

SISTEMA PENAL E DEMOCRATICIDADE: PROBLEMAS DE REPRESENTATIVIDADE ENTRE ORIGEM E DESTINO DAS NORMAS PENAIS

*CRIMINAL SYSTEM AND DEMOCRATICITY: REPRESENTATION PROBLEMS ON THE PATH
BETWEEN SOURCE AND RECIPIENTS OF CRIMINAL RULES*

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL.
Professor de Direito Penal no Centro Universitário Cesmac – Maceió/AL

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>

ORCID: 0000-0001-7556-2348

brunoleitao.adv@hotmail.com

Francisco de Assis de França Júnior

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor
no Centro Universitário Cesmac - Maceió/AL

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>

ORCID: 0000-0002-6958-920X

fafjunior2016@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar criticamente a falta de democraticidade na produção de normas do sistema penal brasileiro. A problemática proposta intenta saber "quem são as pessoas que produzem as normas penais e o quão representativas da população elas são?". A hipótese é a de que, apesar de iniciativas de correção de rumo, falta uma adequada representatividade na articulação de políticas públicas no sistema de controle e de punição. A partir do método qualitativo, por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva, pretende-se demonstrar que há muito ainda a ser feito caso se queira que a normatização brasileira esteja no espectro do que se denomina ambiente democrático.

Palavras-chaves: Democraticidade - Sistema Penal - Representatividade - Legitimidade.

Abstract: This article aims to critically analyze the lack of democracy in the production of norms in the Brazilian penal system. The proposed problematic is interested in knowing "who are the people who produce the penal norms and how representative of the population are they?". With the hypothesis that, despite initiatives to correct course, there is a lack of adequate representation in the articulation of public policies in the control and punishment system. Based on the qualitative method, guided by a hypothetical-deductive approach, we intend to demonstrate that there is still a lot to be done if we want the Brazilian standardization to be in the spectrum of what is called a democratic environment.

Keywords: Democracy - Criminal System - Representativeness - Legitimacy.

1. Introdução

Uma das questões mais relevantes e complexas quando se discutem as democracias contemporâneas é o grau de representatividade da população nos órgãos de formulação e de implementação das políticas públicas, sobretudo aquelas que regem o sistema oficial de controle e de punição. O ambiente democrático, como se sabe, não é movido apenas pela vontade da maioria, mas pressupõe o respeito a espaços discursivos em que as minorias tenham também a oportunidade de participar ativamente do processo de estruturação do ordenamento.

A partir desses pressupostos básicos, portanto, será possível avaliar melhor o grau de democraticidade de um país, o que deve despertar maior preocupação quando da estruturação das normas criminais, por conta de sua interferência junto à dignidade.

Nesse contexto, interessa questionar, por exemplo, "quem cria a norma que nos obriga?", "quem a interpreta e determina seu alcance?" e, portanto, "quem executa as políticas públicas normatizadas em matéria de segurança?". Dito sucintamente, a problemática aqui proposta se desenvolve a partir da seguinte indagação: "quem são essas pessoas e o quão representativas da população elas são?". É com base nessas questões que os debates se desenvolvem no Grupo de Pesquisa "Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos", vinculado ao Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL) e ao CNPQ. Nele, a preocupação se volta para a falta de representatividade e para as iniciativas sobre o sistema de controle e de punição no Brasil.

Com a hipótese de que falta uma adequada representatividade na articulação de políticas públicas no âmbito do sistema de controle e de punição, bem como que há ainda o desenvolvimento de uma deturpada ideia de democracia no Brasil, o presente artigo tem como

objetivo principal revelar as incoerências fomentadas pelos agentes responsáveis pela otimização da dignidade humana e que, com suas iniciativas, comprometem as bases de uma substancial democracia.

Assim, de posse do método qualitativo, por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva, e a partir da técnica da revisão de literatura, busca-se demonstrar que há muito ainda a ser feito caso se queira que a normatização brasileira esteja no espectro do democrático.

2. Quem nos representa?

Segundo a Câmara dos Deputados,¹ o número de deputados federais autodeclarados brancos era de 75%, sendo os demais cargos distribuídos do seguinte modo: 20,27% de pardos, 4,09% de pretos, 0,389% de amarelos e apenas um indígena (0,19%). Entretanto, segundo o IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua) de 2019,² 42,7% da população brasileira é autodeclarada branca, 9,4% preta e 46,8% parda. Além disso, apenas 15% da Câmara dos Deputados é ocupada por mulheres,³ quando esse percentual da população brasileira é de mais de 50%, segundo a PNAD Contínua.

