 44 ss) compartilha da ideia e afirma que existem uma série de fatores que deslegitimam certas práticas democráticas. Os principais elementos são: falhas na legislação existente e a aplicação da lei. Aponta o jurista argentino que se a legislação é falha sua aplicação também será.

Na América Latina há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é atacada, de torcê-la em favor dos poderosos e da repressão ou contenção dos fracos. [...] cumprir voluntariamente a lei é algo que só os idiotas fazem e, segundo, estar sujeito à lei não é ser portador de direitos vigentes, mas sim um sinal seguro de fraqueza social. (O’DONNELL 1998, p. 44)

As falhas legislativas no que tange ao Direito Penal não define bem o que ou quais são os bens penalmente tutelados (CASTRO, 2009, p. 275).. Assim, o Estado se faz presente em momentos distintos e contrastantes: como assegurador social em determinados momentos para uma classe mais baixa, mas também como aparelho repressivo a esta mesma classe.

Essa dupla ação de busca de inimigos, posto que tal criação retira o sujeito da sociedade e retira suas características e qualificações de ser cidadão, ao excluí-lo e com isso deixando-o à margem da democracia, aniquila os seus direitos de cidadania, direitos subjetivos básicos. Abandona esses setores populacionais para que se autotutem, ao arripio dos meios institucionais garantidos em constituições e códigos e obriga esses sujeitos a estar em um meio social onde se confundem o legal e o ilegal, estado perfeito de reprodução de

transgressões. Dessa maneira surge um mote excepcional de controle pelo aparelho repressivo estatal em nome da democracia: integra as pessoas, porém também se criminaliza. E ao que parece as democracias apenas se tornam legítimas se punir determinados fatos que atentam contra a sua ordem. (CASTRO, 2009, p. 265)

Tal ordem é instituída segundo um parâmetro delimitável e aceitável, que entende a sociedade como “ordeira” aquela que segue as normas e não se revolta. Segundo Foucault (2008, p. 57 ss) a população se torna apenas uma massa arrancada do Estado, isto é, opostos que devem se tangenciar, porém não se encontrar. Esse pensamento enviesado de democracia transforma as relações em atos mecânicos e regulados. A ordem não pode ser subvertida, a não ser quando se utilize os elementos burocráticos impostos pela própria ordem, o que em certa medida impede a própria dinâmica da sociedade.

Assim, o discurso de atuação em nome da segurança pública se torna carro chefe nas demandas da sociedade. O medo, fator intrínseco em sociedades institucionalmente frágeis, inspira o aumento do aparelho repressivo e penal. Pela existência de uma suposta ordem, os cidadãos imaginam que o controle está garantido com a mera edição legislativa. Notavelmente, essa premissa se torna uma falácia quando se observa a considerável expansão criminosa na sociedade. Tal característica vem a determinar um controle social privado, autotutelado por aqueles que se consideram “cidadãos de bem”, aqueles que estão no pólo oposto ao “criminoso”. Pela publicização (no sentido de sair das esferas privadas e adentrar o âmbito público) dos crimes, é comum observar linchamentos e busca por uma espécie de justiça própria. Entretanto, compõem ainda esse cenário de violência a explosão de conflitos particulares, que não são agregados ao sujeito criminoso, mas que se pautam na posição subjetiva e convencional de papéis sociais (ADORNO, 2012, p. 76).

Tal internalização de um medo é também mostra de um déficit democrático, uma vez que a designação ou estigma como vulneráveis é visto como natural e/ou perigosa por alguns. Pessoas que se autoestigmatizam como “grupos vulneráveis” e que também estigmatizam outros grupos como os possíveis perpetradores de crimes. Isto vem atravessado por uma série de discursos emitidos pelas instituições determinando que certos grupos de pessoas possuem uma fraqueza física ou simbólica, representando um aumento do medo, pois não tem controle dessas ocorrências. Mulheres, crianças e idosos principalmente, fazem parte desses grupos de vulneráveis. Os atos legislativos criminalizantes terminam por adentrar em outros grupos que não são vistos como vulneráveis, a exemplo dos grupos LGBT, o que em certa medida faz com que os movimentos nos quais estes estão investidos também clamem por criminalizações, sob o aspecto da igualdade de reações.

