III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

GRASIELLE BORGES VIEIRA DE CARVALHO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Grasielle Borges Vieira De Carvalho; Gustavo Noronha de Avila; Matheus Felipe de Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-347-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Na segunda tarde de Inverno do ano pandêmico de 2021, durante os trabalhos do III Encontro Virtual do Conpedi, nos reunimos para discutir sobre temas persistentes e emergentes das Criminologias e da Política Criminal. Foram representados Programas de Pós-graduação do Brasil inteiro em trabalhos que demonstraram uma perspectiva bastante heterogênea e plural das ciências criminais.

Em nosso primeiro trabalho apresentado, Carolina Carraro Gouvea pretendeu analisar a atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua efetividade. A partir de um referencial internacionalista, sugere novas estratégias como mecanismo específico de proibição da tortura neste âmbito.

A seguir, Mariana Engers Arguello discutiu os diferentes problemas do sistema carcerário brasileiro em meio à pandemia. Além dos argumentos criminológicos, também foram analisadas decisões de decretação de prisões preventivas que abordaram a questão da Covid-19.

Angélica da Silva Corrêa trabalhou o tema do racismo estrutural e a violência policial no Brasil. Desde os dados do último Mapa da Violência, foram analisados os índices de homicídio em relação aos negros, pobres e periféricos.

Ainda no campo das interseccionalidades, Thais Janaina Wenczenovicz, Émelyn Linhares e Marlei Angela Ribeiro dos Santos, analisam os efeitos do cárcere em relação aos povos indígenas n Brasil. Para tanto, partem de uma metodologia quali-quantitativa para demonstrar o quanto o cárcere costuma ser especialmente violento em relação a nossa população originária.

Adentrando a linha dogmático-penal com referencial da política criminal, Alessandra Pangoni Balbino Santos enfrenta a persistente questão da intervenção mínima no Direito Penal brasileiro. Também na perspectiva político-criminal, Marco Adriano Tamos Fonsêca e Roberto Carvalho Veloso discutem o enfrentamento da corrupção.

Luana Rodrigues Meneses de Sá e Andréa Flores analisam as relações entre a Criminologia Crítica e os Direitos Humanos. Concluem pela necessária renovação das estruturas de poderes relacionadas ao processo de criminalização, com o reforço de uma perspectiva mínima de direito penal.

Em sequência, a (im)possibilidade de recepção do acordo de não persecução penal no processo brasileiro é tratado por Júlia Faipher e Bartira Macedo Miranda. A expansão dos espaços de consenso é critica pela dificuldade em compatibilizá-los com as garantias fundamentais individuais.

Discutindo a influência transversal da dignidade humana ao sistema pena, Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Morais Silva, trabalham o persistente tema da expansão do Direito Penal. Concluem que este movimento traz sérios riscos de violação aos direitos fundamentais, representando uma violência estatal em regra desproporcional em relação à própria violação.

Melina de Albuquerque Wilasco e Salo de Carvalho trabalham a partir da seguinte pergunta: a Justiça Restaurativa pode funcionar como uma alternativa à prisão? Desde que uma perspectiva crítica seja adotada, é possível abolir o sistema penal a partir de uma nova cultura forjada pela Justiça Restaurativa Crítica.

A apresentação seguinte contou com as aproximações entre Inteligência Artificial e a conduta em direito penal. Bruna Azevedo de Castro, a partir da teoria de Juarez Tavares, estabelece critérios de imputação de forma a evitar a responsabilidade objetiva.

Lorena Melo Coutinho e Priscilla Macêdo Santos discutem o problema do policiamento atuarial feito por algoritmos que poderiam analisar os prognósticos de riscos na segurança pública. Desde uma técnica bibliográfica-documental, apresentam as possíveis dificuldades e riscos para a sua utilização na prática.

Também sobre a Inteligência Artificial e seus efeitos é o texto apresentado por Ana Lúcia Tavares Ferreira. O artigo analisa essas repercussões aos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Por fim, o tema da Justiça Restaurativa Crítica volta a ser tratado por Camila Diógenes de Mendonça e Juliana Trindade Ribeiro Pessoa Pordeus. As autoras tratam de uma experiência concreta, em Novo Hamburgo-RS, avaliando a possibilidade de estarmos diante de uma verdadeira Justiça Restaurativa.

Foi uma tarde rica em discussões e de muitos reencontros, ainda que virtuais. Esperamos que os textos aqui contidos possam reverberar, provocando novas pesquisas e diálogos!

Boa leitura!

Espaço Virtual, Junho de 2021.

Grasielle Borges Vieira De Carvalho (Universidade Tiradentes/SE)

Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Matheus Felipe de Castro (UFSC/UNOESC)

ANÁLISE CRÍTICA DE PARADIGMAS ESTATAIS DESTINADOS À HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: A DIGNIDADE HUMANA COMO FATOR LIMITANTE

CRITICAL ANALYSIS OF STATE PARADIGMS AIMED AT HYPERTROPHY OF CRIMINAL LAW IN RISK SOCIETY: HUMAN DIGNITY AS A LIMITING FACTOR

Hamilton da Cunha Iribure Júnior [1]
Rodrigo Pedroso Barbosa [2]
Douglas de Morais Silva [3]

Resumo

O presente artigo tem como escopo a análise das teorias que implicam na rígida aplicação do Direito Penal àqueles considerados como inimigos sociais. O marco teórico empregado repousa no pensamento de Günther Jackobs frente a uma provável legitimação para o emprego do punitivismo estatal máximo e os contrapontos da dignidade humana como valor limitante. A problemática situa-se na investigação da tolerância social ao emprego dessa máxima. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que os modelos que buscam justificar o máximo Direito Penal representam grave violação aos direitos fundamentais, sistemas penais mais brutais que a própria brutalidade que intentam prevenir.

Palavras-chave: Hipertrofia penal, Sociedade de risco, Dignidade humana, Legitimação, Limitação

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the theories that imply the rigid application of Criminal Law to those considered as social enemies. Employed the thought of Günther Jackobs in the face of a probable legitimation for the use of maximum state punitivism and the counterpoints of human dignity as a limiting value. The problem lies in the investigation of social tolerance to the use of this maxim. Applying the analytical-deductive methodology it is concluded that the models that seek to justify the maximum Criminal Law represent a serious violation of fundamental rights, criminal systems more brutal than the brutality that try to prevent.

[1] Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e Mestrado da FDSM. Líder Científico do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Advogado. Consultor Jurídico. Palestrante.

[2] Mestre em Direito Constitucional pelo PPGD/FDSM. Membro do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Professor Universitário. Advogado. Membro da Comissão de Direito Penal da OAB/MG, 24ª. Subsecção. Consultor Jurídico. Palestrante.

