

**DIREITO PENAL MÁXIMO - CLIENTELA, PREFERÊNCIAS
E CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA: UMA CRÍTICA
CONSTITUCIONAL PARA O BRASIL CONTEMPORÂNEO**

*FULL PENAL LAW - CLIENTS, PREFERENCES AND SELECTIVE
CRIMINALIZATION: A CONSTITUTIONAL CRITICISM FOR
CONTEMPORARY BRAZIL*

*DERECHO PENAL MÁXIMO - CLIENTELA, PREFERENCIAS Y
CRIMINALIZACIÓN SELECTIVA: UNA CRÍTICA CONSTITUCIONAL
PARA EL BRASIL CONTEMPORÁNEO*

* Egressa do Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre (MG), Brasil. Mestre em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre (MG), Brasil.

** Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Pós-Doutorado em Direito, São Leopoldo (RS), Brasil. Docente permanente, tempo integral na Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre (MG), Brasil.

Bibiana de Paiva Francisco Beraldo Borges de Sant'Ana Terra*

Edson Vieira da Silva Filho**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O modelo moderno de direito penal, poder e controle social; 3 Teoria das Janelas quebradas e a tolerância zero; 3.1 Tolerância zero no Brasil; 4 Direito penal do inimigo e sua adequação às perspectivas objetivantes da modernidade e ao seu modelo de ordem; 5 Clientela e criminalização seletiva: uma crítica necessária para a construção de um modelo penal legítimo para o Brasil do século XXI; 6 Um epílogo - contra o formalismo moderno; 7 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: O trabalho tem por objetivo elaborar uma crítica ao viés maximalista dos modelos penais, observando sua clientela, preferências e criminalização seletiva. A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê um direito penal garantista, calcado na mínima intervenção e nos direitos humanos. Porém, com a propagação da cultura do punitivismo tomando cada vez mais espaço na sociedade, os modelos penais máximos passam a ser analisados como possíveis respostas aos problemas da criminalidade, no entanto, esses são incompatíveis com o constitucionalismo contemporâneo brasileiro. Em resposta aos clamores sociais e diante do processo expansivo da criminalidade nas sociedades modernas, as teorias e os discursos maximalistas se tornam cada vez mais frequentes. Passando uma falsa ideia de efetividade, eles se apresentam como meios de solucionar os riscos e inseguranças da sociedade. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, é proposta uma análise dessas teorias e discursos e de que forma estes contribuem para o direito penal no sentido de abandonar o minimalismo em busca de respostas eficientes para as inseguranças da sociedade contemporânea. Foram utilizados como marco teórico Alessandro Baratta e Eugenio Raul Zaffaroni.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização seletiva; Direito penal máximo; Direito penal minimalista; *Labeling approach*; Teoria das janelas quebradas.

ABSTRACT: Maximalist stance of penal models are criticized when clients, preferences and selective criminalization are taken into account. The 1988 Brazilian Constitution predicts a guaranteed penal law based

Autor correspondente:

Bibiana Terra

E-mail: bibianaterra@yahoo.com

on minimum intervention and on human rights. The spread of a culture featuring punishment in society and maximum penal models started to be investigated as possible responses to criminality, although incompatible with the Brazilian constitution. Due to social demands and the expansion of criminality in modern society, maximalist theories and discourses are becoming more frequent. Although they give a false idea of effectiveness, they have become a means to solve society's risks and insecurity. Current study, featuring a bibliographical research, analyzes these theories and discourses and the manner they contribute towards penal law for quitting minimalism for efficient responses against insecurity. Alessandro Baratta and Eugenio Raul Zaffaroni underscore the theoretical section.

KEY WORDS: Full penal law; Labelling approach; Minimalist penal law; Theory of broken windows; Selective criminalization.

RESUMEN: El estudio tiene por objetivo hacer una crítica al contrario maximalista de los modelos penales, observando su clientela, preferencias y criminalización selectiva. La Constitución Federal Brasileña de 1988 previene un derecho penal garantista, anclado en la mínima intervención y en los derechos humanos. Sin embargo, con la propagación de la cultura de la punición ganando cada vez más espacio en la sociedad, los modelos penales máximos pasan a ser analizados como posibles respuestas a los problemas de la criminalidad, pero, esos son incompatibles con el constitucionalismo contemporáneo brasileño. En respuesta a los clamores sociales y delante del proceso expansivo de la criminalidad en las sociedades modernas, las teorías y los discursos maximalistas se vuelven cada vez más frecuentes. Pasando una falsa idea de efectividad, ellos se presentan como medios de solucionar los riesgos e inseguridades de la sociedad. Así, por intermedio de una investigación bibliográfica, se propone un análisis de esas teorías y discursos y de qué forma estos contribuyen para el derecho penal en el sentido de abandonar el minimalismo en búsqueda de respuestas eficientes para las inseguridades de la sociedad contemporánea. Se utilizaron como marco teórico Alessandro Baratta y Eugenio Raúl Zaffaroni.

PALABRAS CLAVE: Criminalización selectiva; Derecho penal máximo; Derecho penal minimalista; Labeling approach; Teoría de las ventanas rotas.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho foi desenvolvido um estudo dividido em tópicos e que comporta uma análise crítica acerca do Direito Penal em seu caráter máximo, observando sua clientela, preferências e uma notável criminalização seletiva, algo que seria incompatível com um modelo de direito democrático de cariz social tolerante e plural. A escolha do tema partiu da necessidade de se entender o maximalismo penal moderno e quais os seus reflexos no Estado Democrático de Direito do Brasil contemporâneo, realizando uma análise crítica acerca dos problemas da existência de uma clientela preferencial do sistema penal afrontando a opção garantista do direito penal a partir de uma perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo.

Nos últimos anos, diante da crescente criminalidade nos grandes centros urbanos¹, revigora-se o ânimo de adotar um maior rigor à repressão penal, apregoando-se uma cultura punitivista, que enxerga no direito penal o melhor e mais eficiente instrumento de resposta ao “problema” da criminalidade.² Com a expansão do Direito Penal³, surge um movimento emergencial, dando lugar a um grande movimento de política criminal em que a aplicação da lei penal serve como resposta de urgência à segurança, trazendo uma série de aumento de penas e medidas que relativizam direitos e garantias penais em nome da segurança social e da busca por soluções imediatas.⁴

Assim, são abordados os chamados Direito Penal Máximo, associado via de regra às tolerâncias zero ou aos movimentos da Lei e da Ordem⁵, e Direito Penal Mínimo, via de regra fruto do constitucionalismo contemporâneo, principiológico e garantista, firmado a partir de um núcleo essencial dos direitos fundamentais. O Direito Penal Mínimo apresenta exemplos de modelos e teorias que defendam uma perspectiva maximalista do direito penal, analisando de que forma estes contribuem como resposta (eficiente ou não) aos anseios clamados pela sociedade.

Nesse sentido, o trabalho se inicia com uma abordagem acerca do modelo moderno de direito penal, poder e controle social. Cada vez mais, torna-se perceptível o surgimento de discursos que fomentam um viés maximalista do direito penal, na tentativa de oferecerem uma resposta punitiva eficiente e capaz de gerar acautelamento social, haja vista que o ideal da vida moderna é pautado na segurança.

Sendo assim, pode-se afirmar que o movimento do expansionismo penal está relacionado com a busca da sociedade moderna pela segurança, dando espaço à denominação *sociedade de risco*⁶. Tal denominação é dada às sociedades contemporâneas ou pós-modernas pelo fato de o ser humano estar inserido em um mundo que escapa do seu controle, onde o perigo, riscos e criminalidade são temas muito recorrentes no cotidiano das pessoas.

Uma sociedade acuada e amedrontada pela criminalidade e pela violência urbana seria o cenário ideal para o desenvolvimento midiático de um direito penal maximalista, pois a sensação de pânico generalizada cria, através de dados estatísticos mal interpretados e de informações distorcidas divulgadas pela mídia, *um sentimento global de insegurança* ou de *todos contra o inimigo*.⁷ Em realidade, essa discussão parte do mito da eficiência ligada ao

¹ Em 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios, segundo informações do Ministério da Saúde (MS). Isso equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa. Apenas nos últimos dez anos, 553 mil pessoas perderam suas vidas devido à violência intencional no Brasil. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432 e http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

² REALE JÚNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 40.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴ BONACCORSI, Daniela Villani. Constitucionalismo e emergencialismo penal: progresso global e retrocesso democrático. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ, ano 11, n. 13, 2013.