No que tange à condição social, a pobreza também se mostra um elemento de vulnerabilidade, tanto no aspecto de culpabilidade quanto no aspecto de vitimização. O déficit democrático, alavancado pelo ideal de que as leis por si sós garantem a fruição de direitos, ofusca as complexas relações entre as classes sociais. De certa maneira a pobreza em si já é vista como espécie primordial de entrada em um mundo “criminoso”. Motta (2005, p. 32) explica que há uma virada punitiva, uma nova forma de percepção das classes desfavorecidas economicamente: em vez de estarem sob os auspícios dos programas assistenciais e garantidores das concretizações dos direitos, tornam-se alvo de ódio e condenação *a priori*.

É o que Sen (2010, p. 173) vem alertar sobre essa provisão pública de incentivos: por serem mal administrados alguns programas de custeio público, em certa medida, desincentiva a iniciativa do indivíduo e distorce a canalização dos esforços. As classes com mais condições, dessa maneira, se aproveitam dessas distorções e impõem características degradantes aos beneficiários desses programas.

O que é necessário em sociedades de Direito Penal extremamente ativo e dado como *prima ratio* (e não como *ultima ratio*, conforme as consagradas teorias do Direito Penal) é uma nova forma de se relacionar com o seu regime político. A democracia não é um dado, nem um bem que caracteriza pela sua mera existência o portador de direitos como cidadão. A democracia e os direitos advindos com os processos democráticos, antes de tudo, devem ser vistos como consequências e efeitos, meios e fins, simultaneamente. Chega-se a tal ponto com a efetiva participação e acréscimo da força das instituições.

4-MITOS DO “COMBATE AO CRIME” NA DEMOCRACIA DEFICITÁRIA E ALGUNS APONTAMENTOS PROGRAMÁTICOS

A construção dos sujeitos determinados e determináveis aliado à sensação de insegurança gerada pelos discursos de insegurança, originam a escalada de medidas antidemocráticas em meio a um enorme leque de possibilidades e outras formas de prevenir e punir os atos ilícitos cometidos. Várias formas não penais (ou pelo menos que deixariam o Direito Penal realmente como *ultima ratio*), como multas administrativas ou sanções patrimoniais, que surtiriam tanto ou mais efeito punitivo do que penas restritivas de liberdade, são deixadas de lado em nome da ânsia penalizadora. Em nome disso, o Direito Penal surge como uma espécie de alento às massas, como o “ópio do povo”.²

² Toma-se como referência a essa sensação simultânea de medo e tranquilidade que passa não só o Direito Penal, mas o Direito como um todo com a mera edição de legislaturas, a ideia não apenas de Marx (2005, p. 145) na sua

Dessa maneira, um dos primeiros contatos visíveis com o Direito para grande parte das pessoas em uma sociedade é justamente o Direito Penal e não o Direito Constitucional, por exemplo, com a garantia dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna (GUIMARÃES, 2009, p. 35). Assim, primeiramente, deve-se colocar o Direito Penal em seu devido lugar, com sua devida função. Isto significa não delegar ao Direito Penal funções e abstrações que se pautem para além de sua efetiva função, qual seja, a de punir o ato ilícito. Portanto, o Direito Penal não deve ser uma arma única de controle social, uma vez que sua função é justamente a última na linha sequencial do aparato estatal de controle.

Isto posto, cabe observar então que tipos de mitos devem ser dissolvidos e que tipos de práticas devem ser fortalecidas pelo seu exercício. Importante ressaltar, que a submissão a regras jurídicas é a capacidade de ver o outro e não se ver como um potencial “violador da lei”, por isso os indivíduos tomam posição favorável ou contrária a depender do caso. Segundo Todorov (2012, p. 145-146) as pessoas em países democráticos devem se comportar de maneira que a sua participação seja vista, isto é, não apenas como um sujeito receptáculo de direitos garantidos pelo Estado Democrático de Direito, mas como um sujeito ativo de mudança e emancipação, o que significa transformar a ordem, porém sem necessariamente infringir a lei. Mesmo a transgressão pode ser uma arma de mudança social, como se mostram os recentes fatos da assim chamada “Primavera Árabe”, que transgredindo normas de governos autoritários, foram importantes nas mudanças políticas. Afirma Todorov (2011, p. 146) que “cada indivíduo visto isoladamente é impotente, mas o compartilhamento das informações permitiu derrubar governos repressivos: não há aqui nenhum abuso de poder”.

