

Recebido em: 24/08/2020

Aprovado em: 08/06/2021

O GARANTISMO PENAL COMO RESPOSTA ÀS POLÍTICAS POPULISTAS DE PUNIÇÃO COMO GARANTIA DE SEGURANÇA DA SOCIEDADE

*THE CRIMINAL GUARANTEE AS A RESPONSE TO
POPULATION POLICIES OF PUNISHMENT AS A
GUARANTEE OF SOCIETY'S SECURITY*

Murillo Franco Camargo

*Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de
Minas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.*

Edson Vieira da Silva Filho

*Pós Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela
Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Delegado
de Polícia Classe Geral, aposentado - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.
Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os modelos efficientistas;
1.1 Teoria das janelas quebradas. 1.2 Teoria do *labelling
approach* (ou etiquetamento). 2 O modelo garantista

em contraponto às teorias baseadas na tolerância zero; 2.1 O garantismo penal de Luigi Ferrajoli; 2.2 Garantismo Penal e o constitucionalismo moderno. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O estudo abordará o Direito Penal sobre as perspectivas maximalistas e garantista, demonstrando-se que o segundo enfoque é mais adequado como um passo a buscar a efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, inicialmente, haverá uma abordagem dos modelos maximalistas mais sustentáveis, em uma análise da teoria das janelas quebradas e teoria do etiquetamento (*labelling approach*), com o contraponto sob a ótica do italiano Luigi Ferrajoli, que é o maior defensor da teoria do garantismo penal e criador do modelo de dez axiomas. O trabalho se desenvolve a partir de pesquisas bibliográficas embasadas nas doutrinas específicas acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias Maximalistas. Teoria das Janelas Quebradas. Teoria do Etiquetamento. Garantismo Penal. Princípios Constitucionais. Minimalismo Penal. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The study will approach Criminal Law on the maximalist and guarantor perspectives, demonstrating that the second approach is more appropriate as a step to seek the realization of fundamental rights in a Democratic State of Law. To this end, initially, there will be an approach to the most sustainable maximalist models, in an analysis of the theory of broken windows and labeling theory, with the counterpoint under the perspective of the Italian Luigi Ferrajoli, who is the greatest defender of the theory of penal guarantor and creator of the ten axiom model. The work is developed from bibliographic research based on specific doctrines on the topic.

KEYWORDS: Maximalist Theories. Broken Windows Theory. Labeling Theory. Criminal Guarantee. Constitutional Principles. Penal Minimalism. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O aumento expressivo da violência no Brasil de hoje pode ser comprovado em parte pelos dados de homicídios (óbitos por agressões e intervenção legal) retirados do Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), que é a principal referência para o diagnóstico da violência no Brasil desde 1979. No ano de 2017 as médias trazem preocupação ao revelar um aumento de MVCI (morte violenta com causa indeterminada), alcançando-se o assustador número de 9.798. Em termos proporcionais (tabela 9.3), em 2017, este índice correspondeu a 7,2% do total de casos de causas externas. Considerando-se o indicador proporcionalmente à população, em 2017 houve uma taxa 4,7 mortes por causa indeterminada por 100 mil habitantes (tabela 9.2). Nota-se a constante adoção de políticas criminais severas como forma de resposta à necessidade de segurança social, que via de regra são marcadas por um viés maximalista a partir de um discurso eficientista. Políticas essas que vão de encontro às garantias que constituem alicerces de um Estado Democrático de Direito, mas encontram certo respaldo populista (ZAFFARONI, 2007, p. 15).

A punição de infratores é vendida como uma mercadoria, uma medida cool (ZAFFARONI, 2007, p. 74-75) que retrata a falsa ilusão de que a segurança pública é alcançada mediante a conduta rígida do Estado, aumentando-se a arbitrariedade policial e legitimando, até mesmo, a violência contra os que discordam desse posicionamento.

O presente trabalho busca demonstrar que o minimalismo penal garantista de Zaffaroni e Ferrajoli, que tem como finalidade um exercício adequado e ético do poder punitivo do Estado, pautado no cumprimento de direitos fundamentais de modo a evitar arbitrariedades casuísticas que tocam com maior vigor e de maneira seletiva parcelas menos privilegiadas da sociedade.

O tema está intimamente ligado ao momento em que vivemos no Brasil, já que, em razão da crise estrutural das instituições, os Governos têm adotado medidas que deixam evidente o caráter de intolerância, em franca violação aos direitos fundamentais como forma de demonstrar uma falsa efetividade do sistema de segurança pública. Trata-se o indivíduo delinquente, parcela de uma clientela preferencial do direito penal, muitas vezes, como inimigo para excluí-lo da sociedade (ZAFFARONI, 2007, p. 17).

Isso faz com que o Direito Penal entre em rota de colisão envolvendo o modelo chamado “maximalista”, relacionado a respostas severas, que

por vezes pode ser considerado incerto e imprevisível, e aquele tido como “minimalista”, que está enraizado nos direitos fundamentais e considera o Direito Penal tão somente a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou seja, responsável por tratar de ofensas mais graves das quais resulte, de fato, necessidade, tendo em vista que este ramo jurídico lida com a liberdade da pessoa (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

O estudo se baseará em análises bibliográficas, utilizando-se como marco teórico Benoni Belli e Luigi Ferrajoli, ao contrário do que alguns pensam, demonstrará que o sistema garantista é um modelo em constante aperfeiçoamento que visa tão somente a uma punição adequada, não se confundindo com a ideia de abolicionismo.

Na verdade, a implementação do garantismo penal objetiva instrumentalizar um paradigma de racionalidade adotado pela Constituição Brasileira de 1988 para adequar o poder punitivo estatal e impedir que o indivíduo seja diferenciado dos demais por uma característica pessoal ou por circunstâncias subjetivas.

1. OS MODELOS EFICIENTISTAS

Em um país de modernidade tardia, onde a criminalidade alcança índices insuportáveis,¹ respostas maximalistas acabam se tornando sedutoras em virtude de suas promessas. Via de regra, esta vertente tem como fundamento teorias com características de tolerância zero, que se completam e configuram um pilar teórico com aparência sólida, embora apresentem uma série de inconsistências.