⁵ James Q. Wilson e George L. Keeling desenvolveram a Teoria das Janelas Quebradas, em 1982, nos Estados Unidos. Em síntese, na busca de reestabelecer a ordem social, essa teoria propõe o combate rápido e vigoroso/violento a todos os delitos, a partir dos menores por serem eles as raízes de onde surgem os crimes mais graves.

⁶ BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2013.

⁷ SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas a prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77-80.

rigorismo penal intolerante e antigarantista, enquanto associa-se, de regra, o Direito Penal Mínimo a um modelo fraco, tolerante e ineficiente.

Sendo assim, estaria de um lado um direito eficiente, apto a atender os anseios sociais e controlar a criminalidade, e do outro lado, um direito pautado na mínima intervenção penal e, portanto, ineficaz no controle criminal. Dessa forma, o Direito Penal Máximo corresponderia melhor à sociedade que clama por mais punição. A perspectiva minimalista, por sua vez, fundamenta seus discursos na mínima intervenção penal, apregoando que o direito penal deve ser aplicado somente como *ultima ratio*, devendo haver uma limitação ao poder incriminador do Estado, pois este direito tem caráter subsidiário e natureza fragmentária.

Por fim, foram confrontados esses discursos com os princípios constitucionais dos quais devem exsurgir políticas criminais garantistas, mínimas, e que em hipótese alguma se confundem com os pilares de um Direito Penal fraco ou com baixo grau de efetividade.

Atualmente o Direito Penal se encontra em uma encruzilhada, haja vista que de um lado tem-se o caminho do Direito Penal Mínimo - calcado nas garantias e nos princípios constitucionais; do outro, tem-se o chamado Direito Penal Máximo - que defende o recrudescimento punitivo e a flexibilização das garantias penais e processuais penais como meio de combater a criminalidade.

2 O MODELO MODERNO DE DIREITO PENAL, PODER E CONTROLE SOCIAL

O pensamento criminológico perpassa por diversas teorias que tentam explicar o porquê de o Estado punir os indivíduos, quais são os meios e finalidades da pena e do controle social, e de qual maneira o Estado exerce o seu direito de punir através de políticas criminais.⁸ Assim, ideias a respeito da utilização do controle social punitivo foram desenvolvidas. O constitucionalismo contemporâneo brasileiro ainda demonstra dificuldades em gerar um sistema penal que seja adequado a ele e que esteja em consonância com um modelo de Estado Democrático.

A constituição brasileira, garantista, principiológica, programática e compromissória, com base humanitária e igualitária, tem sido mal operacionalizada, especialmente na esfera penal, em que a tradicional tensão entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente faz com que a guerra entre os modelos penais máximos (ou de tolerância zero) e os mínimos e garantistas se entrincheirem em uma disputa acirrada. Rótulos e estigmas constroem uma clientela preferencial, em que o evento sociojurídico *crime* é mal compreendido e seu trato político/jurídico/administrativo é mal operacionalizado. Logo, a questão das ontologias, dos maniqueísmos, da construção social de valores sociais, do bem jurídico e do papel dos princípios na leitura do modelo sancionador do Estado brasileiro é necessária para uma (re)construção legítima.

O direito está atrelado ao poder e, sendo assim, consequentemente também ao controle social. *A priori* deve-se saber que o direito tem como um de seus objetivos o controle (o poder se funda em quem exerce o controle), o que remonta à ideia dos contratualistas, de que é preciso alguém que os controle. Quando se aborda a respeito de poder e controle social no Estado Moderno, deve-se ter em mente que a segurança é o ideal da vida moderna, sendo a modernidade a época da segurança. A modernidade traz como consequências uma sociedade de risco, pois esta se vê cercada por uma sensação de insegurança, e então tenta encontrar soluções para controlar os riscos.

Diante disso, os constantes avanços tecnológicos, econômicos e as novas construções das relações de produção, aliados às contínuas mudanças sociais e às perspectivas do sujeito plural fazem com que o grau de complexidade assuma proporções inimagináveis. Isso faz com que surjam novos anseios à sociedade, que traz consigo um novo aparato de bens jurídicos a serem tutelados, culminando na necessidade de renovação estatal para que este se torne suficiente à efetivação e proteção dos direitos conquistados, fazendo com que o direito penal seja cada vez

⁸ GUIMARÃES, Allisson Gomes. O direito penal de emergência e suas implicações nas políticas criminais contemporâneas do Brasil. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 6., 2013. Anais [...]. 2013.

mais utilizado como um instrumento de controle social. Assim, a complexidade de uma sociedade pós-industrial e a sua perplexidade em compreender a diversidade e as novas possibilidades do sujeito fogem à ordem polarizada da modernidade.

O direito penal, como instrumento de dominação e de controle social, através do controle do indivíduo transgressor e da tipificação das figuras delituosas, consideradas mais nocivas na proteção dos bens jurídicos, separa os indivíduos entre criminosos e sujeitos de bem. No entanto, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, os objetivos do direito penal ganham novas e amplas concepções, não se podendo mais conceber a ideia exclusiva da prevenção especial.

Assim, partindo-se do pressuposto de uma sociedade moderna - que é liberal, individual e burguesa - verifica-se o expansionismo do Direito Penal, com o recrudescimento punitivo e a flexibilização das garantias penais e processuais penais, em que se reforça a ideia do punitivismo e da utilização do Direito Penal como instrumento cujo controle social tem a sua violência associada à efetividade.

O Estado Moderno é o gestor do poder, ele se propõe neutro e racional, exercendo o controle perante a sociedade. Quando se fala em controle, leva-se a falar também em garantias, pois estas resultam do excesso de controle; são frutos de violações, e quanto mais violações, conseqüentemente, mais garantias. Nesse sentido, quem exerce o controle deve também oferecer garantias - frisa-se aqui, garantias penais e processuais penais - e essas são frutos de violações dos controlados. Sendo assim, pode-se afirmar também que as garantias são consequência do excesso de controle (pois controle trata de restrições).

Se o poder trata de controle, e o controle trata de restrições, então pode-se concluir que, se por um lado o controle social é necessário para a manutenção da ordem, também é importante definir que ordem é esta e a quem ela serve. Desse modo, deve-se também entender que o Estado Moderno vai resgatar na lei a razão, pois a lei é racional, ela é fruto da razão, fundamentação do poder. Assim, o direito é mecanismo de poder. Ao questionar a quem essa ordem serve, deve-se entender que esta ordem busca sempre reproduzir e se aperfeiçoar, ela está em busca da reprodução e do aperfeiçoamento das estruturas de sujeição, de dominação. Diante disso, pode-se concluir que o direito penal é um mecanismo de administração e manutenção de poder.

É importante compreender ainda, que, ao exercer o controle, o Estado Moderno deve também oferecer garantias, e que as garantias são sempre fruto de violações, sendo que quanto mais violações, mais garantias. Assim, o entendimento é de que a modernidade deve oferecer segurança. A ideia de que as coisas vão se dar como deveriam já não basta mais neste contexto. Sendo assim, as ideias a respeito da utilização de um modelo de controle - seja este um controle social punitivo ou um outro modelo de controle diferente - são desenvolvidas. Nesse sentido, surge, nos Estados Unidos, o *New Deal*, ligado ao realismo jurídico. Este se caracteriza como uma corrente jurídica que atribui ao direito a incumbência de realizar mudanças sociais.

Assim, no contexto da sociedade moderna, o direito penal, alicerçado na punição social, apresenta-se como uma forte arma contra a criminalidade, junto com a maximização dos tipos penais e sob a ótica da política de Tolerância Zero. Dessa forma, o processo penal torna-se o mais forte aparato judicial repressivo, tomando um sentido completamente diferente daquele que busca garantir a mínima intervenção e os direitos do cidadão⁹.