A “burguesia protegida”, no dizer de Sen (2010), é uma das responsáveis pela criação de mitos e redução de práticas democráticas. No modelo neoliberal parece haver um receio das pessoas de perder o seu *locus* social, ou mesmo compartilhar *status* com outras pessoas, isso faz criar uma série de barreiras para o exercício efetivo da democracia. O alerta de Smith (1996, p. 119) para a edição de leis trabalhistas com participação única justamente dessa “burguesia protegida”, pode ser direcionada para o âmbito do Direito Penal, uma vez que a edição de leis penais se dá única e exclusivamente por quem se acha vulnerável simbólica e fisicamente, no caso de uma democracia fragilizada como a do Brasil, essa fração da população é bastante relevante.

crítica à Filosofia do Direito hegeliana, mas também na ideia que atravessa as discussões sobre a religião em Kant, Feuerbach entre outros. Em que pese a citação exata ser ou não a de que “a religião é o ópio do povo”, a essência dessa atmosfera ludibriante que transforma as reações dos indivíduos está incutida no discurso. (cf. Lowy, 1998)

Isto se dá porque as pessoas escolhem determinadas práticas por sua razão de momento e não por que realmente rejeitariam a democracia e as outras pessoas. Em outras palavras, escolher este ou aquele ponto, direito ou benefício é parte de uma série de informações e capacidades que os indivíduos circunscritos em uma dada sociedade irão ter como parâmetro (SEN, 2010, p. 196). Ora, se a mídia e/ou outros canais de comunicação e informação repassam a ideia de insegurança e criminalidade alta, espetacularizando condutas e ações, parece por óbvio esperar que os anseios e preocupações canalizem-se dentro de um escopo único, posto que “nossos imperativos de ação se baseiam nas informações que temos sobre o mundo” (TODOROV, 2012, p. 143).

Um meio de formação efetiva de consciência democrática é fazer conhecer os meios institucionais formais e informais. Nas análises sobre democracia faltam caracterizações lógicas e localizadas das práticas, pois cada região tem suas peculiaridades. A representatividade, principalmente no âmbito legislativo nacional se dão de forma descompacta, o que acarreta a questão de quem representa e quem é representado. É importante lembrar que a sociedade são os próprios indivíduos nela inseridos em relações contínuas, logo a democracia é algo dinâmico e sua formação não é um ponto a se atingir, mas é uma construção infinita (O’DONNELL, 1998, p. 47 ss.).

Como ponto de partida de uma discussão da questão da natureza dos aspectos individuais e sociais dos seres humanos, esse emprego das palavras “indivíduos” e “sociedade” conduz o pensamento, invariavelmente, a becos sem saída, feitos de pseudoproblemas insolúveis. A ideia que ele sugere, a imagem de duas entidades diferentes, separadas por um extenso abismo ou por uma antítese insuperável, responde, em larga medida, por todas as intermináveis discussões sobre a questão de quem “chegou” primeiro, o “indivíduo” ou a “sociedade”. [...] Em outras palavras, temos aqui um exemplo típico da maneira como os diferentes sentimentos e valorações associados a diferentes aspectos ou funções de um mesmo assunto se condensam, quando se usam as palavras correspondentes, na ideia de estarmos de fato lidando com assuntos diferentes. (ELIAS, 1994, p. 76-77)

A importância da representatividade é necessária, posto que são esses representantes os editores das leis que determinarão o curso das legalidades do país. Em uma democracia, as leis também vinculam o próprio Estado e estas não podem servir de meros conteúdos programáticos. Importante lembrar que a representatividade eleita pelos cidadãos de certa forma possui elementos de delegação (O’DONNELL, 1995, p. 61) e de fato a representatividade deve criar responsabilidades aos representantes, mas também àqueles que escolheram, posto que sua decisão elegeu aquele representante.