[3] Bacharelando em Direito pela FDSM. Membro do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Diretor do Grupo do Resgate Histórico e Cultural de Bueno Brandão/MG. Pesquisador do Arquivo Nacional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penal hypertrophy, Risk society, Human dignity, Legitimation, Limitation

1. INTRODUÇÃO

A difusão do modelo capitalista de produção, a globalização econômica e o rápido avanço tecnológico experimentado no último século, disseminaram a pobreza e agravaram as desigualdades sociais. Decorrência lógica deste cenário foi a intensificação dos conflitos sociais e o inevitável aumento da criminalidade.

As descobertas tecnológicas desencadearam um medo até então desconhecido pela humanidade: o medo da destruição em massa. Com o aprimoramento dos estudos de produção de armas químicas, os avanços científicos obtidos permitem não somente a prática de atos delitivos que atinjam estritamente alvos bem demarcados, mas podem acarretar a eliminação da vida na terra. Vivemos na *sociedade do risco* (CALLEGARI; ANDRADE, 2011, p. 11).

Com o intuito de impedir atos dessa gravidade e assegurar a manutenção da harmonia social (cada vez mais dependente de uma harmonia de dimensão global), o Estado dispõe de instrumentos de controle social, cuja finalidade é coordenar a vida em sociedade, consolidando os ideais e valores pelos quais foi forjado, mantendo intacto, portanto, os interesses que defende.

O mais grave instrumento de controle social de que dispõe o Estado é o Direito (devido à sua universalidade e imperatividade), sobretudo o Direito Penal, porque a contrariedade às suas normas pode acarretar a supressão da liberdade, um dos direitos fundamentais mais caros do indivíduo (IRIBURE JR., 2016, p. 23). Disseminada está na sociedade a impressão de que viver nunca foi tão perigoso como nos dias atuais. Isso acarreta uma sensação de permanente insegurança nos membros da sociedade – medo este que é agravado pelo tratamento dispensado por setores da mídia. De tal situação brotam discursos políticos oportunistas, que tomam o Direito Penal como a solução de todos os males, o que acaba por desencadear normas draconianas, não raramente flexibilizadoras, ou até mesmo, supressoras de direitos e garantias penais e processuais penais.

Como resposta à tal insegurança experimentada pelos "bons cidadãos" em virtude da ação dos "indivíduos maus", os Estados – incompetentes na concretização dos direitos mínimos prometidos – sucumbem ao canto da sereia e tomam o caminho mais fácil, o da construção de Sistemas Penais "simbólicos", forjados com a finalidade precípua de restaurar a ordem, eliminar as figuras indesejáveis do corpo social e, sobretudo, aplacar o clamor popular. Nesta linha, torna-se comum a edição de *leis penais casuístas*, lançadas a cabo para aplacar o clamor social por justiça (ou vingança?), no que se denomina *legislação do pânico* ou *Direito Penal emergencial* (SILVA FILHO; MACHADO, 2013, p. 14).

O marco teórico adotado na construção do presente artigo forma-se pela análise de um dos sistemas penais mais polêmicos da atualidade, denominado "*Direito Penal do Inimigo*",

apresentado por Günther Jakobs no ano de 1985, passando a ser defendido por este a partir do ano de 1999, tendo ganhado corpo e relevância com a destruição das torres gêmeas, na cidade de Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001 (GOMES *et al*, 2007, p. 295).

Em contraponto, outro modelo que apresenta características semelhantes ao criado por Jakobs é a chamada Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*), que ganhou relevo no ano de 1994, com a implementação da *política de tolerância zero* em Nova Iorque, levada a efeito pelo então Prefeito Rudolf Giuliani (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 23).

A problemática do presente artigo repousa na verificação da possibilidade da coexistência desses modelos em um Estado Democrático de Direito, frente à aplicação criminológica como um potente sistema a ser empregado pelo Estado. Para tanto, adota-se a metodologia analítico-dedutiva como instrumento hábil para se atingir as conclusões.

Inicialmente, duas respostas podem ser apontadas. A primeira no sentido da possiblidade de discriminação e eleição de inimigos do Estado, isto é, a viabilidade de se classificar indivíduos em humanos e não-humanos, aplicando a estes um tratamento penal diferenciado, mais rigoroso. A segunda pela ilegitimidade destas teorias, uma vez que são violadoras dos direitos fundamentais.

Deste modo, o objetivo geral da presente pesquisa se faz pela análise dos pontos de semelhança entre ambos os sistemas e verificar a possibilidade de coexistência destes modelos em um Estado Democrático de Direito, sobretudo frente aos direitos fundamentais. Aplica-se a metodologia de análise documental, pautada pelo método dedutivo.

Tal abordagem se justifica pelo grave nível de interferência de ambas as teorias na esfera dos direitos fundamentais, bem como pela difusão e defesa dos seus pilares por inúmeros agentes políticos – fato este, repita-se, agravado pelo tratamento dado por setores da mídia, no que se refere ao crime, sua prevenção e repressão –, na atual sociedade do risco.

2. ESCOLHENDO "INIMIGOS": O DESESPERO ESTATAL E A FALÊNCIA DAS POLÍTICAS CRIMINAIS

O conhecimento científico se vale de um método bastante singular de catalogação de informações: a classificação. As descobertas desencadeiam uma separação dos objetos de estudo em grupos estanques e, a cada nova descoberta, a cada criação teórica, subgrupos são criados e, com isto, a especificação do saber científico se acentua.

Com a Ciência Jurídica não é diferente. A necessidade de uma construção lógica e sistemática faz com que as inevitáveis classificações aconteçam. Classifica-se o que são bens e

dentro desta classificação, separam-se bens imóveis de bens móveis. Classifica-se o que são pessoas, apartando-as dos semoventes.

Elegem-se quais condutas devem ser consideradas infrações penais e, por exclusão, determinam-se quais condutas que se encontram fora da área de abrangência do Sistema Penal. Por tal, se apontam aqueles indivíduos que são perigosos, segregando-os dos indivíduos inofensivos. O Direito – enquanto fruto da criação humana – apresenta estas classificações com fundamento precípuo nos valores sociais em que foi construído. Uma classificação que tem despertado críticas e contradições é aquela que paradoxalmente divide, em dois grupos diferentes, humanos que devem ser tratados como humanos e humanos que não merecem ser tratados como humanos ou *humanos não-humanos*, clara ofensa à dignidade humana.

Essa é a característica mais incisiva do Direito Penal do Inimigo, isto é, a distinção entre indivíduos que merecem ser tratados como pessoas (cidadãos) e indivíduos que devem perder este tratamento por se tratarem de seres perigosos, que colocam em risco a própria existência do Estado (inimigos). O Direito Penal do Inimigo apresenta a necessidade de existência de dois Sistemas Penais bastante diferenciados. O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro se aplica aos criminosos comuns, exercendo seu império quando algum cidadão comete alguma infração penal. O segundo para aqueles que se insurgem contra o Estado, cuja conduta representa grave risco para este e ao bem-estar da sociedade.