O panorama se caracteriza por uma mudança política decorrente do endurecimento das legislações penais para repelir situações de emergência diante do mencionado aumento de criminalidade (ZAFFARONI, 2007, p. 15-16).

As teorias baseadas em tolerância zero têm como finalidade uma “nova” maneira de gerenciar o espaço urbano e as relações entre polícia e criminalidade, mediante vigilância constante e a adoção de alvos preferenciais (BELLI, 2004, p. 62). Surgem como possibilidade de conter o problema da segurança e apontam que a desordem é a principal causa da prática de crimes.

1 Vide o primeiro parágrafo da introdução acerca da estatística dos homicídios no Brasil, crime este considerado o mais violento, porque atenta contra a vida humana.

As principais teorias fundantes desse modelo são *broken windows* (teoria das janelas quebradas) e *labeling approach* (teoria do etiquetamento), sendo que elas, além de antigarantistas, violam princípios constitucionais, por serem notadamente seletivas e mais ligadas a um direito penal do autor (não se limitam ao fato praticado) e oferecem uma resposta que se apresenta mais rigorosa contra determinada clientela preferencial composta pelas periferias. A rigidez dos modelos alcança com muito vigor a uns e timidamente a outros, já que os critérios são subjetivos e autoritaristas.

Destarte, o ponto de partida do presente estudo está na reconstrução dessas teorias para que, a seguir, apresente-se uma crítica às suas contradições.

1.1. A Teoria das janelas quebradas e seus desdobramentos: a construção de um direito penal maximalista

A teoria maximalista das “janelas quebradas” (*broken windows theory*) foi elaborada pelo cientista político James Wilson e pelo psicólogo George Kelling, estudiosos da universidade de Harvard, que a publicaram na revista *The Atlantic Monthly*, em março de 1982 (KELLING, 1982).

Em 1996, Kelling lançou obra definitiva com Catherine Coles, denominada “*Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities* (Consertando as Janelas Quebradas – Restaurando a Ordem e Reduzindo o Crime em Nossas Comunidades)”, na qual abordou a relação causal entre criminalidade violenta e a falta de repressão a pequenas infrações.

A teoria das janelas quebradas se baseou em um experimento em que houve o abandono de dois automóveis idênticos, em via pública, um deles no bairro do Bronx (zona pobre da cidade de Nova Iorque), e o outro em um bairro chamado Palo Alto, considerado uma zona rica da Califórnia. O veículo deixado no Bronx sofreu atos de vandalismo em poucas horas, inclusive destruição material. Em vinte e quatro horas, tudo aquilo de valor foi retirado do veículo, ressaltando-se que uma família foi a primeira a chegar e levar o radiador e a bateria. Lado outro, o carro deixado em Palo Alto nada sofreu por mais de uma semana, até que os investigadores quebraram uma janela do veículo e isso gerou o desencadeamento de atos semelhantes aos do bairro novaiorquino.

Segundo o experimento, pode-se concluir que a “quebra das janelas” ocorre em locais em que isso seja mais propício. Para Kelling e Wilson,

isso decorre naturalmente do tipo de vida existente no bairro: “Because of the nature of community life in the Bronx—its anonymity, the frequency with which cars are abandoned and things are stolen or broken, the past experience of “no one caring”” (KELLING, 1982). A não-repressão de condutas leves faz com que o ambiente se contamine e ocorra a desordem, conseqüentemente, ações mais violentas.

Se uma janela é quebrada e não ocorre o conserto, pessoas que passam pelo local presumem que não há quem zele pela ordem pública. Segundo os criadores da teoria: “o vandalismo pode ocorrer em qualquer lugar quando as barreiras comunitárias - o senso de respeito mútuo e as obrigações de civilidade - são reduzidas por ações que parecem sinalizar que “ninguém se importa”” (KELLING, 1982).

Isso nada mais é que uma questão de progressão criminosa. O indivíduo que comete um crime e não recebe uma punição por sua conduta delituosa tem em mente que a prática de novas condutas também não sofrerá conseqüências.

De acordo com Tiago Odon:

Nessa lógica, diante do abandono de comunidades pela autoridade responsável, desocupados, desordeiros e pessoas com tendências criminosas se sentiriam à vontade para ali fazer negócios ou mesmo morar, levando outros moradores a desejarem se mudar para outros locais. A pequena desordem gera a ideia de deterioração, de desinteresse e de despreocupação nas pessoas. A percepção da ausência de lei, normas e regras tende a levar à quebra dos códigos de convivência. Assim, o crime é maior em zonas onde o descuido, a sujeira e o maltrato são maiores, e pequenas faltas não punidas levam a faltas maiores e logo a delitos cada vez mais graves (ODON, 2016, p. 03).

Essa teoria tem como pilar a crença nas causas individuais da criminalidade. Trata-se o indivíduo como o único culpado pelo desvio de conduta, sem imputar relevância às questões sociais (SILVA FILHO, 2013, p. 59). O cerne da questão é a impunidade relativa aos pequenos atos, que atua como ponto de partida para atos mais graves. Coibindo-se aqueles, os atos mais graves também serão evitados.

Sua implementação mais relevante ocorreu na cidade de Nova Iorque, inicialmente no mandato do prefeito Rudolph Giuliani, que nomeou como Comissário de Polícia o Sr. William Bratton para elaborar um programa

capaz de atingir as pequenas infrações ocorridas no dia a dia, já que elas eram as reais influência para a prática de crimes mais graves (BELLI, 2004, p. 70).

Bratton fez diversas mudanças, aumentou do corpo policial, melhorou e atualizou os equipamentos, descentralizou as delegacias para que os bairros tivessem seu delegado, disponibilizou diversos mecanismos tecnológicos para o combate ao crime. As delegacias locais, com isso, passaram a gozar de maior autonomia e receberam maior responsabilidade (sendo que a remuneração dos policiais dependia de resultados), substituindo-se aqueles agentes que poderiam ser considerado empecilhos à eficiência do sistema, que contava com softwares modernos para controle das estatísticas e troca de informações entre as chefias (BELLI, 2004, p. 70).