A necessidade de se romper a ideologia da repressão, no entanto, encontra uma série de obstáculos diante do grande crescimento de um medo coletivo e difuso, fazendo assim surgir um ambiente favorável à intensificação do controle social e ampliando o poder punitivo do Estado.¹⁰ Para fazer frente à criminalidade, a sociedade moderna adotou políticas e discursos criminais com o objetivo de manter a ordem e a segurança. Pode-se destacar que o

⁹ SESTREM, Felipe Cidral. (Anti)Garantismo penal: uma proposta para a quebra do paradigma jurídico regulador do Estado. Revista Eletrônica OAB Joinville, vol. 1, 4, ed. 2012.

¹⁰ KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim do IBCCRim, n. 168, 2006.

direito penal contemporâneo vem sofrendo muitas mudanças frente ao choque entre anseios de ordem e segurança, confrontados com os anseios de igualdade e liberdade de um Estado Democrático.¹¹

Assim, pode-se concluir que, na sociedade moderna, é perceptível uma cultura do punitivismo, que ganha cada vez mais espaço no ordenamento jurídico, colocando em crise a intervenção mínima e se utilizando do direito penal com um viés maximalista - como meio de controle social.

3 TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E A TOLERÂNCIA ZERO

Diante do crescimento acelerado da criminalidade ao redor do mundo, alguns países acreditaram fazer-se necessária a implementação de medidas e políticas hábeis a combater tal situação. Nesse contexto, surge, nos Estados Unidos, a Teoria das Janelas Quebradas - *Broken Windows Theory* -, uma política de segurança pública, conhecida como a política da tolerância zero. Há mais ou menos três décadas, a criminalidade em várias áreas e cidades dos Estados Unidos - com Nova Iorque no topo da lista - atingia níveis alarmantes, preocupando a população e as autoridades americanas, principalmente os responsáveis pela segurança pública. Nesse diapasão, foi implementada uma política criminal que ficou conhecida como “Tolerância Zero”, que seguia os fundamentos da Teoria das Janelas Quebradas.¹²

Essa teoria, que teve início na década de 1990, tinha como visão fundamental a desordem como causadora do crescimento da criminalidade, apregoando que se os pequenos delitos não fossem punidos, poderia ocorrer, como consequência, o cometimento de crimes mais severos, ante o descaso do Estado em punir as condutas não consideradas muito gravosas.

James Q. Wilson e George L. Keeling a desenvolveram, nos Estados Unidos, em 1982, através de um artigo publicado em uma revista americana. Nesse estudo, eles trabalham acerca do direito penal no enfrentamento ao crime, desenvolvendo a tese de que a desordem gera a desordem, e por isso é preciso um aparelho estatal que controle a sociedade. Para tanto, indicam o direito penal. Eles defendem que é necessária a efetiva atuação estatal para o combate à criminalidade, tendo como princípio basilar a punição mais severa.

O estudo que deu origem a essa teoria foi feito através de uma experiência de observação feita por pesquisadores e cientistas nos Estados Unidos. Para tanto, foram colocados dois carros iguais (mesma marca, modelo, cor etc.) em dois bairros com características muito diferentes um do outro - um em Palo Alto, uma zona rica e tranquila na Califórnia, e outro no Bronx, um bairro mais suburbano e conflituoso da cidade de Nova Iorque.

O carro deixado no Bronx foi saqueado e destruído em pouco tempo. Já no outro bairro, o veículo permaneceu intocado por mais de uma semana. Os pesquisadores decidiram então mudar algo naquela situação e quebraram uma janela do segundo carro para averiguar se o mesmo permaneceria como estava, mas o que ocorreu foi que, poucas horas após ter uma de suas janelas quebradas, houve roubos, violência e vandalismo, reduzindo o veículo ao mesmo estado daquele deixado no primeiro bairro.¹³

Diante desse experimento, conclui-se então que um comportamento criminoso pode estar diretamente ligado ao ambiente em que os fatos acontecem. Por exemplo, um pequeno fato criminoso - a quebra de uma janela - em um bairro nobre sucedeu outros atos criminosos e, por sua vez, mais graves. Sendo assim, a Teoria das Janelas Quebradas baseia-se na questão da progressão delituosa, afirmando que se um indivíduo cometeu uma pequena infração e não foi punido, isso levará ao cometimento de mais crimes, e de crimes mais graves.

Deve-se concluir, então, que a Teoria das Janelas Quebradas associa os comportamentos sociais à criminologia - ciência esta que, por sua vez, estuda os criminosos, os crimes e suas consequências. Assim, a política da Tolerância Zero

¹¹ CARNEIRO NETO, Durval. O mal estar do direito penal na pós modernidade. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, n. 55, 2016.

¹² WILSON, James Q.; KELLING, George L. Broken Windows, the police and neighborhood safety. The Atlantic Magazine, 1982.

¹³ *Ibidem*, 1982.

parte do pressuposto de que um ambiente de desordem pode influenciar no aumento dos índices de criminalidade de um determinado lugar.

Importa ressaltar que a teoria das janelas quebradas foi aplicada pela primeira vez em meados da década de 1980, no metrô da cidade de Nova Iorque, que havia se convertido no ponto mais perigoso da cidade. Começou-se por combater as pequenas transgressões: lixos jogados no chão das estações, pequenos roubos e desordens, entre outros. Os resultados positivos foram rápidos e evidentes, chamando grande atenção da população.

Em 1994, o então prefeito da cidade de Nova Iorque, Rudolph Giuliani, baseando-se na teoria das janelas quebradas e nos bons resultados obtidos na experiência do metrô, deu impulso a uma política mais abrangente de tolerância zero. A estratégia consistiu em criar comunidades mais ordenadas, não permitindo nem mesmo pequenas transgressões à lei, o que alcançou bons resultados e diminuiu consideravelmente os índices de criminalidade na cidade.

Essa teoria concluiu que a causa dos delitos não se encontra na situação de pobreza, mas que o vidro quebrado do carro abandonado causou a ideia de abandono, desinteresse e indiferença, criando então um sentimento de impunidade. Em síntese, a teoria das janelas quebradas acredita que a melhor forma de combater a criminalidade é através da repressão de pequenos atos, sem nenhuma (ou com baixos graus) de tolerância, partindo do princípio de que as pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, levariam então ao cometimento de crimes.

Diante disso, o sistema baseou-se no princípio da repressão inflexível a crimes menores para promover o respeito à legalidade e a redução dos índices de criminalidade. O argumento principal da teoria é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que toma conta da sociedade. Assim sendo, esse pensamento pode ser metaforicamente exposto de maneira que “se as janelas quebradas de um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas admitirão que ninguém se importa com os seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar mais janelas”¹⁴.

Os pesquisadores concluíram que se os atos de pequena desordem começarem a acontecer e não forem tomadas providências para controlá-los ou reprimi-los, as consequências podem ser o crescimento exacerbado da criminalidade e a diminuição da qualidade de vida da população, podendo haver, em casos mais extremos, até mesmo o abandono do local pela população devido ao aumento da criminalidade naquele local.

Essa teoria alcançou bons resultados nos Estados Unidos, reduzindo de forma relevante os índices de criminalidade, o que levou certas populações a acreditarem que essa teoria seria a “resposta certa” ao combate aos crimes¹⁵. No entanto, não se pode deixar de atentar para diversos outros fatores que, à época, influenciaram na redução desses índices, tais como o grande aumento de policiamento nas ruas, condições econômicas mais elevadas, e até mesmo a tecnologia, que contribuíram para a redução das taxas de criminalidade. Portanto, é correto afirmar que essa teoria não agiu de maneira independente.

A Teoria das Janelas Quebradas tem como pressuposto a crença em causas individuais da criminalidade, ou seja, coloca o indivíduo como o real culpado pelo crime. Nesse sentido, as causas sociais do delito passam para um segundo plano (adquirem valor secundário). Assim, deixam-se de lado as causas sociais que levaram à ocorrência do crime e passa-se a ressaltar apenas o seu “produto final”, ou seja, o criminoso e o delito por ele cometido, fornecendo, assim, sustentação teórica à política da tolerância zero, tendo sido colocada em prática pelo então prefeito da cidade de Nova Iorque, Rudolph Giuliani. Nessa época, Giuliani alçou William Bratton, um antigo chefe da polícia de trânsito da cidade, ao posto de Comissário de Polícia. Diante disso, William Bratton foi o principal responsável pela aplicação da Teoria das Janelas Quebradas.¹⁶

¹⁴ BELLI, Benoni. Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

¹⁵ RUBIN, Daniel Sperb. Janelas Quebradas, tolerância zero e criminalidade. Teresina: Jus Navegandi, 2003. n. 62.