Aplicar o direito é garantir a prática efetiva do direito, pois isso também é ordem social (dinâmica, jamais estática). O que se distribui são bens e não direitos. Ao falar em

distribuição de direitos concebem-se estes como posses e não se faz valer um direito se este é visto como coisa, pois “direitos são relações e não coisas; são papéis institucionalmente definidos especificando o que as pessoas podem fazer em relação umas às outras” (YOUNG, 1990, 25-26).

No Direito Penal os conteúdos das leis são aditados a conjuntos de práticas de todo um sistema penal. Tais práticas se revelam mitos enunciados pelos discursos conservadores e que, em vez de diminuir a prática criminal, acaba aumentando o número de ilícitos nos condensados legislativos, o que por via de consequência lógica, aumenta a possibilidade de um indivíduo incorrer em tais práticas. Essa é a ideia foucaultiana de que as falhas das instituições formais é o que, paradoxalmente, faz expandir o seu tamanho (DREYFUS; RABINOW, 1995, p.199-201).

Um dos primeiros mitos é o de que a linha dura policial ou resolve o problema da criminalidade ou de que os países desenvolvidos que usaram dessa forma de enfrentamento estão mais seguros. Inverdades que se revelam pela amostra de repressão contra setores da sociedade incipientes de direitos e políticas públicas, sendo que uma das únicas políticas públicas (além de parques benefícios de programas sociais) que os atingem é a de segurança, porém como selecionados pelo sistema: a “tolerância zero”, nada mais é do que uma tática de “intolerância seletiva”. Essa negação de direitos só reforça as práticas de repressão futura (KLIKSBERG, 2010, p. 270).

Como a atuação em linha dura atua apenas sobre o comportamento final, os mitos vão se replicando, afirmando com base em teorias de que as causas da criminalidade são de cognição praticamente impossível. As origens dessa criminalidade tem ordem social, não necessariamente relacionada com a pobreza, mas com uma série de situações sociais que, invariavelmente, atingem as pessoas de classes mais baixas. Posições sociais críticas, exclusão educacional, valores distorcidos são fatores por demais compatíveis com práticas de subversão ilícita. Isso mostra que a só prática cívica não garante que não se cometam crimes, isto é, o exercício democrático na medida de sua efetivação garante que as instituições sejam fortalecidas e que as relações interpessoais e com o próprio aparelho estatal seja baseado na confiança: a pena seria realmente democratizadas, uma vez que o cometimento do crime seria parte de um desvio, porém com oportunidades apresentadas aos indivíduos para que ajam de forma coerente com as instituições (UGGEN et. al., 2006, p. 303).

A lei penal então surge como clamor pela ideia de que o enfoque integral, abarcando todas as práticas de causa e efeitos tem resultados em longo prazo, sendo incompatível com o anseio pela segurança, que deve dar uma resposta imediata à

criminalidade. Alegoria de um pensamento individualista estranhado do senso de comprometimento com a formação democrática, o pensamento de que são as leis que formam as condutas se tornam um alarido de uma sociedade que vê no “outro” o possível perpetrador de um ilícito. Kliksberg (2010, p. 309) ao exemplificar a negação da corrupção em alguns países, como a Finlândia, por exemplo, afirma que não é a mera edição de uma lei que muda a realidade e determina a pouca incidência da corrupção, mas o exercício cultural e institucional que não legitima tal prática. Tal mudança comportamental, também discutida por Sen (2010a, p. 366), é proporcionada por uma assunção de responsabilidades das pessoas dessa sociedade e tais capacidades dependem da natureza das oportunidades sociais (no caso aqui estudado, o direito à educação) que são cruciais para o desenvolvimento da pessoa e sua percepção de si e das suas responsabilidades.

Na medida em que a lei não passa de uma forma de gerenciamento dos ilegalismos, cria e reproduz alguns, inclusive, cedendo e tolerando outros junto às classes dominadas, como forma de fazê-los servir.

