

A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA SOB A PERSPECTIVA PENAL

Rodrigo Medeiros Silva

Resumo: A relação de tensão entre constitucionalismo e democracia se evidencia de forma muito nítida quando se toma por parâmetro o direito penal, as realidades da política criminal e a falta de regular acesso a condições mínimas de vida. O direito de participação do povo no processo de tomada de decisões, incluindo-se a influência das partes na formação das decisões judiciais, notadamente no processo penal, é algo ainda muito distante da realidade brasileira. Todos os processos de formação das decisões baseados numa racionalidade comunicativa, naturalmente levam a promoção de um ambiente democrático e inclusivo.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Democracia. Direito Penal. Processo Penal. Racionalidade Comunicativa.

Abstract: The relationship of tension between constitutionalism and democracy is evidenced very clearly when taking parameter by criminal law, the realities of criminal policy and the lack of regular access to minimal living conditions. The right of the people to participate in decision-making, including the influence of the parties in the formation of judgments, particularly in Criminal Justice, is something even far from the Brazilian reality. All training processes of decisions based on communicative rationality, naturally lead to the promotion of a reality democratic and inclusive.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Criminal Law. Criminal Procedure. Communicative Rationality.

INTRODUÇÃO



pós mais de vinte anos de regime de exceção, o Brasil passa, com a Constituição promulgada em 1988, a respirar os ares da democracia. Democracia esta que se concretizou com a adoção de eleições diretas para Presidente da República, além de outros direitos até então sufocados.

Todavia, o Estado democrático de Direito, instalado em meados da década de 1980, não fez desaparecer a crise econômica que perdurava por anos, o que, até os dias atuais, evidencia-se pelos inúmeros problemas sociais que assolam a população, principalmente os marginalizados (vítimas de um modelo econômico perverso). A falta de políticas eficazes que garantam condições mínimas de trabalho, renda, um sistema de seguridade é fator preponderante para criar um ambiente de insegurança e desigualdade, sendo uma das causas da criminalidade avassaladora. Acresça-se que a ausência do Estado nas periferias faz surgir outro ente: o crime organizado.

A disseminação do terror e a insegurança generalizada, associadas à sensação de impunidade, leva o povo (grande cliente desse Estado inoperante) a exigir medidas por parte do poder público com intuito de garantir condições mínimas de vida. Neste viés, questiona-se: pode-se afirmar que a face democrática da sociedade está se sobressaindo na busca da diminuição desse caos? Não seria este um caminho perigoso que levaria a uma considerável mitigação de direitos e garantias fundamentais e conseqüentemente a uma verdadeira ditadura da maioria? Em outras palavras, iniciativas de cunho legislativo, que impõem um arrocho criminalizante, não estariam na contramão da história de uma sociedade que durante toda a sua existência buscou a concretização de direitos e garantias positivados em nossa Constituição?

A presente abordagem visa, num primeiro momento,

realizar uma análise da relação de tensão entre constitucionalismo e democracia sob o prisma do Direito Penal e o Direito Processual Penal na atualidade, além de uma reflexão acerca da influência da carência de políticas públicas na conjuntura atual. Importa destacar a necessidade de se identificar a crescente tendência de mitigação de garantias no processo penal diante da conjuntura de instabilidade vivida pela sociedade, assim como o trabalho exercido pelo Parlamento e o papel contramajoritário do Poder Judiciário como elemento garantidor, por vezes, da higidez constitucional. Ademais, procurar-se-á apresentar possíveis soluções, calcadas na promoção de direitos fundamentais, como medidas de implementação de ações voltadas à diminuição dos índices de criminalidade.

O trabalho é relevante na medida em que busca retratar uma conjuntura perversa e desigual de uma sociedade extremamente complexa e heterogênea que, legitimamente, aspira por melhorias das condições de sobrevivência. Contudo, os instrumentos adotados mostram-se ineficazes e são, sobremaneira, meios de segregação e rotulação¹ daqueles que são colocados à margem da vida social.

Com o fito de discorrer sobre o tema, será adotado o método analítico onde se buscará detalhar os aspectos mais importantes do constitucionalismo e sua relação de tensão com

¹ O termo rotulação refere-se ao *Labeling approach*, que muito referenciado por Alessandro Baratta. O *labeling approach* ganha importância particular na década de sessenta, como forma de limitação das teorias estruturais, que se concentravam na criminalidade das classes marginalizadas, sendo incapazes de explicar satisfatoriamente a existência, também, de uma significativa criminalidade nas classes média e privilegiada, bem como o fato de que muitos jovens abandonam a criminalidade após um certo amadurecimento pessoal. Nem todo indivíduo das classes marginalizadas rejeita os meios e procedimentos legítimos de acesso aos bens culturais, integrando-se em uma cultura criminal, do mesmo modo que muitos jovens de classe média e alta rejeitam os valores convencionais e delinquem. A teoria do *Labeling approach* se insere no contexto das teorias do processo social, ao lado das teorias de aprendizagem social e de controle social. Para este grupo de teorias psicossociológicas “o crime é uma função das interações psicossociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade”.

a democracia, notadamente no campo do direito penal.