A figura do inimigo não é algo novo no mundo jurídico. No curso da História, vários pensadores discorreram acerca da existência de inimigos que, em virtude do risco que representavam, mereciam ser extirpados do convívio social. Jean-Jacques Rousseau sustenta que o criminoso, ao violar as leis impostas pelo Estado, descumpre o tratado social e ingressa em uma verdadeira relação de beligerância contra o Estado, razão pela qual deve deixar de ser considerado cidadão, passando a merecer tratamento de inimigo, porque "*a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão*" (ROUSSEAU, 2009, p. 43).

Seguindo a mesma lógica, atesta-se que o indivíduo que viola a norma penal, rompe com o "*contrato cidadão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos*" (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 27). Tal máxima atesta que a existência do Estado também representa um compromisso ao indivíduo, em agir conforme as regras estatuídas no pacto social firmado no âmbito de tal Estado. Insta observar o pensamento de Thomas Hobbes, através do qual deve ser preservado o *status* de cidadão para o criminoso comum, mas, retirando-se este mesmo *status* do indivíduo que pratica

o crime de *alta traição*, tomando este por inimigo que, como tal, merece tratamento condizente com a sua condição (HOBBES, 2013, p. 253).

Para o filósofo Immanuel Kant, o indivíduo, ainda que obrigado e que venha a se negar a participar do Estado social-legal, pode ser excluído do convívio social, devendo ser tratado como inimigo. A razão apontada pelo citado filósofo se faz na medida em que é uma opção pessoal a negação das regras do Estado ao qual venha a pertencer (KANT, 2006, p. 65).

As ideias pugnadas por Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e Immanuel Kant, supramencionados, no que toca à possibilidade de impingir tratamento diferenciado aos cidadãos e aos inimigos, são as matrizes filosóficas que fundamentam a teoria do Direito Penal do Inimigo, defendida por Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 24-29).

Aí que a personalidade não é um atributo meramente outorgado pela lei, mas é uma consequência das ações do indivíduo. Em outras palavras, se o indivíduo transgredir a norma, mas, mesmo assim, oferecer uma *garantia cognitiva mínima* de que observará as normas impostas pelo Estado, manterá sua personalidade jurídica intacta, sendo tratado como cidadão (pessoa), preservando, deste modo, seus direitos e garantias fundamentais.

Em contrapartida, se o indivíduo não oferecer esta *garantia cognitiva mínima* de que se manterá fiel ao Direito posto, este se *auto excluirá* da sociedade porque escolheu livremente perder seu *status* de cidadão ao não se submeter às normas estatais, razão pela qual será considerado inimigo do Estado e, consequentemente, perderá sua personalidade, sendo tratado como não-pessoa, podendo ter relativizados – quando não suprimidos – seus direitos e garantias fundamentais. Isto implica dizer que o inimigo deixa de ser sujeito de direitos e passa a ser objeto de coação física exercida pelo poder estatal.

Mas, afinal, quem é o inimigo para a teoria do Direito Penal do Inimigo? A definição apresentada, assevera que "*inimigo*" é todo aquele que não oferece a referida *garantia cognitiva mínima* de que se sujeitará às normas impostas pelo Estado, constitui-se em definição demasiadamente aberta. Com o intuito de refinar esta definição, Günther Jakobs traz como exemplos de inimigos os indivíduos que incorrem na prática de crimes econômicos, os terroristas, os membros de organizações criminosas, os infratores de delitos sexuais e *outras infrações penais perigosas* (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 33-34). Enquanto resultado do comportamento humano, o enquadramento do indivíduo em um ou outro Sistema Penal acarreta consequências graves, sobretudo se analisados sob a ótica dos direitos humanos.

O Direito Penal do Cidadão concebe o seu destinatário (cidadão – delinquente comum) como pessoa, ser com personalidade jurídica que, em razão disto, mantém seus direitos e

garantias penais e processuais penais preservados. São direitos e fundamentos estabelecidos em razão da existência de um Estado Democrático de Direito.

Em posição diametralmente oposta, o Direito Penal do Inimigo toma o seu alvo (inimigo) como ser desprovido de personalidade jurídica. Isto porque seu comportamento indesejável fez com que voluntariamente se "auto excluísse" da sociedade, razão pela qual não é considerado pessoa, não sendo merecedor dos direitos e garantias penais e processuais penais.

Esta divisão apresenta duas consequências importantes. A primeira consequência é que o cidadão se submete a um processo judicial e sobre ele incide um juízo de culpabilidade, de modo que a pena tem caráter compensatório. A segunda consequência é que o inimigo se submete a um procedimento de guerra e é punido não em virtude de alguma infração penal que tenha praticado (até porque delito algum pode ter sido praticado), mas pelo risco que representa para os demais membros da sociedade e para o próprio Estado. O cidadão é punido por fatos pretéritos, o inimigo submete-se a uma custódia de segurança, em virtude do risco que sua própria existência representa, com a finalidade de prevenir eventos futuros.

Deste modo, Günther Jakobs mantém-se fiel ao seu Funcionalismo Sistêmico apresentando como finalidade do Direito Penal do Cidadão garantir a vigência da norma, ao passo que conclui ser objetivo do Direito Penal do Inimigo combater e extirpar o perigo representado por aquele que se insurge contra o Estado, não oferecendo a *garantia cognitiva mínima* de que está apto a viver em sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 29). Mas, qual a possibilidade da coexistência dessas teorias com um Estado Democrático de Direito, que é fortemente marcado pelo direito à igualdade e respeito aos direitos fundamentais? Alternativas foram criadas no intuito de conter o avanço da criminalidade. Exsurge a Teoria das Janelas Quebradas, cujo objetivo e raciocínio central são os mesmos pugnados pela teoria do Direito Penal do Inimigo, isto é, prevenir eventos futuros, punir indivíduos perigosos e eliminar riscos.

3. A LEGITIMAÇÃO CRIMINOLÓGICA A PARTIR DAS INCERTEZAS TEÓRICAS

A incerteza sobre a capacidade de se alcançar a verdade e uma decisão genuinamente justa, torna o problema ainda mais intrincado. A eficácia da tortura, o risco (aceitável ou não) de se impingir um tratamento cruel à pessoa errada, que nada sabe ou em nada pode contribuir para evitar a catástrofe (ocasião em que não somente os direitos das vítimas do atentado seriam violados, mas também os direitos de uma pessoa inocente, confundida com um líder terrorista) são variantes que devem ser levadas em conta, quando aquele imbuído da decisão se deparar com situações deste porte.

> Segundo e mais relevante para os resultados, os casos de incerteza são precisamente aqueles que ocorrem no mundo real. Como mencionamos anteriormente e no primeiro parágrafo, devemos ter a certeza epistêmica de que o terrorista é realmente um terrorista, de que o terrorista sabe onde está a bomba, de que a tortura levará a informações relevantes, e de que essas informações permitirão que a bomba seja desarmada. No entanto, é evidente que no mundo real não há certeza em relação a nenhuma dessas condições, e muito provavelmente são bastante incertas. Por outro lado, a situação mais provável é que tenhamos capturado alguém que pode ser um terrorista ou não; e que, sob tortura, pode dar informações (corretas) ou não. Além disso, tais informações podem salvar vidas, ou não (ALLHOFF, 2014, p. 189).