¹⁶ BELLI, Benoni. Tolerância Zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

Bratton, em seu posto de comissário, procurou atacar as pequenas infrações do cotidiano que, no seu entendimento, afetavam de forma negativa a qualidade de vida da população nova iorquina e gerava um clima de abandono, que estaria por trás dos crimes mais violentos. Assim, ele procurava reprimir até mesmo as menores infrações. A estratégia utilizada por Bratton, na prática, enfatizou as infrações que estavam relacionadas com a qualidade de vida da população. Em seu posto de comissário de polícia, ele aumentou dramaticamente o número de policiais nas estações de metrô. Na busca de reprimir desde os menores atos infracionais, ele procurava prender mendigos e acabar com a prática de *pular roletas*.¹⁷ Isso porque o encarceramento era mais barato do que a reinserção no processo produtivo da sociedade.¹⁸

O programa de tolerância zero e o encarceramento em massa - gerado pela adoção dessa política - fazem parte da tendência geral de exclusão dos indesejáveis, que são vistos pelo Estado como uma ameaça à ordem social. Quanto à recepção da política da tolerância zero, Belli afirma:

Os políticos falam para as massas, exploram o medo crescente e o sentimento de terror causados pelos crimes violentos e por sua divulgação *ad nauseam* pelos meios de comunicação. Os técnicos da segurança pública, entusiasmados pela experiência de Nova York, tendem a falar para um público mais restrito. Procuram alcançar os operadores jurídicos, as elites governantes, os empresários e as classes médias, os quais, apesar de serem menos vitimados pelos crimes do que as classes desprivilegiadas que habitam as periferias e as favelas, se encontram igualmente aterrorizados e aparentemente dispostos a apoiar políticas mais assertivas.¹⁹

Diante do trecho acima, percebe-se que o autor concluiu que a recepção favorável dessa política de tolerância zero, muito mais do que sua suposta eficiência na redução dos índices de criminalidade, tem a ver com a sua eficácia simbólica no reforço de estereótipos correntes na sociedade, assim reforçando a crença em uma determinada representação social do crime e do criminoso. Os defensores dessa teoria afirmam que o seu conceito principal é muito mais a prevenção e a promoção de condições sociais de segurança, do que simplesmente repressão, não se tratando de linchar o delinquente, mas sim de impedir a eclosão de comportamentos criminosos, promovendo condições de segurança.

No entanto, vale ressaltar que a Teoria das Janelas Quebradas nunca foi comprovada empiricamente, por mais que tenha obtido sucesso - se é que obteve. Essa política de segurança pública ficou famosa e se espalhou ao redor do mundo, sendo que diversos países passaram a adotá-la, acreditando na redução da criminalidade, porém sem que fossem analisadas condições externas necessárias para que a sua implementação fosse realizada com sucesso.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a promessa da segurança dada através dessa Teoria, que se fundamenta na prevenção dos pequenos delitos para evitar crimes mais graves, gera grandes reflexos na repressão, pois é através da repressão e com a promessa de maior segurança que essa teoria acaba sendo “vendida” para os governantes e para a sociedade. No entanto, ela é pautada na questão da intolerância generalizada e se destina aos infratores, sendo que o rosto do inimigo se forma para construir a clientela preferencial.

Assim, pode-se perceber que a proposta feita pelo programa da tolerância zero, através da Teoria das Janelas Quebradas, acerca da queda dos índices de criminalidade na cidade de Nova Iorque, não é tão eficiente quanto se propaga. A teoria possui objetivos fascinantes, no entanto alguns dos meios para alcançar os seus resultados são inadequados e incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, pois sua política é discriminadora e intolerante. Ademais, ela depende de outros fatores, que talvez sejam até mesmo mais eficientes do que a própria teoria, para

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. O mal estar na Pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 50.

¹⁹ BELL, Benoni. Tolerância Zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

que gere efetivos resultados, pois apenas o seu discurso sem estar ancorado com outros fatores influentes - tais como economia, política e cultura - não é capaz de se sustentar.

3.1 TOLERÂNCIA ZERO NO BRASIL

Os resultados obtidos através da política da Tolerância Zero, implementada na cidade de Nova Iorque, começaram a ser apresentados por meio de um sistema de estatísticas implementado por Willian Bratton, que demonstrava que a partir do ano de 1994 até 1998 houve uma grande redução de crimes violentos e de homicídios naquela cidade - onde essa teoria foi aplicada inicialmente. No entanto, cidades como Boston, Houston e San Diego também tiveram seus índices de criminalidade reduzidos, porém sem a implementação da Teoria da Tolerância Zero, o que acaba gerando dúvidas entre a ideia de eficiência do programa, e a ideia de que fatores externos contribuíram para essa redução.²⁰

Nesse sentido, a partir da década de 1990, o Brasil também passou a analisar a viabilidade da implantação dessa teoria, na busca da redução dos altos índices de criminalidade. Para tanto, autoridades iam visitar os Estados Unidos em busca de informações a respeito da política da tolerância zero, pois acreditavam que a eficiência desse programa já estava confirmada, devido às boas estatísticas lançadas pelo governo da cidade de Nova Iorque.

Assim, a opção pela adoção de um modelo de viés maximalista em nosso contexto social surge a partir da sensação de impunidade da sociedade perante o alto índice de criminalidade explorado diariamente pela mídia. Em vista disso:

Uma das características da sociedade globalizada é a influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos. [...] o medo de tornar-se vítima de um delito transforma-se em mercadoria da indústria cultural [...].²¹

Assim, é possível perceber que, no Brasil, estas reformas do direito penal são, em sua maioria, frutos da influência cada vez maior dos meios de comunicação em massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio de discursos repressivos intencionados a atender a nova realidade social²².

Quanto à hipótese de uma possível implementação dessa teoria no Brasil, questiona-se se essa seria uma medida adequada para controlar e reduzir os índices de criminalidade, por se tratar de um país ainda em desenvolvimento. A aplicação dessa medida no Brasil diverge opinião entre os juristas, sendo que alguns defendem a sua aplicação no país como meio de reduzir os altos índices de criminalidade, e outros asseveram quanto à impossibilidade de sua aplicação em um país de modernidade tardia como o Brasil.

O direito penal brasileiro rege-se por vários princípios, entre eles o da intervenção mínima e da insignificância. O fato de que, naquela época (década de 90), ainda não se conseguia conciliar a racionalidade constitucional às práticas viciadas imperantes desde o nosso nascimento traz obstáculos de difícil transposição para o nosso amadurecimento. A Teoria das Janelas Quebradas - em que a punição de pequenos delitos se torna primordial para a redução dos índices de criminalidade - exige a aplicação de um direito penal máximo, o que seria impossível, pois ela vai contra os mencionados princípios.

²⁰ BELLI, Benoni. Tolerância Zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

²¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 44.

²² CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: Conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 79, p. 7-40, 2009.

Por encontrar objeções com relação aos princípios albergados pelo direito penal brasileiro, a imagem de uma dinâmica eficiente trazida pela Teoria das Janelas Quebradas é vista pela sociedade como o ideal a ser alcançado, pois afasta o “inimigo” do convívio social. Assim, a percepção social de uma divisão entre os destinatários da proteção e os destinatários da sanção como públicos diferentes gera uma aceitação em torno dessa teoria. No entanto, ela esbarra diretamente em princípios constitucionais. A criação de penalidades desmedidas e desproporcionais dá maior discricionariedade ao Estado porque intervém na esfera penal, o que reforça a ideia de um Estado autoritário, que não condiz com o previsto pela Constituição Brasileira (1988) de um Estado Democrático de Direito.