1. A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Ao longo da história, ficou evidente o caráter antagônico que permeia os conceitos de constitucionalismo e de democracia. No século XVIII, o absolutismo monárquico vem a ruir diante da ascensão da burguesia que, por meio do domínio econômico, passa a exercer forte influência na vida do Estado. Na Europa, notadamente na França e na Inglaterra, as chamadas revoluções liberais são verdadeiros marcos a inaugurar um novo Estado, importante para a moderna configuração que hoje se conhece. Já na América, a independência dos Estados Unidos também reforça este novo paradigma que vem para solidificar o poder da burguesia em detrimento de uma nobreza desprestigiada e arruinada. O poder do Estado passa a ser controlado pelo Direito. Direito este que vem para se sobrepor aos excessos da maioria e que garanta a voz das minorias nos debates travados para a solução dos diversos problemas sociais.

A fim de confirmar tal evidência, a Revolução Francesa produz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Revolução Americana produz a Declaração de Direitos da Virgínia (*Bill of Rights*), documentos estes que se revestem de singular significado, já que pela primeira vez se fala em igualdade a todos os indivíduos. Assim, a democracia passa a ser não somente a supremacia da vontade da maioria, mas também que tal vontade respeite os direitos das minorias.

No entanto, esta tensão entre constitucionalismo e democracia ficou ainda mais evidente na primeira metade do século XX, quando o mundo assistiu aos traumas trazidos por regimes de exceção, notadamente o nazismo, o fascismo e o stalinismo, sem deixar para trás outros modelos de ditaduras

que se espalharam pelo mundo². A partir do fim da Segunda Grande Guerra, o respeito aos direitos humanos e às diferenças das minorias passam a ser objetivos prioritários na reconstrução da humanidade.

Na década de 1950, a Suprema Corte dos Estados Unidos julga um dos casos mais emblemáticos da sua jurisprudência. Através do precedente *Brown vs. Board of Education*, de 1954, aquele órgão judicante muda o entendimento assentado no precedente *Plessy vs. Ferguson*, de 1896, que até então declarava constitucional as leis de impunham a segregação racial, sedimentando a doutrina conhecida como “separados, porém iguais”³.

Já no Brasil, este fenômeno é bem mais recente, já que a repressão do regime autoritário inaugurado em 1964 impediu que ações de natureza afirmativa se notabilizassem na jurisdição constitucional brasileira. A atuação da jurisdição constitucional em prol de minorias, como negros e homossexuais, ficou mais evidente nos últimos anos dada à inércia do Poder Legislativo em discutir temas polêmicos e de relevância nacional⁴. Inércia esta potencializada pela presença marcante e decisiva de segmentos representativos de grupos conservadores e de outros setores da sociedade que “colonizam” e impedem a discussão de temas importantes e “contaminam” a agenda do Parlamento. Neste rumo, o Poder Judiciário, particularmente o Supremo Tribunal Federal, acaba exercendo o papel contramajoritário, essencial para garantia de direitos fundamentais às minorias, desprovidas de força dissuasória nas arenas institucionalizadas de discussão. Cresce de importância desse assunto a

² Os ares de totalitarismo respirado pela humanidade é evidenciado com a consolidação de regimes como o franquismo na Espanha, o salazarismo em Portugal, o peronismo na Argentina, o Estado Novo getulista no Brasil, dentre outros.

³ “*Separate but equal*”.

⁴ A título de exemplo, pode-se citar a ADPF 186 e o RE 597.285/RS que declarou constitucional as políticas de cotas nas universidades, além da ADPF 132 e ADI 4277 que deu interpretação conforme a Constituição a dispositivo do Código Civil, dando à união homoafetiva o *status* de união estável.

partir daquilo que se pode chamar de constitucionalização dos diferentes ramos do Direito. A propósito, este fenômeno já se ocorria na Alemanha a partir da atuação do Tribunal Constitucional após a Segunda Guerra Mundial. Assim preceitua a jurista alemã Ingelborg Maus:

A continuidade do método jurídico após 1945, inclusive na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão – embora não se possa falar em continuidade do conteúdo –, é o que explica realmente o que se quer dizer com “Estado constitucional” da Alemanha. A constitucionalidade das leis democráticas não é verificada por meio da Constituição que se situa além do texto constitucional e que é posta a descoberto pela atividade decisória do Tribunal.⁵

No século passado, esta cisão entre constitucionalismo e democracia ficou extremamente evidente. Maurizio Fioravante revela esta coexistência salutar para os dias atuais:

Finalmente, em um plano histórico ainda mais amplo, estas mesmas constituições representam uma tentativa de recompor a grande divisão entre democracia e constitucionalismo. Nesta base que temos tido – na segunda metade do século XX – constituições nascidas do exercício do poder constituinte pelo povo soberano, fundado no princípio da soberania popular, mas também fortemente orientada para se situar acima dos legisladores, de quem se pode dizer intérpretes e representantes, com base no princípio da maioria, da vontade do povo soberano. Será esta uma forma constitucional, como visto claramente, absolutamente incompreensível à luz da tradição moderna que sempre obrigou a todos a se situar de um lado ou do outro: com o soberano povo, e, portanto, contra a própria idéia de uma lei fundamental vinculante para o futuro, ou a Constituição como limite, como um ideal de equilíbrio e estabilidade, e, portanto, contra a noção excessiva e ameaçadora de povo soberano. (Tradução livre)⁶

⁵ MAUS, Ingelborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 147.