É por meio da aplicação das regras constantes no sistema normativo do Estado, que repousa uma saída para tal conflito, estatuindo que "*o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável*" (DERRIDA, 2010, p. 7-8).

O questionamento que se segue na teoria do pensador em comento, reside no paradoxo da força de lei instaurada por um poder legítimo e sua diferença com a violência necessária para instaurar essa legitimidade. Em outras palavras, que legitimidade gozaria o ato de violência que autoriza a lei e determina sua força? O ato de instituir a lei seria, portanto, *um golpe de força*, uma *violência performativa, interpretativa* que, em si mesma não é justa, nem injusta, uma vez que não existe direito prévio que a legitime ou a possa invalidar (COSTA; SILVA, 2020, p. 96-97). As leis são observadas não porque são justas, mas porque são leis e os membros da sociedade lhe conferem crédito. Nisso:

> Montaigne distingue aqui as leis, isto é, o direito, da justiça. A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra "crédito" porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter "místico" da autoridade. A autoridade das leis repousa no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. (DERRIDA, 2010, p. 21).

Daí que se tem que o justo é o mais forte e o mais justo como o mais forte devem ser seguidos. A relação entre justiça e força é apresentada por Pascal, segundo o qual a justiça desprovida de força é impotente, ao passo que a força desprovida de justiça é tirânica. Na falta de uma, a outra é inexoravelmente prejudicada. A mera aplicação de uma regra, obediência de uma lei a qual o indivíduo encontra-se vinculado, sob pena de suportar as consequências legais, não pode receber o rótulo de justa ou injusta, uma vez que não há liberdade e, se não há liberdade, não há decisão (esta *aporia* – contradição – se faz verdadeira quando da análise da justiça: se não há escolha, não há decisão, logo, não há como imputar ao ato a qualidade de justo ou injusto). A necessidade de segurança proporcionada por uma resposta precisa, correta e justa acerca do dilema (torturar ou não) proposto neste artigo não é encontrada no *desconstrucionismo* de Jacques Derrida.

> É inútil precisar, desde já, que a perguntas colocadas desta forma ("ou isto ou aquilo", "sim ou não") não poderei dar nenhuma resposta, em todo caso nenhuma resposta tranquilizadora para quem quer que seja, para nenhuma das expectativas assim formuladas ou formalizadas (DERRIDA, 2010, p. 5).

O problema proposto no vertente artigo jamais chegaria a tão esperada solução tranquilizadora, que inundaria a todos que se dedicam ao estudo da hipótese de certeza e paz de espírito quanto a coisa certa a fazer. Este desassossego proporcionado pela teoria de Jacques Derrida é fruto de sua concepção de direito e justiça. O direito é passível de cálculo, enquanto a justiça é incalculável. Desta forma "*as experiências aporéticas são experiências improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra*" (DERRIDA, 2010, p. 30). Eis a aporia do *indecidível*. É impossível se falar na justiça de uma decisão que se tome por *indiscutível*. Nisso:

> indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve entretanto – é dever que é preciso falar – entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra. Uma decisão que não enfrentasse a prova do indecidível não seria uma decisão livre, seria apenas a aplicação programável ou o desenvolvimento contínuo de um processo calculável. Ela seria, talvez, legal, mas não seria justa (DERRIDA, 2010, p. 46-47).

Sem a desconstrução das contradições existentes nos discursos – no caso, nos discursos de maximização do Direito Penal com a consequente violação de direitos fundamentais –, adotando-se um critério de total observância incontestada da norma, confundindo-se direito com justiça, impossível se alcançar uma decisão que seja considerada justa. A resposta apresentada por Derrida e que se torna uma das consideradas possibilidades de se visualizar uma decisão para o problema proposto, caminha pela impossibilidade de uma decisão justa. Ao que soa, a justiça é a própria desconstrução.

4. A SAGA DOS MODELOS CRIMINOLÓGICOS PUNITIVISTAS

Diante desta lógica, faz-se necessária a intervenção forte de um Direito Penal severo que rompa com este mecanismo de criminalidade, punindo-se desproporcionalmente as condutas indesejáveis – mesmo que estas não sejam merecedoras de qualquer incidência da norma penal – para que estas condutas desajustadas não resultem em pequenos crimes, o que inexoravelmente desaguaria, no futuro, na prática de crimes mais graves (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 25).

A Teoria das Janelas Quebradas – *Broken Windows: the police and neighborhood safety* –, publicada em março de 1982, ganhou notoriedade ao servir de base para a chamada *política de tolerância zero*, implantada na cidade de Nova Iorque, no ano de 1994, pelo então Prefeito Rudolf Giulliani, como estratagema de combate à criminalidade. Tal modelo já havia sido

implantado em Chicago, no ano de 1992, por meio de um decreto que, com a finalidade de reprimir a vadiagem e a proliferação de gangues, proibiu pessoas de se reunirem em público, "*sem nenhum propósito aparente*" (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 24).

A ideia, primeiramente em Chicago e, posteriormente, em Nova Iorque, é a mesma. Qual seja, se uma conduta desviante não é reprimida, se praticantes de pequenos delitos não sentirem a mão forte do Estado na repressão do ato, esta frouxidão transmitirá a mensagem, tanto aos que incorrem na prática destes delitos menores, quanto aos praticantes de crimes mais graves, que poderão delinquir, uma vez que a punição não virá.

A aplicação dessa teoria, mediante uma análise fria e literal da proposta inicialmente formulada, imbrica a um vértice que pode ser entendido, de modo metafórico, "*quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas*" (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 24).

Do confronto entre ambas as linhas conceituais – Direito penal do Inimigo e Teoria das Janelas Quebradas – extraem-se dois pontos de maior contato. O primeiro, especificamente, reside no fato de que ambas as teorias se fundam no pressuposto de que existem duas classes de indivíduos: os inofensivos e os perigosos. Os inofensivos são aqueles que se ajustam aos valores criados pelo Estado. Os perigosos, por sua vez, são os desajustados, os insurrectos, aqueles cujo estilo de vida, ideal, crença e demais valores não se amoldam aos estabelecidos pelo Estado, razão pela qual sua própria existência é um risco que deve ser eliminado, porque se não o for, certamente acarretará danos incomensuráveis à sociedade, podendo representar um perigo até mesmo à subsistência do próprio Estado.

Já no que tange ao segundo plano (decorrência direta do primeiro), sua matriz reside junto ao juízo de periculosidade lançado sobre os indivíduos havidos por perigosos, com a construção de tipos penais que reprimem o ser, no lugar de reprimir o fato, em uma evidente hipótese de Direito Penal do Autor. Importante cingir que, em relação ao que pode se extrair desses dois parâmetros, o bêbado, a prostituta e o vadio, todos à luz da Teoria das Janelas Quebradas, nada mais representam do que inimigos do Estado. Indivíduos estes que representam um risco para a sociedade, de modo que o Estado deve, com a violência do Direito Penal, extirpar esses seres que poderão, talvez, representar agentes violentos no futuro.