No Judiciário, responsável pela interpretação e pela aplicação do fruto do trabalho do Legislativo, o CNJ, em seu último censo de 2013,⁴ havia indicado que apenas 14,2% dos magistrados se declararam como pardos e 1,4% como pretos. Não à toa, o CNJ editou a Resolução 203/2015 para reservar 20% das vagas destinadas ao ingresso na magistratura aos negros (termo que engloba pardos e pretos). Dada a pouca frequência de concursos para a magistratura, sobretudo pelos custos, a aferição da eficácia dessa resolução parece prejudicada, razão pela qual se considera inegável ainda existir uma discrepância em termos de representatividade da população negra na atividade judiciária no Brasil.

No Executivo Federal, esses números não mudam muito. Assim, o mapeamento feito pelo IPEA entre os anos de 1999 e 2020⁵ sobre cor ou raça do serviço civil ativo do Executivo federal, mesmo mostrando uma crescente ocupação de cargos por pessoas negras após 2014, com a Lei 12.990/2014 (Lei de cotas no serviço público), os negros acabam por ocupar mais espaços em que se exige menor escolaridade. Observa-se, em 2020, que a ocupação de cargos que exigem nível superior apresenta 65,1% de pessoas brancas e 27,3% de negros e negras (com 5,3% de “não informado”), algo ainda mais perceptível em cargos de comissão, principalmente os mais elevados, como DAS-5 e DAS-6. Neste último, com ocupação de 65% para homens brancos, 15,4% para mulheres brancas, 13,3% para homens negros e apenas 1,3% para mulheres negras. Dados referentes a grupos de PcD e LGBTQIA+ nem sequer foram produzidos.

Refletir criticamente sobre esses dados remete à própria história do sistema penal, e a tudo que é apresentado sobre questões como legitimidade e controle social. Cumpre buscar alguma racionalidade que justifique o monopólio da violência exercido pelo Estado. Essa justificativa, como bem aponta **Mir Puig** (2003), só se mostra razoável numa gestão que apresente uma espécie de moral pública apta a proporcionar a realização pessoal de seus cidadãos, a partir de uma concepção mais democrática sobre seu sistema penal, limitando sua finalidade preventiva apenas a coagir ações efetivamente lesivas a terceiros. Isso só se mostra razoável quando os destinatários efetivamente participam do controle ao qual se submetem.

3. Sistema penal e democraticidade: entre o substancialismo e o procedimentalismo

Norberto Bobbio apresenta a democracia como um “[...] conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos [...]” (2019, p. 35). E complementa: “[...] aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais [...]” (2019, p. 37), com vistas a garantir sobretudo os direitos de liberdade. Ocorre, portanto, que, como um processo discursivo destinado a envolver um conjunto heterogêneo de pessoas, com interesses que muitas vezes conflitam, será sempre necessário estabelecer critérios para se certificar de que cada um dos grupos populacionais está realmente representado nessa engrenagem.

Desse modo, não há como se pensar em democracia em comunidades que restringem ou dificultam de algum modo o desenvolvimento da autonomia pessoal e coletiva de determinados grupos, principalmente quando se observa que os destinatários do rigor, do controle em expansão, não são os mesmos que comumente têm acesso aos benefícios de “fazer parte” dessa comunidade. Os gestores desse sistema devem ter a consciência de que um ambiente democrático pressupõe a participação de todos nas mais variadas áreas.

Assim, a cada dia é mais urgente uma reaproximação entre as teorias sobre democracia e legitimidade como elemento central das discussões que visam renovar o sistema penal. Tem-se que, primordialmente, há a emergente necessidade de uma discussão inclusiva sobre o que deveria ser objeto de tutela penal, em contraposição ao elitismo que cerca as pautas de Direito Penal, como se decisões tomadas por técnicos se mostrassem mais adequadas, e a participação popular se apresentasse como algo dissociado de alguma racionalidade.

O Direito Penal decorrente de um legislativo pouco representativo, diariamente interpretado e aplicado por grupos de perfil semelhante, ou seja, com baixo nível de democraticidade nos três poderes, carece de legitimidade, mitiga sua autoridade e apresenta frágil justificativa, quase que exclusivamente numa acéfala discussão dogmática sobre

lesão a bens jurídicos, com um claro déficit democrático já *ex ante*, pois falta representatividade aos destinatários.