⁶ En fin, en un plano histórico aún más amplio, estas mismas constituciones representan el intento de recomponer *la gran fractura entre democracia y constitucionalismo*. Sobre esta base hemos tenido – en la segunda mitad del siglo XX – constituciones nacidas del ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo soberano,

Ao inserir-se a questão criminal neste contexto de tensão entre constitucionalismo e democracia, é imperioso frisar dois pontos cruciais na presente abordagem. O primeiro refere-se à íntima relação que os índices de criminalidade mantém com o estado de paralisia estatal na promoção de políticas públicas de natureza afirmativa com o intuito de diminuir as desigualdades. O segundo destaca a crescente produção normativa com o objetivo de relativizar garantias constitucionais de natureza processual com o claro objetivo de alijar uma maioria tida como delinquente e marginalizada⁷.

2. REFLEXOS DA CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONJUNTURA DE CRIMINALIDADE ATUAL

O Estado brasileiro mostra-se gigante, complexo e ao mesmo tempo deficiente. Demonstra incapacidade para atender às demandas básicas da população que a cada dia se vê diante de uma seguridade social inoperante, de um aparato policial

fundadas sobre el principio de la soberania popular, pero al mismo tiempo decididamente orientadas a situarse por encima de los legisladores, de aquéllos que puedan decirse intérpretes y representantes, sobre la base del principio de mayoría, de la voluntad del pueblo soberano. Es ésta una forma constitucional, como se aprecia con claridad, absolutamente incomprensible a la luz de la tradición moderna que siempre había obligado a todos a situarse *de una parte o de otra*: con el pueblo soberano, y así contra la misma idea de una ley fundamental vinculante para el futuro, o con la constitución como límite, como ideal de estabilidad y de equilibrio, y así contra la desmedida y amenazante idea del pueblo soberano. Cf. FIORAVANTE, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 163.

⁷ Esta realidade é retratada com propriedade por Vitor Hugo na sua obra “Os Miseráveis”, publicada pela primeira vez em 1862. O livro tem como personagem principal Jean Valjean, ex-presidiário, rancoroso, que por roubar pão para ajudar uma família cumpriu pena por 19 anos nas Galés. Galés, eram barcos movidos a remo onde os remadores trabalhavam acorrentados e recebiam um soldo mínimo que ficava guardado até serem libertados. Ao sair do presídio Jean tentou levar uma vida honesta, buscou por vários trabalhos mas quando conseguia, recebia menos que os demais, isso devido a sua condição de ex-presidiário. Por isso tentou buscar outra cidade, mas chegando lá, ao tentar alójarse, seus proprietários faziam uma consulta cadastral, onde ao obterem a resposta de que era um ex-detento, não o deixavam sequer hospedar-se mesmo pagando.

sucateado e de uma lastimável situação de bens públicos, notadamente meios de mobilidade urbana e infraestrutura. As desigualdades regionais associadas a uma herança de anos de clientelismo e domínio oligárquico gerou um clima de intensa instabilidade institucional, fruto de regimes autoritários e de influência do domínio econômico nas atividades estatais.

Sob o aspecto econômico, a política governamental se pautou na imposição de uma política de arrocho salarial, controle rígido dos gastos públicos para construção artificial de superávit primário, aliado com o aumento desmedido da carga tributária associado com o estabelecimento de uma atividade regulatória visando abrir espaço para a iniciativa privada na consecução de atividades eminentemente estatais. Este modelo (que tem por objetivo aparente a busca da eficiência na execução dos serviços públicos) gera, num primeiro momento, indicadores satisfatórios do ponto de vista macroeconômico, mas não supre as deficiências geradas pelas desigualdades gritantes entre ricos e pobres (entre os detentores do poder e o proletariado).

Dentro de uma visão política, o Brasil sofre as consequências do passado de arbítrio, que impôs o bipartidarismo e que culminou com a crise atual pela qual passa as instituições. O cotidiano de uma nação democrática impõe a existência de partidos políticos fortes, com programas definidos e intenções claras a todos os cidadãos. Esta condição é indispensável para o pleno exercício da cidadania, que não se resume ao exercício do voto, mas envolve a capacidade de participação na discussão dos problemas da comunidade nas diferentes arenas. Assim, a conjuntura política favorece, sobremaneira, à manutenção de um elevado grau de estratificação social, constatável, inclusive, fisicamente na medida em que os sujeitos mais marginalizados se estabelecem nas periferias, nos lugares onde o Estado não atua e as classes mais abastadas se encastelam em áreas nobres e valorizadas, onde asfalto e urbanismo moderno

estão presentes. O alemão Jürgen Habermas enfatiza as lutas pelo reconhecimento das minorias marginalizadas num Estado Democrático de Direito:

As conquistas políticas do liberalismo e da social-democracia, decorrentes do movimento emancipatório burguês e do movimento de trabalhadores europeu, sugerem uma resposta afirmativa a essa pergunta. Ambos tiveram por objetivo suplantar a privação de direitos de grupos desprivilegiados e, com isso, a fragmentação da sociedade em classes sociais; contudo, a luta social contra a opressão de grupos que se viram privados de *chances iguais de vida no meio social* concretizou-se sob a forma da luta pela universalização socioestatual dos direitos do cidadão, empreendida tão logo o reformismo socioliberal viu-se capaz de agir. Na verdade, após a bancarrota do socialismo de Estado restou apenas essa perspectiva: por meio da promoção do status do trabalho assalariado dependente, alcançado com o acréscimo de direitos de compartilhamento e participação política, cabe à massa da população a chance de viver com expectativas bem fundadas de contar com segurança, justiça social e bem-estar. As injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivos. Esse fim é plenamente conciliável com a teoria do direito, porque os “bens fundamentais” (sentido proposto por Rawls) ou são distribuídos individualmente (tal como acontece com dinheiro, tempo livre ou prestações de serviços), ou são utilizados individualmente (tal como se dá com as infraestruturas do sistema viário, de saúde e educação), e portanto se pode preservá-los sob a forma de reivindicações individuais de benefícios.⁸

Diante deste grave quadro político-institucional, aparecem os reflexos de toda uma problemática social que se constata pela nítida segmentação das classes, o que leva a conflitos e tensões importantes sob a perspectiva econômica notabilizada claramente pela relação capital-trabalho⁹.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 230-231.

⁹ Nesta linha, a Criminologia Radical introduz um viés socialista ao estudo do

A questão que emerge do discurso criminal da atualidade se relaciona a uma íntima associação entre pobreza e delinquência, o que é problemático e inaceitável. Juarez Cirino dos Santos, neste sentido, discorre:

As normas penais que compõem o Direito Penal são as matizes legais da violência institucional concretizada no processo de criminalização, como conjunto de práticas e procedimentos policial, judiciário e prisional delimitados e determinados por aquelas matizes legais. O processo de criminalização representa a forma de existência social concreta do sistema penal, modalidade superestrutural específica constituída de *normas penais*, que descrevem os caracteres essenciais das ações puníveis e fixam limites penais mínimos e máximos aos autores e fixam limites penais mínimos e máximos aos autores dessas ações (comprovado o conjunto dos pressupostos da pena, como a tipicidade, a antijuridicidade e a reprovabilidade do comportamento, objeto da chamada teoria do crime) e de *aparelhos do Estado*, que movimentam o processo de criminalização (polícia, justiça e prisão). Se a violência institucional do Direito Penal se concretiza no processo de criminalização, cujas matizes são as normas penais, e cujos órgãos são a polícia, a justiça e a prisão, o estudo do processo de criminalização, deve destacar o modo de integração e a significação real do funcionamento das normas e aparelhos punitivos que o constituem.¹⁰

Já no século XVIII, Cesare Beccaria apresentava ideias que buscavam a necessidade de ações distributivas para geração de uma harmonia social:

As vantagens da sociedade devem ser distribuídas equitativamente (*sic*) entre todos os seus membros.

Entretanto, numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o po-

fenômeno da delinquência, apresentando a “luta de classes” como fator determinante de todo o modelo político - criminal e conformadora de concepções e ideologias arraigadas ao conhecimento criminológico tradicional. Faz uma distinção entre “objetivos ideológicos aparentes e os objetivos reais ocultos do sistema punitivo”, revelando uma diferente administração da criminalidade com base na separação entre a criminalidade das classes dominantes e das classes dominadas.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 102.

der e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade.
11

As grandes discussões da atualidade residem no contexto do aumento da criminalidade e em medidas eficazes ao seu combate, tendo como principal mecanismo o Direito Penal. No entanto, na conjuntura própria de um Estado Democrático de Direito, a exacerbação de medidas voltadas à repressão da criminalidade reflete, sobretudo, um perigoso precedente que descamba para o fim de conquistas históricas, notadamente no final do século passado, que tem como corolário a efetivação de direitos fundamentais e dos direitos humanos.

A globalização é um fenômeno flagrante na humanidade e que merece uma reflexão, principalmente após o fim da bipolarização da guerra fria. O capitalismo derrubou as barreiras existentes entre as nações, reforçando o poder de grandes potências nas pequenas economias. Isto é um fato muito notório na América Latina, como se contata, por exemplo, com a política norte-americana anti-drogas na Colômbia. Acrescenta-se que a luta de classes, a politização de setores da Igreja Católica através da Teologia da Libertação e a ascensão de movimentos sociais de luta pela terra mostram o modelo sócio-econômico que se apresenta em todo o continente. Ou seja, as tensões existentes entre o proletariado e os detentores do capital assevera-se cada vez mais, por meio do acúmulo de riquezas pelos mais privilegiados economicamente e pela espoliação dos mais pobres.

Desta feita, a origem da criminalidade deve ser analisada sob diversos aspectos, notadamente econômico e psicossocial, o que mostra a sociedade como uma estrutura elitista, carregada de preconceitos, enfim, em crise.

3. A MITIGAÇÃO DE GARANTIAS NO PROCESSO PE-

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriere Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 15.

NAL DIANTE DA CONJUNTURA DE INSEGURANÇA VIVIDA PELA SOCIEDADE

O ambiente de insegurança vivido pela população nos dias atuais faz com que crescentes ondas de aspirações por iniciativas criminalizantes, notadamente relativização de garantias processuais, sejam implementadas com o fito de controlar as atividades delinquentes. A criminalidade passa a ser motivo de grandes debates, de modo especial na mídia, levando a violência a ser especulada por razões meramente comerciais, já que os índices de audiência se elevam diante dos chamados programas policiais, ou mundo cão.