Os adeptos de ambas as teorias até aqui examinadas utilizam o argumento da eficiência destes modelos na repressão ao crime e combate ao aumento da criminalidade. É necessário destacar que o argumento da ampla "*eficiência*" penal não encontra respaldo científico, uma vez que inexiste estudo apto a assegurar que a implantação destes modelos foi fator único e

decisivo para a redução da criminalidade. A queda nos índices de prática de crimes em Nova Iorque não tem relação com uma suposta implantação da Teoria das Janelas Quebradas.

A eficiência do modelo em comento é contrária aos dados e à situação real vivenciada pela comunidade estadunidense, quando da implantação da *política de tolerância zero* na cidade de Nova Iorque. Contrapondo, tem-se que tal teoria representa "*uma crua e correta tradução do eficientismo penal em termos reais permite defini-lo – livre de suas máscaras – como uma tácita reclamação de legalização da tortura*" (ZAFFARONI, 2013, p. 119).

Por síntese apertada, em ambas as teorias analisadas, apresenta-se um quadro de punição severa para condutas desajustadas, que destoam do estilo de vida imposto; divisão entre seres humanos, apartando os "*bons cidadãos*" dos "*seres perigosos*", aqueles cuja própria existência representa um "risco" para a sociedade; e a sedutora proposta de recrudescimento do Direito Penal como solução para o problema do aumento da criminalidade. A defesa da utilização destes modelos ganha corpo entre diversos setores da sociedade, em especial, os políticos e a imprensa, angariando adeptos entre membros da sociedade que, seduzidos por um discurso demasiado simples e superficial, fazem coro à construção de um Direito Penal draconiano.

5. O EIXO LIMITADOR PELO VÉRTICE DA DIGNIDADE HUMANA

Um abrangente e eficiente sistema de garantias individuais se coloca na Carta Constitucional brasileira vigente. Este mecanismo está arraigado no bojo da Carta Política de 1988, de onde emite um feixe de princípios orientadores da aplicabilidade das regras constantes do ordenamento jurídico nacional visando à harmonia do Estado Democrático de Direito.

A harmonização das regras processuais ao núcleo desse sistema de garantias representa, na prática, a efetivação dos princípios constitucionais em todos os níveis em que se trava a relação entre Estado e indivíduo (FERRAJOLI, 2002, p. 683-687). Destarte, cumpre-se a tão badalada adequação das regras constantes da norma jurídica infraconstitucional aos padrões normativos estabelecidos pela Constituição da República de 1988. Esta Carta Política estabelece princípios e regras para a sistematização de qualquer atividade processual, repita-se, que deve pautar-se no sentido de que sejam respeitados os direitos fundamentais individuais, sob o risco de ver-se anulada a prestação jurisdicional que não observar a mínima ordem garantista, núcleo do Estado Democrático de Direito (GARCIA, 2004, p. 140).

Para tanto, a referida Carta Política em seu frontispício consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a "*dignidade da pessoa humana*", preceito inerente ao ser humano, presente desde sua concepção, postulado inato e reconhecido como

essência e fundamento da sociedade, sem o qual, aliás, não se justificaria (SILVA, 2008, p. 224). Talvez a grande problemática esteja na conformação do seu conteúdo.

Em primeira via, para fins de análise do presente ensaio, destaca-se que invocar o fundamento constitucional da dignidade humana pressupõe reconhecer a pessoa como ser humano diferenciado dos demais seres devido sua racionalidade e sociabilidade, devendo se desenvolver em meio apropriado para atender as suas necessidades. É reconhecer-se na pessoa sua autodeterminação em relação ao Estado e a todos os outros seres. Daí a se enaltecer a dignidade humana como valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano, desde o direito à vida (MIRANDA, 1990, p. 165-171).

A etimologia da palavra *dignidade* tem origem no remoto latim *dignus* (MORAES, 2003, p. 77-79) que era utilizado para referir-se a todo indivíduo que fazia jus à estima, era honrado e, por consequência, merecedor de importância no meio em que vivia. Concebido como categoria espiritual, o vocábulo *pessoa* assume importância com o advento do Cristianismo (NALINI, 2008, p. 192). Como herança de um dos insuperáveis mandamentos de Jesus Cristo, o vocábulo é utilizado para representar a ideia da unidade do ser humano (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 119), este que passa a ser detentor de direitos fundamentais (TOBEÑAS, 1992, p. 38-41), criado à imagem e semelhança de Deus e que se distanciava dos demais animais por possuir dignidade (BENDA, 1996, p. 118-119).

Dessa nova concepção do ser humano decorre o necessário reconhecimento de sua individualidade, contrastada com a necessidade social do Estado. Esse contraponto demonstra, inevitavelmente, que tanto a Teoria das Janelas Quebradas, quanto a que considera o indivíduo como inimigo, seguem na contramão do trato humano, tanto que as ordens jurídicas a introduzem em boa parte dos ordenamentos constitucionais (NUNES, 2002, p. 46-47), fazendo com que a aceite numa dimensão jurídica como norma positivada, muito embora haja alguma resistência em admiti-la como um preceito estatal (REALE, 1997, p. 3-4).

Immanuel Kant vislumbrou o princípio como um imperativo categórico cujo valor na cultura dos povos beira a noção do *absoluto*. Defendia o filósofo que o ser humano tinha um valor peculiar, intrínseco, existente por si só e, pelo fato de existir, já possuía dignidade. Asseverava, no entanto, que qualquer tentativa de excepcionar ou relativizar esse princípio seria infundada pela própria razão de ser deste, a qual se confundia com a existência humana.

Construiu-se, a partir de então, a noção de que o homem é um fim em si mesmo e não meio para os demais seres. Por conseguinte, é pessoa dotada de dignidade por sua racionalidade (ABBANANO, 2003, p. 276). O ser humano nasce com o atributo da dignidade porque esta é parte essencial da personalidade e isso traduz, na prática, a obrigação genérica de respeito à

liberdade individual, refletindo na aceitação da igualdade entre todos os integrantes da raça humana (QUEIROZ, 2002, p. 17-19). Em síntese apertada, tem-se que do imperativo Kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo infere-se que a dignidade da pessoa humana é um valor único (SARLET, 2001, p. 38-39). Conforme aduzido, a Carta Política de 1988 estatui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (TAVARES, 2007, p. 508), o centro de convergência de todos os direitos individuais.

No texto constitucional de 1988, a positivação da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa representa a elevação desse preceito à categoria de princípio maior do Estado brasileiro. Isso faz concluir que todos os demais direitos fundamentais lhe dão suporte e, por via oblíqua, são considerados como valores fundamentais para que então assegurem a dignidade do ser humano (ARNAU, 1998, p. 49-50).