[...] as infrações tendem a mudar de natureza, aplicando-se cada vez mais à propriedade e não às pessoas, mas porque os poderes disciplinares recortam e formalizam de outra maneira essas infrações, definindo uma forma original chamada “delinquência”, que permite uma nova diferenciação, um novo controle dos ilegalismos (DELEUZE, 1998, p.39)

Os pilares de um amplo campo democrático não podem se limitar em ações localizadas, mas em ações que compreendam um amplo espectro de possibilidades e capacidades dos indivíduos envolvidos. Santos (2001, p. 21) ensina que é preciso estar vigilante em ações pragmáticas, pois as ações, mesmo lúcidas, podem resultar em efeitos não tão lúcidos. Esses “resultados perversos”, muitas vezes remontam a uma deslegitimação de diversas ações cientificamente especuladas.

Os problemas e déficits de percepção própria e estigmatização do “outro” como não parte do todo, cria a noção de higienização da sociedade. As ameaças, entretanto, devem ser vistas não apenas como atividades externas às democracias, mas também como o fortalecimento de sujeitos e condutas que põem em risco a própria sociedade. As ameaças às democracias são endógenas, íntimas delas próprias (TODOROV, 2012, p. 89-91).

Segundo Honneth, utilizando uma releitura hegeliana de reconhecimento, é preciso observar o crime como uma atividade nos microssistemas de cada sociedade. Analisa o autor que o crime, bem como qualquer conflito, deve ser visto sob o viés da ação criadora, isto é, os indivíduos que se encontram em tal relação devem observar-se como formadores de

si próprios: a teoria filosófica da sociedade tem de partir primeiramente dos vínculos éticos, em cujo quadro os sujeitos se movem juntos desde o princípio, em vez de partir dos atos de sujeitos isolados. A natureza ética alcança seu verdadeiro direito como um processo de negações a se repetirem, mediante as quais as relações éticas da sociedade devem ser sucessivamente liberadas das unilateralizações e particularizações ainda existentes (existência da diferença) (HONNETH, 2003, p. 101).

A relação conflituosa é a busca pela qual “um sujeito procura, mediante uma ação provocadora, levar o outro indivíduo ou os muito associados a respeitar o que não foi ainda reconhecido nas próprias expectativas pelas formas de relacionamento social” (HONNETH, 2003, p. 101). Desta maneira, O crime e/ou outros atos de reconhecimento (movimentos sociais, p.e.) devem ser vistos de forma criativa, semente para novas relações jurídicas na sociedade complexa: um processo de realização do Direito.

De acordo com Sen (2010), a importância da democracia reside, então, em três aspectos que se formam em seu próprio interior. O primeiro é a importância intrínseca, isto é, a própria essencialidade de uma democracia de poder ser a si mesma uma prática contínua. Outro aspecto da sua importância é o papel de contribuir instrumentalmente para dilatar os canais de comunicação em seu próprio meio. O terceiro é o seu papel construtivo, isto é, a sua prática sem fim, conforme dito acima. Este último caráter da importância da democracia é o que faz com que ela seja um instrumento e um fim, simultaneamente.

O uso da democracia, no entanto, depende também dos valores do povo. Se as instituições são frágeis, o povo como elemento constitutivo é frágil e, portanto, sua democracia também o será. No Brasil, vê-se isso pela comodidade institucionalizada, que reduz os debates a clamores consequenciais, que tocam apenas na ferida de forma paliativa, delegando as responsabilidades às instituições formais, para que estas atuem de forma rígida contra os “criminosos”, escusando-se do debate político/público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal na sociedade maleável se transmuta como a ideia de garantia de certeza das relações incertas que parecem permear o imaginário social. Nessa trilha, o Direito Penal se insere em uma lógica de docilização dos indivíduos frente aos quais se impõe. Essa característica de “ópio” de uma sociedade receosa de si mesmo estabelece o Direito Penal como o primeiro âmbito do Direto que muitos indivíduos tem contato.