Equivocadamente, o senso comum passou a conferir às garantias constitucionais, relacionadas ao processo criminal, a grande causa do aumento da criminalidade, sem qualquer análise da estrutura social perversa vigente, do modelo econômico excludente e se fechando os olhos para um sistema penitenciário falido e corrupto. Destarte, o juiz alemão Konrad Hesse, de maneira elucidativa, assim preleciona acerca dos anseios de uma sociedade contidos na Constituição:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).¹²

Neste encadear de ideias, o também o alemão Jürgen Habermas assim se refere ao papel da Constituição num Estado Democrático de Direito:

¹² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor 1991, p. 24.

Uma constituição pode ser entendida como projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração. No Estado democrático de direito, o exercício do poder político está duplamente codificado: é preciso que se possam entender tanto o processamento institucionalizado dos problemas que se apresentam quanto a mediação dos respectivos interesses, regrada segundo procedimentos claros como efetivação de um sistema de direitos.¹³

O individualismo de uma cultura neoliberal leva o sujeito a não olhar para o lado e a não agir com alteridade. Os meios de comunicação, em especial a televisão, como instrumentos poderosos de formação de opinião, apresentam uma programação pobre, voltada para o fútil, o que leva a um processo acelerado de degradação intelectual que tem como resultado o domínio das massas. Neste contexto, uma política de intolerância surge como meio de salvação de uma sociedade que vive cada vez mais insegura e refém dos seus próprios problemas que são consubstanciados na pobreza, na marginalização, na falta de renda mínima, ineficiência de políticas públicas voltadas à educação, à saúde, ao lazer, enfim no déficit de cidadania.

É importante salientar que a Constituição promulgada em 1988 é, inquestionavelmente, a que mais avança na concretização de direitos fundamentais e traz uma gama de garantias ao cidadão que visam ofertar condições mínimas para um contraponto diante da imperiosa força do Estado. Postulados como presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, isonomia, direito à defesa técnica promovida por advogado, possibilidade de concessão de liberdade provisória nas hipóteses contempladas pela lei, são conquistas marcantes de um Estado Democrático de Direito. O processo, sob a ótica constitucional, deve ser visto como uma garantia do cidadão e não como um ônus. Esta concepção ultrapassada, próprio de um modelo inquisitorial, não se mostra adequado na atual

¹³ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 230.

conjuntura.

No entanto, a sociedade dá mostras de passos acanhados em muitos temas albergados pela Constituição como implementação de ações voltadas a garantir igualdade em sentido material a todos os indivíduos, com acesso a condições mínimas de educação, saúde e a outros direitos que, seguramente, promovem a dignidade da pessoa humana. Logo, este retardo por parte do Estado¹⁴, na promoção de políticas públicas afirmativas, é fator preponderante para o quadro de crise e desigualdade visto nos dias atuais. É absolutamente incontroverso que o Brasil, em pleno século XXI, tem uma dívida social imensa com segmentos minoritários da sociedade, fruto de anos de exclusão e de exploração do capital sobre o trabalho, o que gerou miséria e estigmas que diferenciam ricos e pobres, escravos e livres, cidadãos e marginalizados.

A fim de ofertar ao Estado mecanismos de controle social e de manipulação das massas, surge o Direito Penal como meio eficaz que favorece segmentos privilegiados em detrimento de numeroso grupo de marginalizados. Estes indivíduos (os marginalizados) são rotulados¹⁵ como sendo a grande causa de insegurança e violência que se faz presente em nossa atualidade. No entanto, a igualdade, constitucionalmente garantida e almejada e dificilmente concretizada, é negada, figurando como objetivo a ser atingido. Lutas e tensões surgem, então, diante de tamanha problemática.

Contrapondo-se todo cenário caótico que se descortina na aurora do terceiro milênio surgem as políticas de tolerância zero baseadas no Direito Penal do Inimigo que se caracteriza

¹⁴ Vale destacar que essa letargia estatal é notória, particularmente quando se constata o fenômeno cada vez mais crescente da judicialização da política, vindo o Poder Judiciário a adotar uma postura ativista na grande maioria dos casos, o que deve ser visto com reserva pela comunidade jurídica, pois a legitimidade das decisões judiciais pode ser colocada a prova. O mais adequado é que a discussão seja travada no âmbito do Parlamento e implementada pelo Executivo.

¹⁵ *Labeling approach.*

pela antecipação da punição do inimigo; na desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; e na criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social.

O Direito Penal do Inimigo baseia-se em um duplo sistema de imputação que suprime seculares garantias constitucionais, cuja tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na desigualdade real da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a igualdade formal de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas.

A pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir. Já a pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.

Sob o prisma processual, o Direito Penal do Inimigo é discorrido pelo jurista alemão Günter Jakobs, destacando, principalmente, a necessidade de prisão cautelar:

[...] do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. Isso, não porque o imputado deve assistir ao processo – também participa do processo como *pessoa* imputada, e por convicção -, mas porque é obrigado a isso mediante encarceramento. Esta coação não se dirige contra a pessoa *em Direito* – este nem oculta provas nem foge -, mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, is-

to é, se conduz, nessa medida, como *inimigo*.¹⁶ (sem grifo no original)

Diante desta colocação, constata-se que a sociedade exige, por parte do ente público, práticas que sirvam de resposta ao quadro frustrante que se descortina diante dos olhos dos cidadãos. Busca-se soluções simplistas para abarcar problemas complexos, o que é um verdadeiro paradoxo. Não há magia que solucione os problemas de criminalidade de uma sociedade que respira os ares da globalização, que se caracteriza pela constante mutabilidade das estruturas de poder. Aspectos de ordem econômica inferem de forma significativa para acentuar os grandes desníveis sociais que marcam a conjuntura contemporânea.

Sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, a veia democrática acaba sobressaindo, gerando um enfraquecimento do Direito como garantidor de preceitos fundamentais para a promoção dos direitos humanos, tudo com o único objetivo de garantir uma pretensa estabilidade social. O clamor popular, exacerbado pelos meios de comunicação, leva à adoção de iniciativas legiferantes que vão de encontro com as mais caras garantias conferidas ao cidadão. A discussão ganha os plenários dos parlamentos, carregadas com um ar de oportunismo eleitoreiro, deixando-se de lado graves e importantes problemas relacionados com o enorme hiato social existente e com a histórica dívida que tem como credores as minorias relegadas a segundo plano por anos. Prega-se com altivez que o caminho para a diminuição da violência passa, necessariamente, pela produção legislativa de normas penais, que legitimam a violência estatal. Neste rumo, o Direito Penal funciona como eficiente instrumento de violência estatal. Violência esta voltada para a manutenção de uma estrutura social que privilegie de modo particular os interesses econômicos de integrantes das

¹⁶ JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

classes mais abastadas. Os meios de comunicação de massa exercem uma influência nociva junto à população e às autoridades, sendo difusores de clamores nos momentos em que determinados crimes tem repercussão nacional¹⁷.

Com o objetivo de se manter a força da Constituição e de garantir a promoção dos direitos fundamentais, o papel da jurisdição é essencial para coibir os excessos que denigrem o homem como principal beneficiário do exercício do poder estatal, como se desenvolverá a seguir.

4. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DA JURISDIÇÃO COMO ELEMENTO GARANTIDOR DA HIGIDEZ CONSTITUCIONAL

A relação de tensão entre constitucionalismo e democracia, diante de quadros de crise institucional, revela-se problemática na medida em que a opinião pública cobra iniciativas do poder público para solucionar tais problemas. Assim, a força do lado democrático de nossa sociedade, consubstanciada pela soberania popular, acaba se sobressaindo, o que, de forma muito evidente, pode levar a uma ditadura da maioria, o que é indesejável numa perspectiva constitucional, onde os direitos de minorias e de grupos vulneráveis, sem falar daqueles que são rotulados pelo sistema de justiça criminal, são relegados à marginalidade.

Importa ressaltar que o papel que a jurisdição constitucional¹⁸ desempenha com a finalidade de assegurar o contra-

¹⁷ Vale frisar a campanha encabeçada pela escritora Glória Perez, mãe da atriz Daniela Perez, assassinada por Guilherme de Pádua. Outro caso emblemático envolveu a menor Isabela Nardoni com a condenação inquisitorial do seu pai e de sua madrasta. Também relevante o caso João Hélio, arrastado por 7 Km em ruas do Rio de Janeiro eclodindo uma odienta campanha para diminuição da maioria penal.

¹⁸ O termo jurisdição constitucional não pode se limitar tão somente à atuação do Supremo Tribunal Federal, mas sim a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, que, independente das suas respectivas competências, exercem a jurisdição constitucional, na medida em que reafirmam e buscam concretizar direitos e garanti-

ponto e a efetividade das garantias constitucionais, de modo particular naquilo que se refere ao processo. Num Estado denominado Democrático de Direito, é absolutamente inadmissível que o exercício do poder estatal se dê por meio de ações arbitrárias, que denigram o ser humano, na sua mais elementar essência. Ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, cabe garantir a efetividade do disposto na Constituição, evitando o excesso e ações espúrias por parte de agentes do Estado. A estrutura social brasileira se caracteriza pela existência de enormes abismos entre ricos e pobres (miseráveis); entre aqueles que verdadeiramente tem acesso à jurisdição, pois são assistidos por advogados bem remunerados e os marginalizados acompanhados por notáveis e bravos defensores públicos que efetivamente desempenham seu papel relevante com grandes dificuldades e com um volume de trabalho desumano. O tratamento desigual dos indivíduos, particularmente quando o fator determinante é o poder econômico, é fundamental para que se defina que terá ou não acesso a direitos. Sobre a igualdade, Ronald Dworkin assim define:

A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.¹⁹

Sob a ótica penal, pode-se constatar claramente a relevância da jurisdição na manutenção da higidez constitucional e na promoção de direitos fundamentais. No entanto, ainda há

as constantes na Constituição da República.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX-X.

um longo trajeto a ser percorrido, lutas a serem travadas para que os magistrados não decidam de forma solipsista, apegado a concepções pessoais, deixando de lado a relevância de sua decisão para o aparato social. O apego exacerbado ao texto legal e o abandono da Constituição são obstáculos a serem transpostos, o que levará a sociedade a refletir acerca de soluções viáveis para problemas tão relevantes que envolvem a criminalidade.