Antony Duff (2015) entende ser necessária uma teoria comunicativa que racionalize e dê legitimidade à pena, algo que, justamente por falta de representatividade, só proporciona a alguns grupos a via do protesto ou do descumprimento; algo que, da mesma forma, a partir da perspectiva de quem exerce o controle, acaba por ampliar a repressão a esses movimentos.

Um posicionamento crítico sobre uma necessária aproximação entre a ideia de democracia e a questão penal é apresentado por **Carlos Nino** (1997), para quem se deve ter uma visão epistêmica sobre o Direito Penal, sem se afastar do debate público. Nesse contexto, ainda com o autor, se uma norma é debatida e os afetados participam desse debate, seu nível de democraticidade e legitimidade é indiscutivelmente maior. Logo, quando um grupo é impedido de participar do processo discursivo, há uma situação de exceção, existindo um baixo nível de democraticidade, o que não parece ocorrer à toa, sobretudo observando, por exemplo, o PL 272/2016, que buscava ampliar o alcance da chamada Lei de Terrorismo.

Uma presença mais participativa da população pode apresentar consequências positivas, tal como indicado por **Roberto Gargarella**, uma vez que:

1. permitiría incorporar información relevante al proceso de toma de decisiones;
2. ayudaría a eliminar sesgos indeseados de dicho proceso;
3. permitiría a las personas diluir o remover prejuicios sin sustento, reconocer la dignidad de los puntos de vista y de las vidas ajenas y aprender acerca de su sufrimiento;
4. forzaría a otras personas a ofrecer razones públicas que, en su ausencia, tenderían a no aparecer;
5. movería a otras personas a filtrar demandas irreflexivas basadas en pasiones o en el mero interés propio;
6. alentaría a cada uno clarificar sus propias opiniones y a “repensar” sus reclamos, y
7. educaría las personas en el arte de vivir juntos a otros (2016, p. 167-168).

Impõe-se o cuidado com o elitismo penal, em que o substancialismo garantista é utilizado como elemento limitador de maior participação popular. Um grande exemplo sobre o conflito entre procedimentalismo e substancialismo se dá quando se observam as leis de anistia do Uruguai e da Argentina. Na Argentina, o que ocorreu foi uma autoanistia pelo último presidente militar, em 1983, que teve sua validade discutida com a redemocratização. **Carlos Nino** (GARGARELLA, 2016) reforçou as críticas questionando sua aceitabilidade moral.

No Uruguai, o contexto foi outro, com a Lei de Anistia promulgada pelo Congresso eleito, ratificada por um referendo popular em 1989 e por um plebiscito em 2009. Mesmo assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu, em 2011, no Caso Gelman, que tal lei era inválida, desprezando as iniciativas populares. Essa situação demonstra o elitismo penal, pois “posturas como las de CIDH em ‘Gelman’ ilustran bien cuál es el modo de pensar dominante dentro de la doctrina penal contemporánea, al menos em el mundo latino” (GARGARELLA, 2016, p. 155), em que se dá preponderância ao papel dos técnicos, descredibilizando as interferências democráticas de populares em matéria penal.

Em sociedades plurais, privilegiar a proteção substancial de direitos pode levar a uma espécie de ditadura do Judiciário, incompatível com a ideia de democracia, que visa à inclusão e à contínua discussão, verificando-se uma espécie de alienação legal de seus cidadãos.

Tudo bem que, não raro, essa população precisa ser contida naquilo que deseja. Não é incomum pesquisas apontarem para o apoio popular em medidas penais mais duras. A ideia de democraticidade,

entretanto, não significa atender a tudo aquilo que é desejado. Haverá sempre um núcleo de dignidade intangível. O fato é que deve existir a oportunidade efetiva de ocupação dos espaços de poder, permitindo que a pessoa exerça também seus direitos como um legítimo agente político.

Quando se pensa numa justificação, as pessoas acatam a coerção pelo benefício de estarem associadas a uma comunidade, havendo implicitamente um consenso. Porém, com cidadãos autônomos que criam as normas às quais se submetem, qualquer estrutura que os afaste dessa ideia levam-no à alienação legal (GARGARELLA, 2016). Quanto maior for a situação de desigualdade social, maior será o esforço para obter essa justificação, mas essa diminuição da legitimidade, por si só, não afasta a responsabilidade penal.

É nesse contexto que a ideia do republicanismo (PETTIT; BRAITHWAITE, 2015) pode se apresentar como útil à aproximação do Direito Penal com uma democracia substancial. Mas isso, como um ideal de comunidade com fortes vínculos identitários, funciona de forma mais eficaz em pequenas comunidades, o que não fragiliza o debate, tendo em vista que o Estado deveria fracionar e delegar mais seus poderes, gerando cada vez mais autonomia para as comunidades sobre temas associados à esfera do controle, aproximando-se de um dos principais postulados do abolicionismo. O protagonismo deveria recair sobre os envolvidos.