Assim, muitos juristas afirmam quanto à impossibilidade de aplicação da Teoria das Janelas Quebradas no ordenamento jurídico brasileiro, por contrariar princípios básicos do direito penal e não condizer com o arcabouço legislativo. Deve-se observar, ainda, conforme asseveram alguns determinados autores, que, em muitas situações, é o próprio Estado que quebra as janelas com atuações criminosas, pois há uma parcela especial da sociedade (elites políticas e econômicas) para a qual o percentual de tolerância é diferente do zero.²³

Dessa forma, frisa-se que essa teoria parte do pressuposto de que a punição mais severa, recrudescimento da pena e a aplicação de uma tolerância zero serviriam para demonstrar à sociedade que quem cometesse infrações seria punido severamente, implicando no comportamento dos demais, que ficariam temerosos de incorrer no crime e deixariam de praticá-lo por medo de repressões. O problema que se manifesta nesse contexto é acerca da presunção do perfil do criminoso como sendo aquele que não compartilha das possibilidades sociais. Nesse sentido, tem-se, nas camadas periféricas da sociedade, o retrato do risco, e contra os desviantes volta-se o arsenal penal.

Deve-se destacar, ainda, que se considera o direito penal brasileiro a última *ratio*, porquanto somente será admitido caso não exista nenhuma outra alternativa possível, em respeito aos princípios da intervenção mínima e da insignificância, os quais, em suma, impõem limites ao *ius puniendi* do Estado em contrapartida à aplicação da Teoria das Janelas Quebradas. Insta mencionar que o princípio da intervenção mínima traz a pretensão de que o direito penal deve ser encarado como a última *ratio* do sistema, devendo ser aplicado somente quando os outros meios de garantias mostrarem-se ineficazes ou insuficientes; é a partir desse princípio que decorre o caráter fragmentário do direito penal e sua natureza subsidiária²⁴.

Assim, pode-se concluir que, para as teorias expansionistas do Direito penal, não mais seria minimalista, mas sim passaria a ser adotado como *prima ratio*, pelo menos para alguns, sendo adotada uma perspectiva maximalista desse direito, abandonando o minimalismo. Assim, a construção do outro como ameaça se faz presente para que se possa negociar rigores e garantias, rompendo com garantias e distribuindo rigores e benesses de maneiras desiguais. Com as premissas maximalistas fixadas por uma proposta intolerante e com baixos graus de garantias, é necessário justificar a ameaça criada por alguns, os malfeitores (ou os outros) contra homens de bem(ns), ou nós.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA ADEQUAÇÃO ÀS PERSPECTIVAS OBJETIFICANTES DA MODERNIDADE E AO SEU MODELO DE ORDEM

A expressão “Direito Penal do Inimigo” foi utilizada por Günter Jakobs, penalista e filósofo alemão, inicialmente por volta da década de oitenta, mas o desenvolvimento teórico e filosófico do tema somente foi levado a cabo a partir da década de 1990. O tema ganhou maior destaque depois de 2001, com a onda de ataques terroristas ao redor do mundo (precisamente após o 11 de setembro). Dentro do contexto de altos índices de criminalidade (especialmente após os anos 2000), surge a ideia de que certas pessoas, por seus atos de reiterada negação da norma e pelo perigo que representam à sociedade, deveriam ser vistas pelo Estado como inimigos. Esses indivíduos perderiam a sua

²³ COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? Revista de Estudos Criminais da Editora Síntese, 2003, n. 11, p. 24-30.

²⁴ LUISI, Luiz Benito Viggiano. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

personalidade, deixando de ser pessoas, e passariam a ser tratadas como inimigos, sem direitos e alçados à condição de mero objeto de punição.

O direito penal do inimigo é uma ideia defendida por alguns estudiosos que têm na pessoa de Jakobs²⁵ o seu principal defensor. Essa ideia parte do pressuposto de se dividir o direito penal em dois polos: um direito penal direcionado ao cidadão criminoso comum (com todos os seus direitos e garantias resguardados); e um para o inimigo (que seria o infrator reiterado e perigoso). Assim, Jakobs propõe a adoção da dicotomia “direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão” para o enfrentamento da criminalidade, alegando que essa diferenciação seria o meio eficaz para o combate à criminalidade.

Parte da ideia de que há dois tipos de criminosos: o cidadão criminoso comum, que cometeu um crime e que será punido para que a norma criminal seja reafirmada; e o inimigo, um ser que, deliberadamente, renega o Estado e a sociedade - que continuará atentando contra eles e, nesse caso, aplicam-se medidas de contenção com o fim de segregá-lo do convívio social, haja vista sua periculosidade - o risco de sua liberdade. Haveria, portanto, um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, entendendo-se essa distinção mais como modos de compreender o mundo e o direito do que uma separação legislativa clara.²⁶

Nesse sentido, Jakobs afirma que aquele que viola as leis deve ser visto como um inimigo do Estado, não devendo gozar dos mesmos direitos e garantias daqueles que “cumprem seus deveres”. Assim, defende que deve ser dado um tratamento diferenciado entre as pessoas e os considerados inimigos. Essa ideia do Direito Penal do inimigo, da teoria de Jakobs, teve como base filosófica Rousseau, Kant e Hobbes, que influenciaram na construção dessa ideia de inimigo do Estado e da segregação dos indivíduos em *bons e maus*.²⁷

Jakobs defende a ideia de que os indivíduos devem ser diferenciados entre inimigos e cidadãos, fazendo-se necessário também diferenciar um direito específico para os considerados inimigos, sendo o inimigo aquele que se baseia na habitualidade, na reincidência, precisando de um direito diverso dos outros. Na Teoria pura do Direito Penal do Inimigo, o inimigo é considerado uma coisa e é anulado, não é considerado mais um cidadão e nem mesmo um sujeito processual. Contra ele, não se justifica um procedimento penal (legal), mas sim um procedimento de guerra.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.²⁸

Estes discursos, cada vez mais, encontram receptividade na população brasileira. Dessa forma, são utilizados os meios de comunicação como mecanismos de promoção de medidas emergenciais, ao elevarem a função simbólica de um sistema penal eminentemente repressivo²⁹. É de se ressaltar que Baratta questiona essa função simbólica do

²⁵ JAKOBS, Günther; MELLÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo, noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari; Nobreu José Giancomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior. Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder. Revista de Estudos Criminais 51, Doutrina Nacional. out./dez. 2013.

²⁷ JAKOBS, Günther; MELLÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo, noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari; Nobreu José Giancomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

²⁹ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: Conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 79, p. 7-40, 2009.

Direito Penal, indicando que ela tende a prevalecer sobre a função precípua deste e não realiza efetiva proteção de bens jurídicos. Para Baratta, isso seria compensado pela criação de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que possuem uma base real cada vez mais escassa.³⁰

Embora a base do direito penal brasileiro seja a intervenção penal mínima, pode-se verificar um enrijecimento do sistema penal e a supressão de direitos e garantias fundamentais do cidadão considerado como inimigo do Estado. Importa ressaltar que, para Zaffaroni, o conceito de inimigo nunca é compatível com um Estado de Direito e nem com os princípios do liberalismo político. De acordo com Zaffaroni, a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa, sendo considerado sob o aspecto de ente perigoso. Essa ideia propõe estabelecer uma distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas). No caso, o inimigo é privado de certos direitos individuais, motivo pelo qual ele deixa de ser considerado pessoa. É por isso que a ideia de direito penal do inimigo é incompatível com o princípio do Estado de Direito.³¹

Diante disso, é importante frisar que são compreendidas como características do Direito Penal do Inimigo, entre outras, a antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; a criação de novos tipos penais; a criação de tipos de mera conduta e de perigo abstrato; a desproporcionalidade das penas; a restrição de garantias penais e processuais penais. A figura do inimigo nasce da insegurança social, acarretando a ideia da necessidade de maiores punições aos delitos já tipificados e tipificação de novos atos. Pode-se notar, a partir dessa ideologia, a figura retribucionista do direito penal, enquadrando-se a ideia de direito penal do inimigo defendido por Jakobs. Tais indivíduos perderiam sua personalidade (persona), deixando de serem pessoas e num processo de coisificação do ser humano passariam a ser tratadas como feras, sem direitos, mas alçadas a condição de mero objeto da investigação, do processo e da punição.³²

58

Pode-se concluir então que o papel do direito penal do inimigo é o de eliminar o perigo que estes (inimigos, não cidadãos) representam à sociedade. Nesse contexto do Estado Moderno, o inimigo é considerado como não-pessoa. Ele faz parte de grupos que são indesejados pela sociedade, que devem ser excluídos do contexto social, pois perdem o seu *status* de pessoa em nome da proteção da maioria, dos “homens de bem”.