O programa implementado por Bratton atacava primordialmente a presença de mendigos nas ruas, evitava a ação de “lavadores de parabrisas”, pichadores de muros, alunos arruaceiros, bêbados barulhentos e pessoas envolvidas na prostituição. Houve maior patrulha no metrô da cidade para evitar, até mesmo, pequenas evasões sem o pagamento do tíquete. Para ele, esses indivíduos causavam desconforto aos moradores dos bairros e geravam a sensação de insegurança, sendo eles indesejados pela sociedade, pois seriam fontes de problemas futuros (BELLI, 2004, p. 72-79-82).

A maior presença dos policiais nas ruas é um elemento inibidor da prática de delitos, já que é um fator intimamente ligado com a ordem do local (RUBIN, 2003). De acordo com Daniel Rubin:

O policial deve fazer parte da comunidade, entranhar-se na comunidade, e lidar com as condições que criam o crime (desordens de todo o tipo, embriaguez pública, jogos ilegais, etc.). Assim, ele conhece a comunidade, e é conhecido por ela. Cria-se um vínculo entre a comunidade e a autoridade policial, e este vínculo, permite que ambos juntem forças para evitar o surgimento da desordem e de pequenos delitos que, mais tarde, levarão à criminalidade violenta. Assim, se algum traficante tenta imiscuir-se naquela comunidade, tanto a comunidade como a polícia podem imediatamente identificá-lo, e unindo forças, expulsá-lo de lá, ou mesmo prendê-lo se o mesmo for apanhado no exercício do tráfico. Mas para isso é preciso uma comunidade organizada, que preze a manutenção da ordem, e uma relação de confiança entre a comunidade e a polícia, de modo que ambos se auxiliem mutuamente (ODON, 2016).

Tudo aquilo que não conta com uma autoridade responsável é tido por abandonado, estimulando e encorajando os delinquentes a agir. Além disso, o policial comunitário conhece os anseios locais e, muitas vezes, previne o crime tão somente com a presença física. Não basta a repressão rigorosa de uma conduta criminosa, mas a ordem pública que garanta qualidade de vida.

A consequência da aplicação da teoria das janelas quebradas em Nova Iorque foi uma queda drástica nas estatísticas referentes aos crimes violentos, aumentando-se também o número de pessoas encarceradas (ODON, 2016)

Porém, não há segurança em afirmar que a imposição de uma política que envolva tolerância zero seja a única responsável pela redução da criminalidade. De acordo com Benoni Belli (2004, p. 62), houve redução na criminalidade nos Estados Unidos, de um modo geral, inclusive em cidades que não implementaram a vigilância ostensiva sobre os pequenos delitos e pessoas excluídas pela sociedade, como Boston e San Diego, tendo em vista a contribuição de fatores externos, como a diminuição do desemprego e a consequente melhora na questão cultural e econômica, o aumento do uso da tecnologia, dentre outros fatores.

Tiago Odon (ODON, 2016, p. 04) aponta, ainda, que a eficácia coletiva dos vizinhos com o compartilhamento da ideia de proteção do espaço público também é útil à diminuição da violência. Para ele, há uma clara intenção do próprio grupo intervir em prol do bem comum, o que foi evidenciado mediante pesquisa realizada na cidade de Chicago, apontando-se, inclusive, a melhora na condição econômica como elemento crucial para a redução.

Em que pese a impossibilidade de certificação de sua eficiência, já que a queda nas estatísticas criminais pode decorrer de vários fatores, sobretudo da coesão social de determinada comunidade com objetivos semelhantes, diversos estudos foram realizados na tentativa de implementar a teoria das janelas quebradas no Brasil.

Em tese, haveria simetria entre o discurso da tolerância zero e a ordem social brasileira, bem como certa ligação entre a maneira utilizada contra a criminalidade, em franca individualização dos problemas e valorização das diferenças, pois os indivíduos considerados inúteis para o sistema capitalista são excluídos da sociedade como foco de problemas (BELLI, 2004, p. 82).

Há que se entender que a ausência do Estado em determinado local é vista de forma diferente quando analisamos brasileiros e americanos, pois há limites de aceitação distintos (ODON, 2016, p. 15), já que nem sequer houve uma completa implementação do Estado de bem-estar social no país e, com o rompimento, pode-se gerar uma precarização ainda maior (BELLI, 2004, p. 85).

Além disso, há que se considerar alguns fatores como, tais como a questão orçamentaria, a falta de planejamento que permeia no estado e, até mesmo, a falta de políticas criminais bem definidas com a constante alteração dos governantes, a modernização dos equipamentos eletrônicos que auxiliam a segurança e o uso elevado de tecnologia, o que leva a crer que sua aplicação prática não seria viável (BELLI, 2004, p. 17).

Inclusive, com a repressão a pequenos atos e a criminalização de pequenos delitos ou delitos de baixo potencial ofensivo, ocorre o consequente aumento dos custos com o encarceramento, o que também esbarra no fator orçamentário dada a necessidade de aceleração na construção e manutenção de presídios e penitenciárias (BELLI, 2004, p. 85).

Conclui-se, então, que a teoria das janelas quebradas cria um conflito entre os direitos individuais daqueles que praticam essas pequenas condutas e os valores comunitários que buscam pela manutenção ordem local. A punição dos atos de desordem depende, primeiramente, da tipificação dos comportamentos e, além disso, não deve se basear em uma condição ou *status* (pobre, sem-teto, viciado, etc), já que o Direito Penal tem como objeto o fato criminoso (RUBIN, 2003), e não pessoas que sejam excluídas da sociedade pelos mais diversos fatores.

A teoria em exame sofre inúmeras críticas, sobretudo porque os resultados apresentados possuem influências externas à política criminal implementada. Não suficiente, há também violação de direitos humanos.

Por fim, os princípios da intervenção mínima e da insignificância, que visam cada vez mais a desinstitucionalizar a participação do Estado quando praticadas condutas irrelevantes, pode inclusive fundamentar questionamento judicial que impeça essa política autoritarista com forte cunho subjetivista.