Corolário lógico dessa posição topográfica da dignidade é que toda atuação do Poder Público tem que ser avaliada tendo em vista sempre o respeito ao indivíduo, sob o risco de ser transgredida a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão é que se infere que a pessoa é o caro valor da democracia, o núcleo das atenções do Estado, este que deve agir comprometido em sustentar, sob quaisquer penas, a integridade do indivíduo, atestando uma unidade de observância obrigatória ao sistema jurídico brasileiro (PEREZ LUÑO, 1990, p. 317-320).

Além de garantir a integração das normas jurídicas, o princípio da dignidade da pessoa humana assume duas outras importantes missões no ordenamento jurídico, quais sejam: orientar a interpretação constitucional na aplicabilidade das normas jurídicas e servir de fundamento para a sustentação do próprio ordenamento nacional (MARTINEZ, 1996, p. 64-67).

Do exposto aqui, nota-se que no texto constitucional a formulação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil o faz ser apreendido com intocável magnitude dentro de seu limite intransponível, de natureza absoluta, portanto (PIOVESAN, 1996, p. 59). Daí a se destacar a ruptura do sentido da dignidade humana, à luz do que se propõe pela Teoria das Janelas Quebradas. No entanto, para a efetividade do fundamento da dignidade humana, há necessidade de que ele seja amparado por um sistema de direito com poder de coação, uma vez que o Estado tem por missão garantir a pessoa humana em sua inteireza, ressaltando-se sempre que a dignidade decorre da própria existência do ser humano, é congênita deste (PERELMAN, 1999, p. 400). Ainda assim, muito falta para se ter uma legitimação das teorias objeto da presente abordagem.

Ao se admitir a dignidade da pessoa humana como princípio maior, absoluto para o qual todos os demais princípios devem observância irrestrita e invariável, roga-se que as regras e princípios de um ordenamento jurídico sejam elaborados e aplicados para garantir o valor da

pessoa, sua unicidade, sua autodeterminação, sua afirmação frente ao Estado. A dignidade da pessoa humana se desdobra em duas porções: uma como regra e outra como princípio (SARLET, 2001, p. 131-134). O enquadramento da modulação dos efeitos pretendidos por uma norma que expresse um valor de direito fundamental, frente ao preceito da dignidade humana, depende diretamente da vontade do intérprete da norma, de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada. A ponderação da dignidade humana em confronto com os demais princípios, exige do intérprete a equalização e a extensão do sentido que deve prevalecer.

Por seu turno e importante se faz o registro, a referência à natureza absoluta da dignidade da pessoa humana diz respeito à desnecessidade de haver qualquer inserção de cláusulas ou limitações em sua estrutura semântica. O que se afirma é que o referido princípio conta com uma série de fatores condicionantes que o faz anteceder a todos os demais princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, de forma que é possível observar em cada direito fundamental um traço do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal relativização, repita-se, não autoriza, por si só, a aplicação de qualquer teoria ou entendimento que afaste a condição inerente da existência humana e de sua dignidade para aplicação de meios e/ou vias que venham a afrontar tal existência, como o conteúdo que se extrai dos preceitos do Direito Penal do Inimigo e da Teoria das Janelas Quebradas.

6. ROMPENDO COM PARADIGMAS ESTATAIS

O Estado não é um ser vivo com intelecto, desejo e vontade própria. Se um Estado erige certos valores (a exemplo da instituição da família monogâmica, da propriedade privada como direito fundamental e das condutas a serem controladas pelo Direito Penal) não é esta a vontade do Estado, mas sim a vontade de indivíduos que exercem sua hegemonia em certa era e lugar.

Pode-se afirmar que o Estado é uma ficção jurídica, uma invenção humana com a finalidade precípua de proteger e tutelar os interesses de uma classe hegemônica. Nesse sentido, importante corte epistemológico se faz à luz do que se compreende da origem e finalidade do Estado. E tal contraponto reside na afirmação de que o Estado, como modelo de superação da antiga organização gentílica, nasce da luta de classes desencadeada pelo nascimento da propriedade privada e a inevitável gana por acumulação de riqueza (ENGELS, 1981, p. 119). O Estado é criado como instrumento de preservação do *status* imposto pela luta de classes, consistindo em engrenagem apta a assegurar a manutenção da condição de dominadores e dominados, reprimindo qualquer conduta apta a subverter a ordem posta e

> as antigas instituições da gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência. Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da

> constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana (...). E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado (ENGELS, 1981, p. 119-120).

O Estado nasceu da necessidade de conter esse antagonismo entre as classes, firmando o domínio da classe mais poderosa economicamente sobre a classe explorada. Insta observar que no curso da História "*os direitos concedidos aos cidadãos são regulados de acordo com as posses dos referidos cidadãos, pelo que se evidencia ser o Estado um organismo para a proteção dos que possuem contra os que não possuem*" (ENGELS, 1981, p. 194).

A análise do modelo proposto pela Teoria das Janelas Quebradas, segundo o qual os bêbados, as prostitutas e os vadios deveriam ser punidos, porquanto são criminosos em potencial e representam um risco para os demais membros da sociedade, permite concluir que o pensamento de Friedrich Engels permanece atual. A deflagração do Direito Penal contra aqueles que não possuem condições econômicas, bem comprova o sustentado pelo autor alemão: um Estado que nada mais é do que um mecanismo de proteção dos ricos, contra a ameaça dos pobres. Qual bêbado seria punido? O pobre andarilho ou aquele que consome um drink, em um *happy hour* com os amigos, em um estabelecimento de luxo? Qual vadio seria merecedor da repressão estatal? O mendigo sem ocupação ou um homem abastado, também sem ocupação? Não é difícil obter a resposta, porque esta é intuitiva.

Diante disso, se faz fácil perceber quais destes exemplos podem ser classificados como indivíduos de bem e quais que merecem ser enquadrados como seres perigosos. Abrem-se as cortinas da teoria que justifica e legitima a força cogente do Estado repressor e que se posta acima da existência e individualidade do ser. Verifica-se, portanto, que o Estado surgiu e se desenvolveu ao longo da evolução histórica com a finalidade de manter os interesses e valores de uma classe hegemônica. Deste modo, sempre o Estado rotulou determinados indivíduos como inimigos (ALVES; CARVALHO JÚNIOR, 2013, p. 152), tal qual ocorreu com Tiradentes, Galileu Galilei, dentre outros pontos "*fora da curva*".

No entanto, na atualidade, a figura do inimigo – ao lado da criminalização dos chamados sujeitos de risco, tal qual como proposta pela Teoria das Janelas Quebradas – encontra uma barreira: o Estado Democrático de Direito e seu atributo indissociável, os direitos fundamentais. O domínio exercido pela classe dominante, pouco a pouco foi perdendo força, fruto das conquistas obtidas por movimentos revolucionários, que pleitearam, com êxito, direitos para a classe explorada. O poder absoluto cedeu espaço para o poder democrático,

passando a titularidade do poder para as mãos do povo. O Direito Penal, enquanto mecanismo estatal de controle social, deve passar pelo crivo da vontade do povo.