Por fim, considera-se, então, que a adoção de um direito penal para inimigos decorreria de uma sociedade amedrontada, que reclama pela adoção de medidas mais severas, por mais punição, encontrando no direito penal o meio de combate à criminalidade - combatendo desse modo os inimigos. No entanto, insta ressaltar que muitos juristas e estudiosos não concordam com essa abordagem, alegando que ela é totalmente contrária aos direitos fundamentais e que não condiz com um Estado Democrático de Direitos.

5 CLIENTELA E CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA: UMA CRÍTICA NECESSÁRIA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PENAL LEGÍTIMO PARA O BRASIL DO SÉCULO XXI

Howard Becker expõe que o processo de formação da seletividade penal se dá através do *Labelling Approach* ou *Teoria do Etiquetamento*, segundo a qual a sociedade atribui etiquetas a certos indivíduos, buscando traçar linhas de comportamentos para definir o que seria certo e o que seria errado e, a partir disso, quem transgredisse o comportamento definido como certo seria considerado um *outsider*, alguém que não respeitou as regras estabelecidas. Assim, é possível perceber que o *Labelling Approach*, o ato de etiquetamento do indivíduo, auxilia na construção do rosto do selecionado pelo sistema penal, pois quando essa teoria coloca etiquetas para os indivíduos que violam as

³⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

³² SILVA FILHO, Edson Vieira da et al. *O Direito Penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo*. São Paulo: Lexia, 2013. (Vol. 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista). p. 149.

normas penais, ela vai construindo o rosto do inimigo do sistema, e quem possui suas características acaba sendo etiquetado.

O conceito de *outsiders* se refere a uma transgressão da norma social (sendo esta um modelo de comportamento relativo a um determinado grupo social). Se o indivíduo transgredir a norma social do seu grupo, o mesmo passará a ser considerado um estrangeiro, um desviante, devido ao seu comportamento. Shecaira, interpretando a teoria de Howard, afirma que o “outsider” passa a ser estigmatizado como uma pessoa não confiável para a vivência em sociedade.³³

Ainda de acordo com Becker, o comportamento desviante ou divergente é uma situação que ocorre quando certos indivíduos são alheios à coletividade por não respeitarem as normas sociais. Para o autor, os comportamentos divergentes fazem com que a sociedade ponha uma etiqueta sobre o indivíduo.³⁴ Assim, a Teoria do Etiquetamento Social é uma teoria criminológica, marcada pela ideia de que as noções de crime e de criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos.³⁵

Essa teoria surgiu nos Estados Unidos e representou um importante marco para a teoria da criminalidade, pois esta passou a preterir o estudo de supostas predisposições à realização de crimes, defendida por Cesare Lombroso, em favor de uma análise mais aprofundada do Sistema Penal, como forma de compreensão do *status* social do delinquente.

No que diz respeito à Teoria do Etiquetamento, foi realizado um estudo do fenômeno conhecido como “Cifra Negra” - sendo que esta deixa claro que as estatísticas não são confiáveis -, o qual representa o número de crimes que de fato são praticados, mas que não aparecem nas estatísticas oficiais, demonstrando que, embora muitas pessoas já tenham cometido algum tipo de crime durante a vida, apenas uma ínfima parcela deles são investigados, levando a um processo judicial que repercutirá em uma sentença criminal.

Diante disso, fica demonstrado que o risco de ser etiquetado não depende simplesmente da conduta do agente, ou seja, do fato criminoso praticado por ele, mas sim da sua situação na pirâmide social.³⁶ É importante resgatar a ideia de Alexandra Lebelson Szafir, de que não se pode admitir o binômio de *dois pesos e duas medidas*, pois cabe ao legislador ter a mesma preocupação com os agentes infratores, independentemente da classe econômica que estes ocuparem.³⁷

Zaffaroni assevera que um direito penal seletivo, sem capacidade de encarcerar todos aqueles que efetivamente cometem delitos, “necessita da existência da cifra oculta da criminalidade para não entrar em colapso”. Assim, a utilização de expressões como “cidadão de bem”, a partir do momento em que o sujeito vira réu em um processo penal, automaticamente é imputada a este a figura do mal (do criminoso) e que deve então ser eliminado da sociedade.³⁸

Ressalta-se, ainda, que essa Teoria do Etiquetamento tem como um dos seus principais postulados a seletividade e a discriminabilidade do controle social - o controle social é altamente discriminatório e seletivo - tendo-se um processo de definição e seleção que atribui a etiqueta de delinquente a um indivíduo.³⁹ Destarte, considerando-se que a sociedade é pautada pelo medo, Sica destaca que uma sociedade amedrontada pela criminalidade e pela violência

³³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁴ BECKER, Howard S. Outsider: Studies in the sociology of deviance. New York: [s.n.], 1963.

³⁵ 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.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

³⁷ TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 28. p. 73-84, 1999.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

³⁹ 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.

urbana é o cenário ideal para o desenvolvimento de um direito penal simbólico, sendo o direito penal o único meio capaz de neutralizar a situação de perigo.⁴⁰

Assim, a sociedade reconhece a necessidade de criar mecanismos para a sua convivência harmoniosa e cria leis penais para regular o convívio social. Diante disso, pode-se afirmar que o direito se fundamenta na convivência humana. Nos tempos atuais, pode-se dizer que o que garante o Direito é o poder e não a igualdade social, pois este faz parte de todo um aparato estatal, que tem em vista implementar uma ideologia para a perpetuação das classes dominantes no poder. Desse modo, pode-se afirmar que as leis penais buscam proteger, em sua maioria, os bens de maior importância para a elite, que, conseqüentemente, são mais suscetíveis à ação dos menos favorecidos.⁴¹

Diante dessa seletividade, Baratta denuncia que o Direito Penal, como instrumento de (re)produção do poder, possui uma forte tendência a privilegiar os interesses das classes sociais dominantes, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas. Ainda, para Baratta, a seletividade estrutural do sistema penal é evidente do fenômeno da eleição dos delitos, pois tal sistema tende a imunizar condutas típicas das classes sociais mais abastadas e criminalizar condutas características das camadas sociais menos favorecidas. Nesse sentido, o autor assegura que a igualdade no Direito Penal é uma falácia, um mito, pois este pune os indivíduos de maneira desigual e fragmentária, e que a estigmatização de criminoso no meio social é distribuída de maneira desigual, dependendo, sobretudo, da classe social a que pertencem esses indivíduos.⁴² Neste diapasão, Foucault retrata a seletividade do sistema penal e o discurso de que a lei é feita para todos:

[...] processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social” [...] nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.⁴³

Diante desse pensamento, pode-se afirmar, novamente, que o sistema penal se revela potencialmente seletivo, tanto no momento em que decide quais condutas considerará ilícitas, quanto no momento em que decide qual será o alvo responsabilizado por praticar tais condutas.⁴⁴ Desta feita, resta concluir que, embora o Direito Penal brasileiro se fundamente na isonomia, na prática esse é um discurso falacioso, pois ele é, na verdade, excludente e possuidor de uma clientela própria. Desse modo, pode-se verificar um tratamento diferenciado às classes menos favorecidas, sendo que a seletividade do sistema se deve, principalmente, a fatores socioeconômicos.

⁴⁰ SICA, Leonardo. Direito Penal de emergência e alternativas à prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴¹ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁴² 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.

⁴³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 229.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 245-246.