1.2. A seletividade, compreendida por meio da Teoria do labelling approach (ou etiquetamento social)

Com o objetivo explicar como se opera a seletividade penal o *Labelling Approach* (teoria do etiquetamento), busca desenhar a partir das dinâmicas

de criminalização primária e secundária como se dá a construção de uma clientela preferencial do sistema penal, construção da qual se valem embora parte as correntes do maximalismo penal ou também conhecidas como “movimento da lei e da ordem”.

Howard Becker foi quem aprofundou o estudo a respeito do tema, que resultou na publicação da obra *Outsiders* (Os Excluídos), em 1963 (BECKER, 1963). Para ele, a sociedade impõe a característica de delinquente a determinados indivíduos, já que estipula quais os comportamentos certos e errados. Diante dessa premissa, aqueles que não se comportam conforme os modelos delineados são tidos como desviantes e não são aceitos ou, melhor dizendo, estigmatizados, daí a palavra *outsider*.

Para que seja considerado um comportamento desviante, a ponto de sofrer o etiquetamento, há necessidade da violação de uma norma por parte do indivíduo, que é colocado sob um julgamento moral. Para a teoria do labeling approach, Não basta o simples desvio, exige-se um procedimento capaz de gerar a discriminação, em uma franca aproximação do direito e da moral, fazendo-se com que determinadas pessoas sofram discriminação a partir um estigma criado pela sociedade, o que cria reflexos negativos além daqueles estipulados pela legislação para o poder punitivo.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira:

Pode-se resumir o modelo explicativo sequencial dos atos do *labelling approach* da seguinte forma: delinquência primária – resposta ritualizada e estigmatização – distância social e redução de oportunidades – surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na autoimagem – estigma decorrente da institucionalização – carreira criminal – delinquência secundária (SHECAIRA, 2012, p. 264).

A sociedade penaliza determinados sujeitos e cria um *status* que passa pelas instâncias oficiais (que participam do exercício punitivo do Estado, como Polícias, Judiciário e Penitenciárias), as quais caracterizam o indivíduo como delinquente de forma seletiva (BARATTA, 2002, p. 86) e contam com a participação direta das instituições informais, tais como a família, a igreja, a imprensa, etc (FACHIN, 2012). Este *status* representa assim uma marca estigmatizadora que permite ao sistema incidir com mais eficiência contra os desviantes, por argumentar que seriam eles propensos ao desvio.

A ideia central é a de que a conduta desviante é aquela que resulta de uma reação social, criando-se uma distinção entre os considerados

desviantes (ou malfeitores) das “pessoas de bem”, em razão de uma classificação imposta pelo rótulo da condenação penal. Cabe ressaltar, ainda, segundo Becker, que quem estipula a regra determinante acerca do comportamento é a própria sociedade, com base em subjetividades, o que não pode prosperar.

Shecaira elucida, ainda, que:

Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade (SHECAIRA, 2012, p. 251-252).

Diante disso, a partir da teoria do etiquetamento dependendo da natureza do ato, que representa a violação de uma norma, bem como do que a sociedade pensa a respeito, haverá uma maior probabilidade de que o sistema seja mais eficiente contra aqueles que já foram tocados previamente por ele. Ou seja, determinadas condutas são consideradas irrelevantes quando praticadas por grupos protegidos pela sociedade. Para Shecaira (SHECAIRA, 2012, p. 252), “o transgressor, em suma, está profundamente implicado em definições negociadas de pessoas e comportamentos. As reações à transgressão dão-lhe organização simbólica e identidade pública”.

O problema é detectado pelos estudos que demonstram que as estatísticas penais são baseadas em um pequeno número de delitos, diante da grande gama de crimes que nem sequer chegam ao conhecimento do Estado. A resposta penal anêmica se explica pela “cifra negra”, que constata que o número real de crimes praticados é muito superior aos que efetivamente chegam às agências penais e aqueles que são, de fato, investigados, apurados e recebem uma resposta sancionadora das autoridades incumbidas da persecução penal. Muitas condutas consideradas delituosas nem sequer chegam a ser noticiadas, e isso demonstra que o estigma não depende da ação, mas de uma interpretação realizada sobre o fato e da posição do infrator na ordem social. Assim, é possível afirmar que as relações sociais e as relações de poder influenciam sobre a definição das condutas criminalizadas, bem como na resposta adequada a ser adotada (BARATTA, 2002, p. 85).

É necessário compreender-se que a definição de desviante é relativa e variável, já que o fundamental é a reação desencadeada. O comportamento que

manda alguém à prisão é o mesmo que pode ser considerado algo honesto, a depender das circunstâncias e do temperamento de quem o testemunhou, bem como sobre quem praticou o ato, considerando-se que a condição social do autor é algo relevante para a conclusão (SHECAIRA, 2012, p. 253).

Afirma Baratta que:

A criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade (BARATTA, 2002, p. 104).

O etiquetamento social, em última análise, distancia o indivíduo da sociedade, ou seja, ocorre o seu isolamento, sua exclusão como efeito indireto da pena, especialmente quando imposta a prisão (BARATTA, 2002, p. 98). Decorre que a criminalidade se torna um fenômeno concentrado, principalmente, nas classes sociais inferiores, ligada a fatores pessoais e sociais relacionados à pobreza, ao local de moradia, à má situação familiar, já que são as elites que criam os estigmas prejudiciais a um exercício adequado do poder punitivo.

A consequência dessa escolha na clientela penal torna seletiva a ação dos órgãos envolvidos. Escala diferente é alcançada pelos crimes de colarinho branco, que nem sempre recebem o mesmo estigma, dado o nível econômico superior e o prestígio dos envolvidos, além do tipo de sanção imposta nesse tipo de conduta (BARATTA, 2002, p. 103).

A questão é que nessa perspectiva a definição de desvio e de criminalidade, bem como a eficiência da resposta do sistema sancionador, de acordo com um senso comum (inclusive dos juristas), estão intimamente ligadas às leis, estruturas sociais e mecanismos que se baseiam em relação de poder entre os grupos e de acordo com as relações sociais de produção. Por sua vez, a estigmatização é uma consequência social do delito, conexa não à sua prática, mas a negatização imposta pelos grupos em razão de um juízo atributivo contrário à isonomia.