Nunca é demais asseverar o papel da mídia, como notório instrumento de formação de da opinião pública, numa sociedade tão desprovida de senso crítico, onde o técnico de um time de futebol é chamado de professor. A programação das emissoras de televisão e os editoriais das redações dos jornais mostram o profundo interesse econômico que cerca a informação. A propaganda nos horários nobres, aliada aos escândalos envolvendo personalidades governamentais e do mundo empresarial, confirmam a falta de compromisso com o público. Os programas policiais pregam intolerância, estimulam a truculência nas ações policiais, menosprezam o real sentido dos direitos humanos e incentivam campanhas voltadas para a discussão de medidas criminalizantes nas grandes arenas, de modo particular no Parlamento. Tais iniciativas pregam a mitigação, para não falar em extermínio, de garantias albergadas pela Constituição, dando a conotação de que a solução dos problemas da criminalidade passa, necessariamente, pelo arrocho na legislação pertinente.

Para constatar-se a inobservância dos preceitos contidos na Constituição e da severidade na legislação infraconstitucional, interessante citar o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD - , instituído pela Lei 10.792. Tal situação é imposta a presos provisórios ou condenados que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade, caracterizando-se pela duração máxima de 360 dias, podendo ser repetida em virtude de nova falta grave

de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada, recolhimento em cela individual, visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. Nestes termos, o RDD representa um retrocesso incomensurável a práticas próprias da Idade Média, onde a crueldade era absolutamente normal. Fica flagrante a inconstitucionalidade de tal prática, legitimadora de violência estatal.

Outro fato também relevante neste aspecto, relaciona-se à proibição de concessão de liberdade provisória nos casos previstos na Lei 11.343²⁰. Esta prática configura uma escancarada antecipação de tutela penal, o que vai de encontro com os postulados do devido processo legal e da presunção de inocência, o que deve ser repellido de forma firme e veemente²¹. Aliás, o Supremo Tribunal Federal assentou pela inconstitucionalidade de tal dispositivo da Lei de Drogas como se verifica no HC 96715, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja decisão monocrática está assim ementada:

"HABEAS CORPUS". VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO "DUE PROCESS OF LAW", DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA "PROIBIÇÃO DO EXCESSO": FATOR DE CONTENÇÃO E CON-

²⁰ Dispõe o art. 44 da aludida norma: "*Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*".

²¹ Acerca da aplicação do art. 44, da Lei 11.343, o STF deferiu parcialmente o HC 104339, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes, impetrado em favor de acusado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006. No respectivo julgado determinou-se a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a custódia cautelar do acusado.

FORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO "STATUS LIBERTATIS" DAQUELE QUE A SOFRE. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA: FATOR QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A PRISÃO PREVENTIVA. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (STF - HC 96715-MC/SP - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJE de 3.2.2009).²²

Constata-se, portanto, que a jurisdição exerce papel fundamental com intuito de frear os abusos que abalam a efetividade da Constituição no que concerne às garantias fundamentais do cidadão. O cenário de insegurança leva à implementação de medidas radicais e que merecem ser tolhidas pelo Judiciário.²³ Qualquer ação que viole estas garantias ou que coloque em risco o papel contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário, leva a sociedade ao autoritarismo. Autoritarismo este que expõe a própria sorte grupos minoritários, particularmente aqueles que são desassistidos pelo Estado por meio de suas políticas públicas.

5. POSSÍVEIS SOLUÇÕES COMO MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES VOLTADAS À DIMINUIÇÃO DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE

22

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090408115105606&mode=print. Acesso em 25.10.2012.

²³ É salutar ressaltar que o postulado da inafastabilidade do controle jurisdicional ganha *status* constitucional justamente como garantia de prevenção dos excessos praticados pelos agentes estatais.

Toda problemática que envolve as questões de criminalidade merecem um amplo cabedal argumentativo com o fim de se buscar soluções viáveis sob uma perspectiva de garantia de direitos fundamentais e, principalmente, buscando a participação dos diversos sujeitos afetados por uma determinada decisão. Percebe-se que a criminalidade é consequência de uma estrutura social perversa, desigual e que privilegia o poder econômico. As decisões são tomadas com base em critérios políticos, sem levar em consideração os anseios e aspirações do real destinatário – o povo. A sociedade vive uma crise no que toca à representatividade, seja nos parlamentos, seja em outras arenas onde assuntos relevantes são discutidos.

A este respeito, é importante envolver todos os indivíduos que carregam a cidadania sobre os ombros para que, sendo partes dos problemas da comunidade, apresentem argumentos racionais como o fito de orientar as decisões. A teoria do agir comunicativo apresenta um ponto de vista acerca da racionalidade comunicativa. Jürgen Habermas assim preleciona, utilizando-se de Karl-Otto Apel:

Nós, ao contrário, ao adotar como ponto de partida o emprego comunicativo do saber proposicional em ações de fala, tomamos uma decisão prévia em favor de outro conceito de racionalidade, filiando a noções mais antigas do *logos*. Esse conceito de *racionalidade comunicativa* traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de consenso própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital.²⁴

Não se pode expurgar aquilo que Jürgen Habermas

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, I*. Trad. Paulo Astor Soethe; revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 35-36.

chama de “mundo da vida”²⁵, pois este representa o ambiente vivido pela coletividade, ou seja, “horizonte no qual os que agem comunicativamente se encontram *desde sempre*”. Em resumo, este “mundo da vida” é a realidade social, aquilo que se vê, um pano de fundo de uma sociedade e que é importante para o agir comunicativo.