O liberalismo muitas vezes passa uma imagem deficitária sobre a democracia, como se eleições fossem um produto da escolha individual de seus eleitores, algo que o republicanismo considera como uma necessidade de reforçar as instituições e os pequenos grupos éticos na sociedade, incentivando cada vez mais a participação de seus membros nos assuntos comunitários. Alguns modelos de justiça mais democrática são fomentados pelo próprio Direito penal, assim como a possibilidade de transação penal (Lei 9.099/1995).

Compreende-se que a democracia necessita de atualização, pensando-se para além das perspectivas formais e materiais do Direito e incorporando-se cada vez mais a perspectiva procedimental. Há de se reconhecer que as pautas públicas, devido à ampliação das tarefas de regulação estatal, levam a certa dependência dos interesses empresariais, os mesmos que financiam o jogo político do qual a grande massa não faz parte. Isso obriga a observar o quão se é refém dos Direitos Eleitoral e Administrativo, e da estatização dos partidos políticos (HABERMAS, 2011), tendo em vista que em grande parte dos poderes haverá um fatiamento de espaços entre partidos. Imagine-se, portanto, o risco da conseqüente redução da

proteção dos servidores técnicos com a PEC 32, denominada de Reforma Administrativa.

O que se observa é que os grupos que mais precisam de apoio são justamente os mais reprimidos pelo Estado; os mais vulneráveis são aqueles que menos espaços ocupam nessa engrenagem, com pouca ou nenhuma representatividade política, atingidos diretamente no déficit democrático. Só com uma participação efetiva, e uma verificável representatividade dos comumente destinatários das normas penais, é que se poderá falar em um reconhecimento ético, político e jurídico (FORST, 2010) desses grupos.

4. Considerações finais

Não é de hoje que são desvelados os mitos sobre a democracia brasileira, sobretudo quando a perspectiva é racial. Os descompassos de representatividade são gritantes e a necessidade de reparação, urgente. E esse não é exclusivamente um problema de determinar cotas em universidades ou concursos públicos, mas de viragem valorativa da forma como se produz e articula todo o aparato normativo ainda em curso.

Uma mentalidade elitista e autoritária ainda ilumina intensamente os espaços de poder no Brasil, disseminando-se, por consequência, a conclusão de que haveria uma parcela significativa da população que precisaria de certa "tutela", o que é uma falácia.

O presente artigo buscou identificar quem, na realidade, tradicionalmente nos tem representado nas instâncias de poder mais significativas. O objetivo principal era analisar criticamente a legitimidade e os rumos da democracia brasileira, a partir de seu sistema mais traumático e invasivo, ou seja, o penal.

Dadas as pessoas em tais postos de comando, não é à toa que, mesmo com uma população constituída majoritariamente por pessoas pobres, verifica-se a força do patrimonialismo. É sintomático que se mantenha como o crime de pena mínima mais grave (24 anos) um comportamento que mira primariamente o patrimônio (art. 159, § 3º, do Código Penal).

Assim, o que se propôs foi uma revisitação aos pressupostos que constituem a ideia de democracia, menos estatizada, a fomentar esferas públicas autônomas com maior participação da comunidade, mediadas por grupos não estatizados, com mecanismos que possibilitem uma maior participação popular nas discussões que envolvem a criação de normas penais, desde a educação, incluindo debates públicos sobre seus possíveis efeitos, ao passo que melhor prepara os aplicadores das normas penais, algo que começa com um acesso equânime e mais democrático, até uma contínua atualização de seus servidores sobre as temáticas com as quais lidam no dia a dia.

Notas

¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545913-numero-de-deputados-negros-cresce-quase-5/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

² Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em: 30 jan. 2022.

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁵ Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pubpreliminar/210212_diest_cor_ou_raca_servidores_civil_ativo_do_executivo_federal.pdf. Acesso em: 30 jan. 2022.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1940.

BRASIL. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1995. DUFF, Antony. *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade – vol. II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción as las bases del Derecho Penal: concepto y método*. 2. ed. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2003.

NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PETTIT, Phillip; BRAITHWAITE, John. *No sólo merecido: por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Tradução de Elena Odriozola. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

Recebido em: 19.08.2021 - Aprovado em: 17.01.2022 - Versão final: 08.02.2022