Essa relação de poder, além de definir quais os crimes serão apenados, define as pessoas a serem perseguidas em um dado contexto social, enquanto outros indivíduos estão fora dessa abrangência do sistema, o que não decorre apenas dos processos institucionais de punição, mas da interação entre os homens.

Os resultados desse etiquetamento imposto a certos indivíduos são irreversíveis, em franca violação ao princípio da isonomia. O *status* atribuído a um grupo pelos detentores do poder, que criam e aplicam as leis mediante mecanismos seletivos, em uma clara relação de hegemonia, faz com que as classes menos favorecidas se submetam à pecha do criminalismo, da imagem, da estigmatização, o que não pode se admitir em um Estado Democrático de Direito pautado na igualdade dos cidadãos.

2. O MODELO GARANTISTA COMO CONTRAPONTO ÀS TEORIAS BASEADAS NA TOLERÂNCIA ZERO

Em resposta a um Estado Penal repressor com condutas severas e rígidas, foram desenvolvidas teorias baseadas no constitucionalismo moderno e na necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana, colocada como epicentro dos ordenamentos jurídicos após os atos praticados na Segunda Guerra Mundial.

Defende-se um Direito Penal Minimalista que atua como *última ratio* nas hipóteses em que outros campos do Direito não consigam resolver o conflito. O que se esboça é um modelo garantista com o intuito de proteger o acusado contra arbitrariedades estatais casuísticas, mediante um arcabouço normativo a ser seguido para que se averígue a necessidade de aplicação de uma pena àquele que pratica um fato antijurídico.

Abordaremos a teoria de Luigi Ferrajoli e, em complemento, a desenvolvida por Lenio Luís Streck, sendo que o primeiro foi aquele que inicialmente elaborou um modelo garantista e, o segundo, quem realizou a evolução do estudo e relacionou a temática com a hermenêutica constitucional atual.

2.1. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli é um jurista italiano que participou do grupo denominado “magistratura democrática” nos conhecidos “Anos de Chumbo”² (décadas de 1960 a 1980), na Itália, período em que, para responder à violência praticada por grupos terroristas organizados, o Estado impôs

2 Período em que os conflitos entre grupos de esquerda e de direita política se acirraram e houve a propagação do terror no local, com diversos atos extremamente violentos por parte dos militantes, que colocavam a população em risco e, inclusive, resultou em centenas de mortes e pessoas feridas. A finalidade era questionar e derrubar o governo existente e, então, muitos dos atos envolviam pessoas públicas e autoridades relevantes. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/01/14/O-que-foram-os-anos-de-chumbo-na-It%C3%A1lia-de-Cesare-Battisti>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

medidas severas e criou leis emergenciais que colidiam os direitos fundamentais. O referido corpo de juízes buscava resgatar o respeito aos direitos humanos, mediante a observância de garantias penais e processuais penais contra os arbítrios no exercício do poder punitivo. Sua principal obra é “Direito e Razão” - Teoria do Garantismo Penal, publicada em 1989 (FERRAJOLI, 2012, p. 288).

Para Ferrajoli, o Estado tem como pilar uma Constituição, e nela há uma série de princípios expressos e implícitos que devem ser respeitados, já que o Direito Penal lida com a liberdade do cidadão. Todo o ordenamento infraconstitucional deve se basear nas normas constitucionais, tanto em sua elaboração como na interpretação, exigindo-se uma conformidade de conteúdo (FERRAJOLI, 2012, p. 14).

A finalidade do Estado é garantir o bem-estar e preservar os direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 2012, p. 288), de modo que são incorporados diversos princípios éticos, políticos ou de justiça nos ordenamentos jurídicos modernos, os quais representam valores que servem como parâmetros de adequação ao poder punitivo do Estado.

O Direito Penal, para Ferrajoli, deve ser utilizado como *ultima ratio* (FERRAJOLI, 2012, p. 576), já que os demais ramos do Direito se encarregam das condutas irrelevantes, consideradas de menor potencial ofensivo. Seus estudos se baseiam em ideais liberais e minimalistas, com enfoque no princípio da estrita legalidade, resultou em um sistema constituído por dez axiomas e está em constante evolução.

O cumprimento desses axiomas evita discricionariedades e legitima a eventual aplicação da pena, desde que imposta de maneira ética pelos órgãos responsáveis pela persecução penal. Luigi Ferrajoli defende que a punição seja desagradável, de modo a dissuadir a prática de novas condutas criminosas e evitar a justiça com as próprias mãos, mas, não pode impor sofrimento demasiadamente prejudicial, sendo necessário que ela se mostre proporcional, de acordo com o menor nível possível (FERRAJOLI, 2012, p. 312), em respeito à dignidade do executado. Para o jurista italiano, o ideal é adoção de medidas alternativas (FERRAJOLI, 2012, p. 329), pois a restrição de liberdade já se mostrou obsoleta e ineficaz.

A primeira garantia trata do princípio da legalidade, pois somente haverá punição (pena) quando houver a prática de um crime (*Nulla poena sine crimine* - AO1). A pena é uma retribuição pela prática do delito. Ou seja, o ilícito uma condição necessária para a sua imposição, embora

não suficiente (FERRAJOLI, 2012, p. 297). O Direito Penal reprime as transgressões, respeitando-se a igualdade entre os homens, diversamente do que defendem as teorias maximalistas. De acordo com o jurista italiano:

Ao castigar e reprimir a identidade desviante independentemente das ações realizadas, as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes, identificadas por características intrínsecas, quaisquer que sejam os critérios para sua diferenciação. No nosso ordenamento são normas constitutivas, por exemplo, aquelas que consideram como possíveis destinatários de medidas de prevenção os desocupados, vagabundos, sujeitos afeitos a tráficos ilícitos, propensos a delinquir e semelhantes (FERRAJOLI, 2012, p. 404).

Para que haja um crime, faz-se necessária a existência de lei penal que o defina, de forma específica (*Nullum crimen sine lege - A02*). A legalidade é uma garantia irrenunciável contra o arbítrio punitivo estatal (FERRAJOLI, 2012, p. 300) e decorre da franca influência do positivismo jurídico, sendo indispensável que os contornos acerca do delito sejam estipulados antes de sua prática e não sejam alterados no curso de sua apuração.