Assim, o “criminoso” é aquele indivíduo visto em determinadas posições, ainda que não selecionáveis pelo sistema penal vigente, mas aqueles que já estão instituídos dentro de uma fantasia subjetiva para cada espaço ocupado. As práticas sociais e jurídicas, então, passam a ser baseadas por instituições fragilizadas, que por via de consequência, instalam leis frágeis que buscam uma totalização da vida, criando mais e mais formas de absorção de indivíduos, ainda que estes não passem pelos trâmites do sistema penal.

Os conflitos instalados devem ser vistos pela ótica relacional e não por uma ótica fenomênica pura, na qual se lança o fenômeno em uma nuvem apriorística que é abraçado pelos indivíduos. Visto dessa maneira, o Direito Penal sai de sua função, a punição, e toma funções que lhe são estranhas, como pretendem as políticas de segurança programadas para a ampliação e inflação de leis penais.

A falha e o déficit democráticos acabam criando mitos de combate ao crime: um combate total ao crime e ao criminoso. Entretanto, ainda que difícil seja perceber (e por isso é importante fortalecer as instituições relacionais) o crime é também um conflito e por isso mesmo, uma relação (ainda que conflituosa, uma relação). Nesse sentido deve ser observado cada aspecto pontual de cada crime (espaço, pessoas etc.) para que o crime e o criminoso não sejam vistos como “inimigos internos” contra os quais se devem lutar, mas que ao punir de acordo com as escolhas políticas de cada conflito, se possa repensar a própria sociedade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Violência e crime: sob o domínio do medo na sociedade brasileira. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (orgs.). **Cidadania, um projeto em construção – minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro Enigma, 2012

AGUIAR, Thais Florêncio. A demofobia na democracia moderna. In: **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 54, n. 4, 2001 pp. 609-650.

BAUMAN, Zygmunt. **Mal-estar na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CASTRO, Lolita Aniyar de. La criminología crítica en el siglo xxi como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o "las teorías criminológicas no son inocentes". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 76. Jan/2009. pp. 265-291.

CHRISTIE, Nils. Elementos de geografia penal. In: **Instituto carioca de criminologia, discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DREYFUS, Herbert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ELIAS, Norbert. **A sociedade de indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete. 29ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GUIMARÃES, Cláudio A. G. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos delitos patrimoniais. In: **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 31-50, jan./jun. 2009.

KARSTEDT, Susanne. **Democracy, Crime and Justice: an Institutional Perspective**. In: *The Criminologist*, Vol. 35, n. 3 May/June 2010, pp. 1-5

KLIKSBERG, Bernardo; SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010(b).

LOWY, Michel. Marx e Engels como sociólogos da religião. In: **Revista Lua Nova**. n. 43, São Paulo: CEDEC, 1998. pp. 157-170.

MIGUEL, Luís Felipe; COUTINHO, Aline de Almeida. A crise e suas fronteiras: oito meses de “mensalão” nos editoriais dos jornais. In: **OPINIÃO PÚBLICA**. Campinas, vol. 13, nº 1, Junho, 2007, pp. 97-123

MOTTA, A. P. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative Democracy. In: **Journal of Democracy**, vol. 5, n. 1, January, 1994, pp. 55-69.

_____. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. In: **Novos Estudos**, n. 51, 1998. São Paulo, pp. 37-61.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. In: **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 17, n. 32, pp. 121-138, fev. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Seis razões para pensar. In: **Revista Lua Nova**. n. 54. São Paulo:CEDEC, 2001. pp. 14-23.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010a.

SENTO-SÉ, João Trajano. Prevenção ao crime e teoria social. In: **Revista Lua Nova**, Sao Paulo, n. 83, 2011, pp. 9-40.

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança Pública: dimensão essencial do Estado Democrático de Direito. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (orgs.). **Cidadania, um projeto em construção – minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro Enigma, 2012

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Racismo no Brasil: quando a inclusão combina com exclusão. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (orgs.). **Cidadania, um projeto em construção – minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro Enigma, 2012

TODOROV, Tzevetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

UGGEN, Christopger; MANZA, Jeff; THOMPSON, Melissa. **Citizenship, Democracy, and the Civic Reintegration of Criminal Offenders**. In: ANNALS, AAPSS, 605, May 2006.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and politics of difference**. New Jersey: Princeton University Press, 1990.