O questionamento que se propõe é: pode o povo, pelas vias democráticas, construir um Direito Penal notoriamente segregacionista e violador dos direitos fundamentais, como é o caso das teorias analisadas neste artigo (Direito Penal do Inimigo e Teoria das Janelas Quebradas)? Eugenio Raúl Zaffaroni, mesmo reconhecendo que Günther Jakobs não funda sua teoria em Carl Schmitt, afirma que o mesmo incorre em sua lógica, asseverando que o Direito Penal do Inimigo representa uma "*inevitável quebra do Estado de Direito, porque entrega nas mãos do soberano designar como inimigo quem considerar oportuno, na extensão que lhe permitir o espaço de poder de que dispõe*" (ZAFFARONI, 2013 p. 163). Este aspecto demonstra uma postura mais própria ao Estado absolutista do que afeta ao Estado Democrático de Direito (STRECK; MORAIS, 2014, p. 99-100) e, com isso, a justificativa se assenta

> para sustentar o Estado Democrático ao pilar da já referida constitucionalidade se agregam os pilares da democracia e dos direitos fundamentais; e é a realização destes institutos que acaba por legitimar o Poder nesta acepção de Estado. Certo é que democracia e direitos fundamentais são institutos que andam juntos, entrelaçam-se na busca da realização do Estado de Direito sob a perspectiva democrática (MARINHO JÚNIOR, 2005, p. 157).

Desse modo, o modelo adotado como sendo o de Estado Democrático de Direito, como se extrai, mantém íntima relação com a preservação dos direitos e garantias fundamentais. Não é possível apartar um modelo democrático de Estado da proteção dos direitos fundamentais, razão pela qual o Direito Penal do Inimigo e a Teoria das Janelas Quebradas não encontram legitimidade neste paradigma estatal.

A institucionalização de Sistemas Penais segregacionistas, violadores de direitos fundamentais, que fundam sua ideologia no combate a seres cuja simples existência representa grave risco aos demais membros da sociedade, não pode se dar, sequer pelas vias democráticas, porque desproporcionalmente violadores de direitos fundamentais. Ainda que pelas vias democráticas, não pode o povo edificar um modelo penal que o oprima ou oprima uma seleta parcela da sociedade, sem que haja qualquer fato merecedor de tipificação penal.

Um Estado que assim o faz, apesar de ostentar a chancela de "Estado Democrático de Direito" em sua constituição, pode sê-lo sob o prisma meramente formal, legal, documental, mas na essência, trata-se de uma roupagem nova para uma instituição velha: o Estado Absoluto. Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, portanto, são intocáveis, não podendo ser subjugados nem sequer pela vontade da maioria. Destarte,

> os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável,

> cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do "bem comum". Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 19).

Zaffaroni alerta para a questão da personalidade (condição de pessoa), superadas as discussões acerca do seu caráter natural ou atributivo, atualmente, deve ser tratada como questão afeta ao direito positivo e, por tal, a interferência estatal se faz a partir das imposições limitativas das garantias constitucionais (ZAFFARONI, 2013 p. 163).

Ao que se destaca que, no mundo real, nada impede que um Estado implante as teorias analisadas neste estudo; nada impede que, tal como proposto por Günther Jakobs, determinado Estado conceba a possibilidade de um indivíduo se auto excluir da sociedade – ser-lhe retirada a própria personalidade – porque não oferece garantias cognitivas mínimas de que observará as normas impostas, passando a receber tratamento de inimigo, deixando de ser sujeito de direitos e tornando-se alvo da força estatal. Se tal conduta se materializar patente está a violação aos direitos e garantias fundamentais, sendo possível, não se pode olvidar que este determinado Estado esteja na contramão do desenvolvimento histórico, fazendo reviver um modelo há muito combatido do Estado Absolutista, velho e ultrapassado paradigma de jugo social.

7. PRECEITOS LIMITADORES DA CRIMINOLOGIA ESTATAL

À guisa de registro rasteiro acerca de um mínimo conteúdo que possa entender-se a democracia inerente a um sistema político garantista de direitos individuais, que seja o contraponto das teorias, é adequado assegurá-la como um núcleo essencial desse sistema.

> A democracia é o núcleo de um sistema de Direitos Fundamentais. Seu esquema de Direitos Fundamentais é todo ele deduzido logicamente do princípio discursivo, institucionalizado sob a forma do princípio democrático. Os Direitos Fundamentais podem ser agrupados da seguinte forma: (1) Direitos Fundamentais que resultam da configuração política autônoma di direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; esses direitos exigem como correlatos necessários; (2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos Fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por meio dos quais eles criam direito legítimo; (5) Direitos Fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos mencionados de 1 até 4 (HABERMANS, 2010, p. 345).

Dessa forma, relacionar a ordem constitucional com os ideais democráticos, é missão que passa por importante etapa referente à criação da norma jurídica. Esta, ao ser elaborada, deve contemplar um padrão mínimo de mecanismos que possam garantir a efetividade prática

dos direitos fundamentais. Daí que "*uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para a instituição da revisão judicial*" (RAWLS, 2000, p. 277).

Não se pode ficar alheio à profunda relação existente entre direitos mínimos fundamentais e comandos democráticos estabelecidos por meio de um Pacto Social, sendo que "*uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe a salvaguarda de posições contra majoritárias (os Direitos Fundamentais), cuja força advém de princípios exigidos pela moralidade política*" (DWORKIN, 1990, p. 324-346).

A aplicação de princípios constitucionais democráticos soa como uma separação entre o direito e a moral, tendo por base o positivismo jurídico, ou seja, parâmetros que expressam a norma de direito em sua inteireza de efeitos e eficácia, assegurando àqueles a sua efetividade na ordem social. Daí a importância de que os membros de uma determinada coletividade venham a atuar crendo que são regidos por um sistema de princípios que são moralmente relevantes, efetivamente aceitos, e não por regras que sejam forjadas a partir de apenas um compromisso político dissociado dos valores democráticos.

Asseguram-se aos Direitos Fundamentais o núcleo de serem, essencialmente, direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração. Desta forma assegura-se a aplicação de um importante viés democrático – isonomia – ao Estado de Direito, prisma irretocável de boa parte das sociedades modernas que adotam a forma republicana de seus Estados. Assim:

> esta igualdade, que pressupõe os indivíduos como agentes morais independentes, exige que Direitos Fundamentais lhes sejam atribuídos para que tenham a oportunidade de influenciar a vida política, realizar os seus projetos pessoais e assumir as responsabilidades pelas decisões que sua autonomia lhes assegura (CITTADINO, 1999, p. 156).

O posicionamento aqui defendido infere que uma democracia apenas pode ser verdadeiramente considerada como uma premissa governamental, caso os cidadãos forem tratados de forma equânime, com igual respeito e consideração, logicamente, sendo-lhes assegurada a desigualação, admitida como uma forma de manter o equilíbrio e a justiça na aplicação da norma jurídica. Os direitos fundamentais, portanto, podem ser entendidos como "*condições democráticas*", reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais tornam-se, antes, uma exigência mínima democrática, para, somente se necessário e a posterior, servirem de balizas limitadoras de outros direitos.