O legislador observa um conteúdo moral médio baseado no sentimento do povo, mas o ilícito penal somente é aquele estabelecido em lei, de forma taxativa, sem que haja qualquer influência da figura do réu. Repreende-se a conduta que traz consequências indesejáveis, de forma objetiva, utilizando-se uma linguagem fechada e extensão determinada, sem olvidar que a definição do que é crime ocorre pelas classes dominantes que exercem o poder (exercício de políticas criminais) (FERRAJOLI, 2012, p. 377). Ferrajoli se preocupa com os critérios de justiça utilizados na elaboração da norma. Segundo ele:

A incorporação garantista de princípios morais ou de justiça aos níveis superiores de um ordenamento, por mais ampla que seja, continuará tendo limites extrínsecos. Precisamente o princípio teórico da separação entre direito e moral, aliado à relatividade dos juízos éticos, derivada da autonomia de cada consciência e do princípio metaético da tolerância, impedem que um sistema de proibições penais possa proclamar-se objetivamente justo ou integralmente justificado. De fato, não existem princípios jurídicos que possam garantir a justiça absoluta de um sistema penal, nem mesmo limitando-nos a seus enunciados normativos e deixando de lado seu funcionamento real. Nem são concebíveis

sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irreduzíveis tanto a autonomia como a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição, assim como a relatividade histórica e política das opções legislativas sobre o que se deve proibir (FERRAJOLI, 2012, p. 369).

Respeita-se, também, o princípio da necessidade - *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A03). A lei penal deve cuidar de situações graves e bem jurídicos relevantes, como *ultima ratio*, já que o Direito Penal é técnica de controle social e atinge o direito de liberdade. Intimamente ligado ao terceiro axioma, o quarto trata do princípio da lesividade (*Nulla necessitas sine injuria* - A04), que defende a intervenção quando cabível, excluídas as condutas cujo resultado é insignificante (FERRAJOLI, 2012, p. 439).

Além disso, não serão puníveis meros pensamentos ou características de determinadas pessoas, como já ocorreu em períodos de autoritarismo, em respeito ao princípio da materialidade (*Nulla injuria sine actione* - A05). Os cidadãos somente estão coagidos pela força da lei e isso decorre da liberdade individual, ainda que o fato seja moralmente reprovável. Os indivíduos são diferenciáveis por seus atos, mas não por suas ideias, suas opiniões, garantindo-se o direito de dissidência (FERRAJOLI, 2012, p. 386).

Não há como proibir um estado de ânimo, se este não é exteriorizado pelo agente. Pensamentos ou cogitações nem sequer podem ser objeto de prova, já que não causam danos (FERRAJOLI, 2012, p. 384-388). Este axioma é o coração do garantismo penal e evita que meros “suspeitos” sejam incriminados com base em condições pessoais de periculosidade.

O sexto axioma cuida do elemento subjetivo exigido (*Nulla actio sine culpa* - A06), pois a conduta resulta de uma decisão tomada pelo autor, que deve ter plena capacidade de entendimento e agir com dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Exclui-se a configuração do delito em caso de inconsciência involuntária, força maior, constrangimento físico irresistível ou em casos de erro. O agente pode agir de outro modo, mas não o faz, em franca infidelidade à norma (FERRAJOLI, 2012, p. 399-401).

O sétimo axioma e primeira garantia processual penal reflete a necessidade de verificação da culpa em juízo (*Nulla culpa sine iudicio* - A07). O Juízo é o conjunto das garantias substanciais, em sentido lato, ou, em sentido estrito, o conjunto das garantias processuais (FERRAJOLI, 2012, p. 432). A justiça penal é confiada a um só órgão, mediante processo acusatório, no qual a acusação é plenamente separada da figura do julgador previamente constituído (proibição da criação pós-fato), independente,

imparcial e inerte (garantias orgânicas relacionadas ao magistrado) (FERRAJOLI, 2012, p. 472 ss).

Para que haja juízo de valor (decisão), necessita-se de acusação formal (*Nullum iudicium sine accusatione – A08*), que se sujeite à possibilidade de refutação e prova. Até que seja provada a veracidade da denúncia, o réu é considerado inocente, algo que assegura a confiança dos cidadãos na Justiça, que os defenderá contra os abusos praticados pelo Poder. O sistema garantista é adverso às prisões processuais, pois existem outros meios que permitem a manutenção da idoneidade da prova e evitem a possibilidade de fuga, como a condução do acusado até seu interrogatório, com um breve isolamento, o que se mostra menos gravoso e respeita à igualdade na produção de provas (FERRAJOLI, 2012, p. 449 ss).

O ônus da prova é sempre da acusação. Se não houver prova, é inexistente a acusação (*nulla accusatio sine probatione*) (FERRAJOLI, 2012, p. 488-489). O fato e a prova se ligam à verdade, elemento este que sempre vinculará o juízo. A sentença penal é ligada à verdade e à legislação taxativa a respeito do crime (FERRAJOLI, 2012, p. 497), o que garante o seu controle por parte dos envolvidos no processo e da opinião pública.

Por fim, garante-se o direito à defesa e refutação da prova, sendo nula aquela produzida fora deste contexto. Segundo Ferrajoli, esta é a principal condição da prova: a possibilidade de sua refutação (*Nulla probatio sine defensione – A10*). O acusado deve ter as mesmas condições da acusação, mantendo-se em posição equidistante quanto ao julgador e ao Ministério Público, para tanto, torna-se necessária a presença técnica do defensor (FERRAJOLI, 2012, p. 490).

Esse sistema garantista tenta minimizar as arbitrariedades, algo a se aprimorar, mas em sentido completamente contrário aos ideais maximalistas que violam a igualdade dos cidadãos. O objetivo não é enfraquecer e nem abolir o Direito Penal, mas garantir aos acusados todos os meios adequados para provar sua inocência (FERRAJOLI, 2012, p. 275). O processo deve ser visto como um meio de proteção, e não o contrário, como se prega nas teorias anteriormente examinadas, já que, até o trânsito em julgado de sentença que reconhece o delito, o réu é considerado inocente.