6 UM EPÍLOGO - CONTRA O FORMALISMO MODERNO

No presente estudo optou-se por uma construção que foge a um modelo formal que engessa ideias e pensamentos, próprio da modernidade e que nos marca enquanto sociedade, apesar de um constitucionalismo que se materializa em gênero dos neoconstitucionalismos⁴⁵, surgidos no segundo pós-guerra, na Europa continental, e que se baseiam em cartas marcadas por um núcleo duro e inegociável de direitos fundamentais, e que se estrutura a partir do resgate do mundo concreto, por meio de princípios constitucionais que em muito diferem dos princípios gerais do direito⁴⁶ para buscar-se um aprimoramento da discussão aqui levantada. Assim sendo, antes de apresentar as considerações finais deste artigo, cumpre apresentar uma breve ode à tão maltrada Constituição.⁴⁷

A modernidade ainda marca de forma bastante profunda a racionalidade contemporânea, tornando sempre árduo o processo de quebra de paradigmas resultantes do confronto entre o novo e o velho nas estruturas científicas⁴⁸, sendo que a moral individual do sujeito solipsista da modernidade continua sendo o norte de validade das escolhas (e não das decisões)⁴⁹. Nesse contexto, o advento do constitucionalismo contemporâneo brasileiro não gerou grandes alterações em tal perspectiva. Continuamos apegados à racionalidade moderna em busca de uma segurança que não existe. Desse modo, sequestramos o sentido das coisas, atribuímos novamente esses sentidos a partir de nossas idiosincrasias.⁵⁰

Ao contrário do que se anuncia a partir de uma perspectiva moderna, anunciando um Estado pretensamente neutro baseado em uma razão também dotada da mesma pretensão de isenção (pretensamente, pois, afinal, todo conhecimento é ideológico), fato do qual o presente texto não pode se afastar, a inovação que aqui se apresenta está justamente na busca de se reconstruir velhas práticas, no sentido de alcançar novos resultados, afinal de contas, valer-se das mesmas estratégias esperando resultados diferentes é o triunfo da esperança sobre a experiência. O fato de que hoje seções do Supremo Tribunal Federal (STF) angariam torcidas como os grandes clássicos do futebol, entre garantistas e eficientistas, os novos times se submetem aos novos juízes em uma nova arena. E as torcidas vão da loucura à frustração, do êxtase à frustração ao assistirem o novo jogo, regido pela miscelânea de novas e velhas regras. É esta a atualidade do tema, entre o majoritarismo e o contramajoritarismo os novos times buscam mais adeptos, seguidores cegos. Ora, a ideologia em si não é um mal, Milton Nascimento fala de um perigo, o “da fé cega, faça amolada”, cuidemo-nos para que não nos cortemos, nem aos outros pois como afiança Levinas⁵¹, o outro somos nós.

Se a partir de um determinado modo de pensar o mundo temos, *a priori*, o que é certo e errado já definidos, decidimos que podemos incluir alguns no sistema de proteção enquanto excluímos outros. Para tanto, basta que sejam identificados aqueles que merecem a proteção estatal, o resguardo de suas garantias penais e processuais penais, e separá-los daqueles que não merecem o mesmo, pois não são dignos delas. A criação de uma ameaça, interna ou externa, reforça a validade para tanto - a necessidade de um direito penal do sujeito, que não se adequa a um sistema garantista, que prevê garantias penais.⁵² O sistema penal não é para proteger uns aos outros, é para preservar

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo, 13 de março de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: GARANTISMO, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização de Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

⁴⁸ KUHN, Thomas. Estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1978, *Passim*.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme a minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵⁰ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? In: STRECK, Lenio Luiz. (org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Bahia: Jus Podivm, 2017. p. 131-132.

⁵¹ LEVINAS, Emmanuel. Entre nós: ensaios sobre a alteridade. Tradução Pergentino Pivatto et al. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

⁵² SILVA FILHO, Edson Vieira da. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? In: STRECK, Lenio Luiz. (org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Bahia: Jus Podivm, 2017. p. 131-132.

o tecido social, poupando-os de fissuras, e isso não tem sido feito, a violência aumenta dia a dia e os velhos modos de ser não têm se mostrado eficientes.

E o que se fazer, se a adequação constitucional é condição de possibilidade para se elaborar políticas criminais? Se é na Constituição, produzida democraticamente, que encontramos os horizontes autênticos de compreensão, que impõe limites institucionais necessários para blindar as garantias penais e processuais penais e discursos que se baseiam em uma moral (individual ou coletiva).⁵³

Desse modo, não é por outra razão que o movimento de constitucionalização dos direitos que surge no Sul do país na década de 1990 clama pelo necessário perpassar da Constituição pelos direitos, sendo filtro de legitimidade, superada a simples exigência moderna de legalidade, de certa forma Kelsen e Hart já sabiam disso. Entre o legalismo estrito de Ferrajoli, com os seus dez axiomas do garantismo penal⁵⁴, e o modelo principiologista adotado por Lenio Streck⁵⁵, cria-se um *gap*, que vem sendo o vento que instabiliza o percurso pelo qual se passa na construção de uma sociedade plural, tolerante e incidente.

Para além do século XIX e da filosofia da consciência, vem o clamor por um judiciário que efetivamente se pautar e se limite pela Constituição e que não tenha em seus modos de ser domésticos o condão de solipsisticamente deliberar sobre as verdades (*sic*) e objetivos do sistema penal, fundindo o que se cindiu de há muito, morais e direitos. Cooriginários que são separam-se no momento em que valores plasmam-se como princípios no texto constitucional, trazendo de volta ao mundo concreto para a compreensão do que se via no século passado como um modelo dicotômico e tenso entre o ser e o dever ser, no que Castanheira Neves combate enfaticamente em sua tese de doutorado, a questão de fato e a questão de direito são as duas faces da mesma coisa, o tempo molda o direito, o social constitui e a Constituição guia.

62

Nesse sentido, pode-se compreender que, no Brasil, o constitucionalismo contemporâneo brasileiro ainda demonstra dificuldades em gerar um sistema penal que seja capaz de gerar respostas minimamente satisfatórias no sentido da contenção das violações à ordem penal e que esteja em consonância com um modelo de Estado Democrático de Direito. Como resultado disso, vê-se um sistema penal muito caro, de proporções gigantescas, que além de se mover mal, não sabe nem mesmo qual caminho seguir quando se move. Assim, a onerosidade e ineficiência faz com que altos graus de desconfiança em sua efetividade se reverberem socialmente, gerando clamores por mais direito penal. O problema é que se pede mais do mesmo, esperando novas respostas, que infelizmente (e obviamente) não vêm.

Nesse contexto, percebe-se que o modelo jurídico do Brasil contemporâneo é marcado pelas garantias penais e processuais penais como sendo condições inafastáveis de um modelo sancionador, punitivista, que busca conciliar a eficiência estatal penal com a preservação dos direitos fundamentais. Há, desse modo, a dupla face do direito penal a qual Streck frequentemente se refere, e, entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficientes, busca-se saciar o lobo sem sacrificar o cordeiro. Há a necessidade de preservar-se as garantias sem que para isso o intermédio estatal ocorra de maneira excessiva. Acontece que nós, modernos, buscamos justificativas para que as coisas que não funcionam de acordo com nossas expectativas se comportem de maneira previsível.⁵⁶

O que há de melhor ou de pior na sociedade pode ser deduzido de maneira abstrata por quem se assenhora dos sentidos e finalmente diz de modo de dever ser, isso é ideológico e nos reconduz ao velho, e aí é que está o

⁵³ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? In: STRECK, Lenio Luiz (org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Bahia: Jus Podivm, 2017. p. 132-133.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: GARANTISMO, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁵⁶ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? In: STRECK, Lenio Luiz (org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Bahia: Jus Podivm, 2017.

problema, se entre um garantismo metafísico ou transcendente ou redentor e um decisionismo sem limite, deve-se lembrar Maquiavel⁵⁷ que nos adverte do poder ilimitado de há muito, há que se constituir (e não achar) um caminho, a Constituição, liberal ainda, mas temporada com o social, e é assim que ela é, pede um meio termo? Um caminho proposto por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, onde o meio termo brilha como verdade e virtude, a grande, talvez única questão não surge aqui, nem agora, está na pergunta: *quo custodiet custodes*⁵⁸?

Quem me protege do meu protetor, o trabalho é novo, novo porque as questões por ele abordadas estão em aberto, o velho é o que se superou, o que não se superou e ainda obstaculiza o nascimento do novo não traduz-se em perda de tempo, da crise nasce a necessária discussão, não falamos aqui de quem somos, nem de quem fomos; mas sim de quem seremos, afinal, a constituição trata-se de um projetar civilizatório para o futuro, a partir de uma identidade em contínua reformulação. Relativizar garantias e escolher previamente quem será protegido de quem, entre saqueadores de rua ou saqueadores da República, e conseqüentemente proteger outros tantos é manter-se no paradigma moderno, abrir-se para novos modos de ser, por mais difícil que tal postura seja é demanda de uma sociedade que se declara explicitamente plural, tolerante e includente⁵⁹.