Os contornos desejados ao denominado ideal democrático do governo, exercido em nome do povo, se faz à luz de que tal preceito seja atingido quando o princípio majoritário seja respeitado, de forma que, "nada obstante, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados como agentes morais independentes" (BINENBOJIM, 2008, p. 55).

O padrão revelado para um Estado que se chancela "democrático", inexoravelmente, impõe uma envergadura elevada no trato com o indivíduo. Qualquer classificação que venha a ser posta e tome por base a rotulação de indivíduos como "inimigos", afasta o núcleo essencial mínimo da dignidade humana. Daí, como bem retrata o objeto do presente trabalho, a Teoria das Janelas Quebradas e o Direito Penal do Inimigo, sem que se perfile de seus méritos, desconsideram a personalidade e a própria individualidade do ser humano, quando se postam como instrumentos hábeis a legitimar uma forma, estatal, de agir pelos meios da força, da tortura e da pressão contra este.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo constata que o Estado sempre existiu para a preservação de valores de uma classe dominante. Para tanto, sempre se valeu do Direito Penal como mecanismo de controle dos seus súditos, reprimindo comportamentos desajustados aos valores que ostenta. Para manter certa uniformização entre os membros da sociedade, propagando os valores e ideais dessas classes dominantes, o Estado se vale de uma classificação bastante simples: em um grupo os cidadãos de bem, no outro grupo os inimigos, sujeitos perigosos, desordeiros que só desejam o rompimento da harmonia social e a destruição do próprio Estado.

O critério utilizado para esta classificação é bastante simplista: os cidadãos de bem são aqueles que acatam com serenidade os valores pugnados pelo Estado, mostrando-se inofensivos no que se refere a uma ameaça de mudança e ruptura com os ideais postos; os inimigos ou indivíduos perigosos são aqueles que, ao contrário, não aceitam a crença oficial, o regime oficial, o estilo de vida oficial, a desigualdade, a opressão e exploração econômicas chanceladas pelo Estado.

O Direito Penal do Inimigo e a Teoria das Janelas Quebradas representam com muita propriedade os motivos para o surgimento do Estado, apontado por Friedrich Engels. Apresentam como pontos de semelhança a discriminação de indivíduos que se consideram perigosos para a sociedade e lança-se sobre eles um nefasto juízo de periculosidade, punindo-se a mera existência, e não fatos lesivos a bens jurídicos relevantes.

Contudo, com o avanço do modelo estatal, fruto de lutas e revoluções ao longo da História, a democracia se apresentou como elemento caracterizador na maior parte dos Estados do globo terrestre. Este modelo de Estado Democrático de Direito está intrinsecamente ligado aos direitos e garantias fundamentais, não se admitindo qualquer violação arbitrária a estes direitos por parte de outros cidadãos, muito menos por parte do Estado.

No Estado Democrático de Direito o Estado não somente deve abster-se de condutas que violem os direitos fundamentais, como deve tutelar para que ninguém o faça. A preservação destes direitos intangíveis como princípio norteador do próprio Estado Democrático de Direito afasta a possibilidade de implementação do Direito Penal do Inimigo e da Teoria das janelas Quebradas, uma vez que são notoriamente violadores dos direitos fundamentais, de modo que sua aplicação implicaria no rompimento com o Estado Democrático de Direito e um retrocesso ao modelo absolutista de Estado, há tempos superado.

Se a sociedade de risco apresenta novos desafios, como o chamado terrorismo e as armas de destruição em massa. Se no âmbito interno o aumento da criminalidade também é fator preocupante e que merece cuidado, por outro lado não se pode crer, ingenuamente, que o Direito Penal é a solução para todas as crises do mundo, sob pena de se incorrer em grave e incontornável violação dos direitos fundamentais, ao se banalizar a repressão criminal, punindo-se o diferente, aquele que se idealiza (quem idealiza?) como um indivíduo perigoso, talvez pelo simples fato de que sua condição econômica não lhe ser favorável.

Talvez, se o inimigo fosse um bom Cristão, em vez de professar a fé islâmica, o Estado não o enxergaria como inimigo e o mesmo escaparia dos horrores de Guantánamo. Quem sabe, por outro lado se o bêbado, a prostituta ou o vadio tivessem tido melhor sorte na vida, o modelo de um Estado punitivista, calcado na esteira da criminologia, lhes deixariam em paz. Inevitavelmente o Estado que assume no frontispício de sua Carta Política a dignidade humana como fundamento de sua própria limitação e existência, não pode negá-la com a adoção de teorias que desconsideram a pessoa humana ou que toleram condutas invasivas que venham a reduzir ou anular tal condição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALLHOFF, Fritz. *Repensando a Tortura e Bombas-relógio. In: Tortura na Era dos Direitos Humanos.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

ALVES, Daniel Limingi Alvarenga; CARVALHO JÚNIOR, Rovilson Marques de. *Direito Penal do Inimigo*. *In*: *O Direito Penal e suas faces: da modernidade ao*

neoconstitucionalismo – o Direito Penal visto em uma perspectiva maximalista. São Paulo: Lexia, 2013.
ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
ARNAU, Juan Andrés Muñoz. *Los limites do los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998.
BENDA, Ernesto. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales, 1996.
BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e Direito Penal. *In: Direito Penal e Globalização – Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1999.
COSTA, Lilian Reis da; SILVA, Douglas de Morais. Vias alternativas para a resolução de conflitos: esfera das tutelas constitucionais. In: *Direitos Fundamentais em Perspectiva*: Tensão entre Efetividade e Justiça. Hamilton da Cunha Iribure Júnior; Gustavo Silva Xavier (orgs.). 1. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *In: Revista de Estudos Criminais*, Ano 3, n. 11. Porto Alegre: Nota Dez, PUCRS/TEC, 2003.
DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the people in court, in Alberta Law Review*, 28, 1990.
ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*. 2. ed. rev. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1.
HOBBES, Thomas. *Leviatã – Ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.
IRIBURE JR., Hamilton da Cunha. Democracia, equidade e a questão do mínimo conteúdo da norma jurídica de Direitos Fundamentais. In: *Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade*. Victor Tejerina Velázquez; Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez; Michele Cristina Souza Achcar Colla de Oliveira (orgs.). Curitiba: Juruá, 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
KANT, Immanuel. *Para a Paz Perpétua*. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.
MARINHO JUNIOR, Inezil Penna. Concebendo o Direito com a razão (de como uma teologia garantista é pressuposto do paradigma democrático de Estado de Direito). *In*: *Revista de Estudos Criminais*, Ano 5, n. 19. Porto Alegre: Nota Dez, 2005.
MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.
MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
SILVA FILHO, Edson Vieira da; MACHADO, Altair Mota. As garras do tigre. *In*: *O Direito Penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo – o Direito Penal visto em uma perspectiva maximalista*. São Paulo: Lexia, 2013.
STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
TOBEÑAS, Jose Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.
ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2013.