2.2 Garantismo Penal e o constitucionalismo moderno

A teoria do garantismo penal elaborada por Luigi Ferrajoli tem como base o positivismo jurídico que resulta, modernamente, segundo

ele, no constitucionalismo positivista, para o qual há uma norma superior que irradia por todo o restante do ordenamento jurídico, pois retrata a formalização de valores e direitos fundamentais (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 17).

Com o enquadramento na Norma Superior, esses valores se mostram vinculantes e inderrogáveis (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 18), mantendo-se a separação entre direito e moral – em um núcleo rígido, de modo que sua pretensão é que o direito não seja aquilo dito pelos tribunais para evitar discricionariedades e proporcionar o controle das decisões.

Para Ferrajoli, aí está a força normativa da constituição, baseada em um “reforço do positivismo” que evita o enfraquecimento gerado, segundo ele, pelos princípios:

Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; (c) pela conseqüente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. Sob este último aspecto, pode-se registrar uma singular convergência do constitucionalismo principialista ou argumentativo como o realismo e com aquilo que podemos chamar neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito e dos confrontos dos operadores jurídicos: o direito, segundo todas estas três orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – e, de maneira mais ampla, os operadores jurídicos (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 21).

No entanto, sua visão não mais encontra respaldo nos ordenamentos jurídicos neoconstitucionais,³ que contam com alta carga de normas abstratas decorrente da principiologia. De acordo com Lenio Streck (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 64), após a Segunda Guerra Mundial e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, adotou-se uma postura mais proativa do Estado e protagonismo do Poder Judiciário, de modo que sua atuação resulte na concretização daqueles valores e garanta

3 Compreende-se o neoconstitucionalismo como um modelo surgido na Europa no segundo pós-guerra e marcado por ser principiológico, programático, compromissório e, principalmente, fixado em torno de um núcleo duro, inegociável de direitos fundamentais.

do exercício da cidadania, o que se define como um constitucionalismo moderno (ou, por muitos, neoconstitucionalismo).

Streck concorda, em partes, com Ferrajoli e aponta que o alto número de princípios criados enfraquece a força normativa da constituição, levando-se ao extremo a possibilidade de arbitrariedades decorrentes da discricionariedade do julgador. Para ele:

Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “coniventemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar. Assim, parece necessário um mínimo de distinção entre os vários tipos apresentados no sistema jurídico. Assim, está -se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma adaptação darwiniana: na ausência de leis apropriadas (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 67).

Logo, mesmo com a força normativa dos princípios constitucionais, há que se limitar a atuação do Poder Judiciário, evitando-se que as decisões recebam níveis extremos de subjetivismo. Por isso, defende-se a fundamentação das decisões como um dos direitos fundamentais, inclusive como ponto de legitimação, já que os princípios não são valores e devem servir, sobretudo, ao fechamento da argumentação interpretativa, baseando-se em uma regra na qual ele teve origem (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 69). Streck deixvc não a claro:

O princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio. Os princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, mas a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 70).

Além disso, a carga principiológica existente na Constituição autoriza a superação daquela plena separação entre direito e moral pregada pelo jurista italiano, conforme aponta Streck (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 71), com base na teoria de Jürgen Habermas, porque alguns dos princípios estarão presentes em toda e qualquer interpretação realizada, já que há certo comprometimento da comunidade jurídica com eles.

Habermas, que também possui uma visão contrária ao ativismo e a discricionariedade ampla do Poder Judiciário, defende que direito e moral possuem uma relação de co-originariedade ou de complementariedade, pois a legitimidade das normas jurídicas se apoia em diversos fatores, e um deles é a moral (HABERMAS, 2002, p. 289), que constitui aquele pensamento comportamental médio da sociedade. Rafael Simioni, estudioso sobre o filósofo alemão aponta:

Nas sociedades complexas, a autonomia pública dos cidadãos passa a construir o poder comunicativo que confere legitimidade à própria moral. E isso significa que não pode mais haver uma relação hierárquica entre princípios morais e direito. Direito e moral passam a ser, então, cooriginários: ambos têm a mesma origem, ambos são coproduzidos nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião. A moral passa então a integrar os próprios princípios constitucionais. Direito e moral passam a ser, portanto, cooriginários. E isso significa, também, codependência. A validade (legitimidade) do direito depende dos conteúdos morais e a moral depende da forma do direito (SIMIONI, 2014, p. 506).

No entanto, Streck reconhece que a moral não possui força jurídico-normativa, e sim o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração. Ressalta o jurista brasileiro, em divergência aberta a Ferrajoli, que são as Constituições desse “novo período” que expressam esse “novo direito” com as promessas da modernidade e, a partir delas, é que o legislador deverá agir (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 77), evidenciando-se que nem mesmo este terá livre discricionariedade, pois vinculado às diretrizes constitucionais.

Desta forma, em que pese Streck não seja contrário ao núcleo rígido estipulado pelo Constitucionalismo Positivista (garantista) de Luigi Ferrajoli, ele abre espaço para a atuação dos princípios, deixando claro que a discricionariedade não tem espaço no Constitucionalismo Moderno, pois deve haver respeito ao racional comando da lei. Logo, exclui-se o risco de

se colocar a “moral corretiva” no campo do direito (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 77). Para ele:

De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A “nova espécie de direito”, evitada de direitos fundamentais e com cláusulas de garantias contra o arbítrio, não se dá simplesmente na formulação legislativa e na vontade geral. Fundamentalmente, ela se encontra na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o paleojusto positivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do nosso controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura da lei (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 78).

Para o brasileiro, da forma como defende Ferrajoli, mesmo com todos os cuidados, pode ocorrer a institucionalização da extrapolação de um poder discricionário aos juízes, o que, deveras, é visto no Brasil há algum tempo com a elaboração de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 80).

A lei não é suficiente e não consegue englobar todos os fatos. A sociedade complexa vive em constante evolução, e o Poder Legislativo não acompanha o seu caminhar. Cabe ao Judiciário, de forma limitada, preencher os espaços legislativos para que os fatos novos não fiquem sem resposta. A figura do juiz boca da lei encampada por Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996) não mais subsiste. Segundo Streck:

A adaptação criada pelo próprio sistema para resolver esta questão foi colocar, ao lado do legislador nacional, um juiz/intérprete racional. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária – podemos falar em uma discricionariedade política que funcionava como condição de possibilidade – o conteúdo da lei, ao passo que o juiz/intérprete racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador (FERRAJOLI, ROSA, 2012).