Importa saber que todo este cenário social se dá em meio a um abandono da filosofia da consciência, cuja base era o modelo “sujeito-objeto”, aderindo às ideias da chamada filosofia da linguagem, que parte de uma linha teórica que se inicia com Carnap e Reichenbach, passando por Popper, Wittgenstein e Austin.²⁶

A sociedade, os grupos minoritários como um todo, ou seja, o maior número possível de interessados deve debater com o objetivo de se alcançar aquilo que é chamado de melhor argumento. Jürgen Habermas, em *Direito e Democracia* entre facticidade e validade, discorre sobre sociedade civil, opinião pública e poder argumentativo:

Até o momento tratamos a esfera pública política como se fosse uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil. Este espaço público político foi descrito como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco. Nesta medida, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis em toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identifica-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e *eficaz*, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. E a capacidade de elaboração dos *próprios* problemas, que é limitada, tem que ser utilizada para um controle ulterior do

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 2. Trad. Paulo Astor Soethe; revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 218.

²⁶ *Op. Cit.*, p. 218.

tratamento dos problemas no âmbito do sistema político.²⁷

Diante de toda a força teórica habermasiana, outra saída não há para uma melhoria da realidade social que não seja a discussão ampla para que todos os envolvidos exponham seus argumentos. Numa comunidade, aqueles que vivem os problemas relacionados com os interesses da coletividade é que podem apresentar soluções, argumentos, pois a relação destes indivíduos com o “mundo da vida” é estreita, o que confere maior legitimidade ao debate. Audiências públicas, reuniões em associações de bairro e centros comunitários, acesso aos parlamentos, notadamente às Câmaras de Vereadores, são artifícios essenciais para o exercício da democracia em meio a uma crise de representatividade.

Contudo, a realidade é de um poder decisório ficar restrito, nas mãos de uma elite, que não se dissocia de toda e qualquer realidade das periferias, onde os rotulados (os inimigos) se encontram. Estes indivíduos não participam do processo de discussão, dos debates, pois são submetidos a uma seleção como acentua a professora Vera Regina Pereira de Andrade:

Com efeito, existem os *homens de bem* e os *homens maus*, sendo os primeiros os artífices dos sadios valores e da boa vida que os segundos, em alarmente expansão, estariam impedindo de viver. A função declarada do sistema penal seria a de controlar a totalidade das condutas dos *homens maus* (a criminalidade) para garantir a boa vida dos homens bons (a cidadania).²⁸

Sob o aspecto processual penal, o rotulado (ou inimigo) passa por um processo de entificação, onde num primeiro momento lhe são tiradas todas as garantias de um processo justo. Por ser desprovido de recursos financeiros lhe é tolhido o direi-

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a facticidade e a validade*. 1. ed. reimp. vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 92.

²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 20.

to a uma defesa técnica. As defensorias públicas estão estruturadas precariamente, apesar de ter bons profissionais. Como seria um processo justo? Aquele onde as garantias constitucionais mínimas não existem (o que é almejado pela população em geral) ou aquele onde fosse garantido o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas? Seria possível um processo criminal sob a ótica de uma racionalidade comunicativa, nos moldes de Habermas?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir este trabalho, é imperioso e incontroverso destacar que a criminalidade é um problema que cresce em progressão geométrica e cada dia traz mais insegurança, inquietude e faz com que o Estado tome uma postura de institucionalização da violência. Cresce a criminalização de condutas, mitiga-se as garantias fundamentais e a realidade continua a mesma.

A população exige das autoridades uma atitude repressiva com uma legislação opressora e o Judiciário, por vezes, fazendo o contraponto para dar efetividade aos princípios constitucionais. Mas, ainda é possível se encontrar um ou outro magistrado solipsista, que não consegue se desvencilhar da filosofia da consciência e acaba decidindo “conforme a sua consciência”, para citar Lênio Streck. Fica, portanto, clarividente esta relação de tensão entre constitucionalismo e democracia. Constitucionalismo caracterizado por um respeito a um ordenamento jurídico que gravita em torno de algo que se denomina Constituição. Democracia que faz uma maioria gritar, clamar por soluções, nem que esta se chame vingança (ou sangue).

Ocorre que a sociedade deve buscar um objetivo, (aliás, contido na Constituição da República) que é concretizar a formação de um Estado Democrático de Direito, fundado na sobe-

rania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, além de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Como será possível a concretização de tão belos objetivos numa sociedade excludente, elitista e discriminadora? Como será possível tudo isto sem alteridade?

Frente a todos os argumentos já colocados, ao ponto de partida passa por uma maior participação popular do processo decisório. Fortalecimento de pequenos grupos com acesso amplo, livre e irrestrito às arenas onde ocorrem as decisões, inclusive no Poder Judiciário, por meio de uma prestação jurisdicional caracterizada pela possibilidade de influência das partes na fundamentação das decisões. A solução é agregar e não excluir.



REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriere Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática*

- da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes.
- FIORAVANTE, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. (*Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*). Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997.
- _____. *Direito e Democracia entre a facticidade e a validade*. 1. ed. reimp. vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.
- _____. *Teoria do agir comunicativo, 1*. Trad. Paulo Astor Soethe; revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- _____. *Teoria do agir comunicativo, 2*. Trad. Paulo Astor Soethe; revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor 1991.
- JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAUS, Ingelborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.