Toda leitura é ideológica, toda compreensão é ideológica, é como nós, diferentes, percebemos as mesmas coisas, e o direito é o médium, é o garante da sociedade, é o que nos tira da barbárie e nos afasta das maiorias eventuais, é nele que busca-se segurança, a satisfação de expectativas, as promessas incumbidas da modernidade. Ideológico, sim, também honesto por ser baseado em um modelo que não foi escolhido por nós, a vontade geral, pra política antecede a formalização do pacto.

Ela é o pacto, e daí a necessidade de dar e ela um *status* privilegiado, contramajoritário, pétreo e estável. Sem isso relativizam-se as regras, e regras relativizadas se aproximam muito da ausência de regras, isso fica claro na *katchanga* de Streck, não pode-se permitir tudo, não pode-se negar tudo. É o Estado Democrático de Direito, buscando sobreviver nas diferenças, que elas não sejam suficientes para contermos os divergentes, que os espaços, públicos e privados, caibam todos, nós e os outros.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de se tratar de um projeto de engenharia jurídica que contenha a proposta de um modelo revolucionário e que busque alternativas mirabolantes, o presente trabalho busca a necessária reconstrução de pelo menos parcela do chão teórico no qual se assenta o saber jurídico, para que seja possível, a partir da compreensão da realidade na qual vivemos no Brasil contemporâneo e de sua relação hermenêutica com o tempo, permeado pela constituição social, plural e democrática, conseqüentemente includente, que nos rege enquanto unidade juridicamente concebida, nascida do mundo concreto e estruturada sobre tradições que dão sentido aos institutos de controle social.

Tenho usado há algum tempo, em várias de minhas pesquisas, a expressão *nós modernos* como sendo algo que nos define contemporaneamente. Apesar de nos encontrarmos, na contemporaneidade, dentro de modelos declaradamente plurais e com vínculos de tolerância que permitiriam flexibilizar uma perspectiva de ordem imposta por um estado mínimo, ainda sentimos fortemente os influxos polarizantes e duais da modernidade, sendo que neles o outro, via de regra, é rejeitado, excluído e reprimido, uma vez que boa parte do projeto de ordem da modernidade é baseado em generalizações em que a razão do sujeito solipsista, senhor da racionalidade cientificista é que dá os caminhos de opções sociais.

Esta é a crise da modernidade, do Estado que dela exsurge e do sujeito que nela se insere. Diante de tal crise, o mundo concreto que se pretende includente e tolerante se estrutura como excludente e hostil aos diferentes. *Haters*

⁵⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Edipro, 2019.

⁵⁸ Em suas sátiras, Décimo Juvenal. *Quis Custodiet ipsos custodes?*

⁵⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

se proliferam com maior facilidade do que *lovers*. Os modelos penais, sem referências fortes do constitucionalismo contemporâneo, acabam reproduzindo o que lhes parece familiar e, assim sendo, a ordem própria da última metade do século passado se reproduz com mais facilidade e um modelo eficientista e antigarantista, fundado em uma clientela preferencial, encontra mais facilidade em aninhar-se no Brasil contemporâneo.

É claro que, ao se falar em modelos penais, torna-se necessária a busca de teorias fundantes que venham a apresentar propostas de suprir os anseios de que as expectativas sociais sejam satisfeitas. A maior das promessas da modernidade é a da segurança. Assim, ainda moderno, o Brasil tende a acolher as propostas maximalistas, fundadas nos modelos de tolerância zero ou da lei e da ordem. A Teoria das Janelas Quebradas vem batendo às nossas portas pelo menos desde a década de 80 e, inadequadamente, sendo recebida por alguns de nós, desavisados do evento constitucional de 88 e da nova ordem que nele se implanta. Como se não bastasse a inadequação constitucional, despreza-se de regra as questões culturais, temporais e espaciais que fazem com que as premissas nova-iorquinas se distanciem do projeto civilizatório que temos em *terrae brasilis*.

Como pedra de torque nas vertentes maximalistas, a construção do inimigo se faz como algo que, a partir de estudos pseudo sociológicos, seja álibi teórico para a eleição de uma clientela preferencial do sistema penal. Por sua vez, essa clientela é vulnerável às estratégias sancionadoras e desguarnecidas de um *status* imprescindível, para que se estabeleçam modelos penais democraticamente válidos: o *status* de paridade que dá a todos os mesmos direitos, sem presunções, verdades pré-concebidas e *a priori*, bem aos moldes dos modelos penais do século XIX. Com esses modelos, alguns são tocados com altos graus de eficiência, independentemente do conhecimento, fruto dos processos/procedimentos que se seguem à prática dos eventos delituosos.

A questão não é a de um direito penal fraco (ou forte), como pretendem alguns desavisados, mas sim de um sistema democrático fruto de promessas que nós fizemos a nós mesmos a partir de uma existência concreta. Sem paridade, não há que se falar em democracia. Sem democracia, abrimos mão de identidades e de tradições, permitindo que terceiros nos guiem, pelas nossas vontades, contra as nossas vontades ou apesar de nossas vontades. As primeiras perguntas de toda teoria penal parecem estar esquecidas: quem somos nós, e onde pretendemos chegar? O resto decorre daí.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed. 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. 2. ed. [s.l.]: Ed. 34, 2013.

BECKER, Howard S. **Outsider**: Studies in the sociology of deviance. New York. 1963.

BELLI, Benoni. **Tolerância zero e democracia no Brasil**: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONACCORSI, Daniela Villani; Constitucionalismo e emergencialismo penal: progresso global e retrocesso democrático. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**; ano 11, n. 13, 2013.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: Conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, v. 79. 2009.
- CARNEIRO NETO, Durval. O mal-estar do direito penal na pós modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público- RBDP**, Belo Horizonte, n. 55, 2016.
- COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais da Editora Síntese**, n. 11, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- GUIMARÃES, Allisson Gomes. O direito penal de emergência e suas implicações nas políticas criminais contemporâneas do Brasil. *In*: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 6., 2013. **Anais [...]**. 2013.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo, noções e críticas**. Tradução de André Luis Callegari e Nobreu José Giancomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCrim**, n. 168, 2006.
- KUHN, Thomas. **Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1978, *Passim*.
- LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução Pergentino Pivatto *et al.* 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. [s.l.]: Icone, 2017.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução Lívio Xavier. São Paulo: Edipro, 2019.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense. 1983.
- RESENDE, Thiago Xavier Nhimi; BARROS, Flaviane de Magalhães. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p.153-167, jul./dez. 2013.
- RUBIN, Daniel Sperb. Janelas Quebradas, tolerância zero e criminalidade. **Jus Navegandi**, Teresina, n. 62, 2003.
- SESTREM, Felipe Cidral. (Anti)Garantismo penal: uma proposta para a quebra do paradigma jurídico regulador do Estado. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, v. 1, 2012.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas a prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA FILHO, Edson Vieira da *et al.* **O Direito Penal e suas faces**: da modernidade ao neoconstitucionalismo. Curitiba: CRV, 2012. (Vol. 1 – O Direito Penal visto em uma perspectiva minimalista).

SILVA FILHO, Edson Vieira da *et al.* **O Direito Penal e suas faces**: da modernidade ao neoconstitucionalismo. São Paulo: Lexia, 2013. (Vol. 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista).

SILVA FILHO, Edson Vieira da *et al.* **O Direito Penal e suas faces**: da modernidade ao neoconstitucionalismo. São Paulo: Lexia, 2014. (Vol. 3 – Um modelo sancionador adotado ao constitucionalismo contemporâneo).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 13 março 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 22 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização de Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. p.257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: GARANTISMO, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme a minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder. **Revista de Estudos Criminais**, v. 51, out./dez. 2013.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 28, 1999.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Medo e Direito Penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. **Broken Windows, the police and neighborhood safety**. Estados Unidos: The Atlantic Magazine, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em buscas das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 2014.

Recebido em: 17 de setembro de 2019

Aceito em: 11 de março de 2022