Lenio Streck ressalta que há no Brasil um sistema de garantias como o defendido pelo professor italiano, bem como que a Constituição de 1988 *serve como freio sobre a vontade da maioria*, sendo necessário concretizar tudo o que é prometido e, para tanto, é elementar o combate contra a

discricionariedade dos juízes, deixando-se que questões políticas sejam resolvidas democraticamente pelo povo e seus representantes, e finaliza:

Por tudo isso, é possível afirmar que os princípios são o modelo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial, porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados por princípio, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 85-86).

Desta forma, conclui-se que Lenio Streck se mostra garantista e concorda com o modelo proposto por Luigi Ferrajoli. Mas, diante da evolução da hermenêutica do Direito Constitucional Moderno, propõe a visão por um paradigma diferente, baseado na relação de co-originariedade entre direito e moral e na adoção de princípios constitucionais específicos que limitem a atuação do intérprete, o que, segundo ele, pode inclusive aumentar o rol de direitos garantidos, incluindo-se os não-positivados (FERRAJOLI, ROSA, 2012, p. 93).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É clara a necessidade de garantir segurança à sociedade e, por isso, os modelos maximalistas (eficientistas) recebem certo prestígio quando narrados à população. Porém, o que se verifica é que os modelos adotam postura extremamente seletiva, o que implica em altos custos resultantes da busca de uma segurança a qualquer custo, onde fins justificam meios, em total descompasso aos direitos humanos fundamentais de dignidade e igualdade, pilares da Constituição democrática de 1988.

A teoria das janelas quebradas além de explicar como se constrói um direito penal do autor, demonstra que a rotulação exclui indivíduos como diferentes dos “homens de bem” e, conseqüentemente, não merecedores de tratamento que preserve os seus direitos contra a arbitrariedade do Estado.

Não se pode impor o ônus da ineficiência do Estado à determinadas classes sociais estigmatizadas pelas elites, como se fossem grupos de infratores que ameaçam a todo o sistema social. O Direito, assim, precisa se estruturar a partir de garantias no ordenamento jurídico que visam à proteção dos cidadãos contra o abuso de poder por parte dos órgãos responsáveis pela investigação e aplicação da pena. Não se objetiva que os fatos criminosos fiquem impunes e a sociedade viva num caos instalado pela prática da justiça com as próprias mãos, ao contrário, o garantismo

penal prevê a imposição de sanções de forma adequada e legítima, sem que ocorram subjetivismos.

Está claro que o garantismo não representa impunidade, pelo contrário, já que se traduz, em última análise, em um sistema com blindagens contra falhas e excessos descabidos em um estado democrático. As políticas de segurança pública não podem remontar ao autoritarismo, como ocorrera no passado. Se adotadas as teorias baseadas em tolerância zero, mantêm-se incentivos à punição severa direcionada a determinados grupos de pessoas, sem que haja uma possibilidade de preservação processual de sua inocência (CARVALHO, 2008, p. 138), em franco caráter discriminador.

Além disso, a preocupação que se volta para o encarceramento maciço, em nenhum momento, busca diretrizes sobre o modo como será a reabilitação do egresso do sistema penal. Conforme exposto por Lenio Streck, “punir mais não quer dizer punir melhor. Podemos e devemos punir quem transgredir a lei, só que precisamos, para isso, garantir as garantias previstas nessa velha e serôdia coisa chamada... Constituição” (STRECK, 2019).

Os axiomas estipulados por Luigi Ferrajoli constam da Constituição Federal de 1988, e a resposta garantista aos anseios das políticas severas de segurança pública se trata de um grande passo em respeito aos direitos fundamentais. A proposta de Streck, por sua vez, enquadra-se de forma mais adequada ao constitucionalismo brasileiro, pois não se atém exclusivamente à legalidade, prevendo-se o alargamento do rol de proteção pela hermenêutica realizada a partir dos princípios e, por isso, complementa o trabalho.

Se a perspectiva de Ferrajoli (positivista que é) parece frágil frente ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro, pois abandona a ideia de princípios constitucionais, deve-se ressaltar que, mesmo não sendo uma reposta que alcance a plenitude da eficácia garantista pretendida pela Carta Magna, o modelo já se trata de um grande passo, algo reconhecido pelo próprio Lenio Streck (STRECK, 2012), como forma de preservação das garantias, sobretudo no Brasil, até que a leitura constitucionalmente adequada se assenhere dos modelos penais aqui improvisados.

Respeitar os direitos é premissa básica inerente à democracia, algo resultante de conquistas através de lutas e revoluções ao longo das gerações, como forma de evitar que o Estado não atue com abuso de poder quando do exercício punitivo.

REFERÊNCIAS

- ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Organizadores: *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECKER, Howard S. *Outsider: Studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1963.
- BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- CARVALHO, Edward Rocha de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Teoria das janelas quebradas: E se a pedra vem de dentro? *Empório do direito*. 06 mar. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/teoria-das-janelas-quebradas-e-se-a-pedra-vem-de-dentro>. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2008.
- FACHIN, Melina Girardi; MAZONI, Ana Paula de Oliveira. A Teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. *Revista de direito público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi; ROSA, Alexandre Morais da, et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELLING, George L. e WILSON, James Q. *The Atlantic*. Março de 1982. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas*: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas Quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Teresina: *Jus Navigandi*. Fevereiro de 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA FILHO, Edson Vieira da [Et al.]. *O Direito Penal e suas faces: Da modernidade ao Neoconstitucionalismo – Volume 2 – O Direito Penal visto de uma perspectiva maximalista*. São Paulo: Lexia, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: “Você é um positivista”. *Conjur*. 23 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ministro Barroso, minha dor é perceber que apesar de tudo, tudo... *Conjur*. 24 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/senso-incomum-ministro-barroso-minha-dor-perceber-apesar-tudo-tudo>. Acesso em: 08 de janeiro de 2020.

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

