

**O FENÔMENO DO PANPENALISMO E SUA INFLUÊNCIA
NA REALIDADE LEGISLATIVA DO BRASIL**
**THE CRIMINAL HYPERTROPHY INFLUENCE
ON ACTUAL BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

*Marcelo D'Angelo Lara**

RESUMO: considerando a realidade da sistemática penal legal na atualidade, se observa uma tendência a proliferação de normas de cunho penal em regulamentações relativas a outros ramos do Direito Brasileiro. Esse trabalho visa analisar a abrangência dessa tendência, analisando precedentes indicados no direito comparado e estudos realizados pela doutrina penal pátria no que tange ao conflito entre o maximalismo e minimalismo penal, visando debater de forma crítica o fenômeno e seus prováveis efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Panpenalismo. Normas penais. Maximalismo penal. Minimalismo penal.

ABSTRACT: in the actual Brazilian criminal system, it can be observed a trend toward proliferation of criminal bills, related to other legal ramifications. This work aims to analyze the scope of this trend, analyzing precedents indicated in comparative law and studies carried out by homeland criminal doctrine, specially the conflict between the “criminal maximalism” and “criminal minimalism”, aiming to discuss a critical analysis of the phenomenon and its likely effects.

KEYWORDS: Criminal hypertrophy. Criminal law. Criminal maximalism. Criminal minimalism.

* Advogado criminalista, professor universitário, especialista em Direito Público e aluno do programa de pós-graduação *strictu sensu* em nível mestrado da Faculdade Milton Campos. E-mail: marcelodlara@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A ideia de panpenalismo deriva da análise das tendências observadas na aplicação do direito penal, sobretudo no que tange a abrangência e o rigor de normas incriminadoras em determinado ordenamento jurídico. Atualmente, é apresentada pela doutrina como uma opinião crítica à proliferação de normas penais, não raramente conjugadas a interesses políticos que se traduzem na forma de “políticas de segurança pública”¹.

O panpenalismo não chega a ser uma corrente doutrinária. Apresenta-se conjugado à corrente do minimalismo penal, como visão crítica referente à aplicação de uma contracorrente, o maximalismo penal. Isto porque não existe propriamente uma inclinação doutrinária centrada em defender a aplicação máxima ou ilimitada do direito penal, mesmo porque uma defesa incondicional dessa tendência resultaria, invariavelmente, na negação das garantias constitucionais penais em voga no nosso ordenamento jurídico.

Falamos, portanto, de uma reação crítica ao desrespeito a corrente doutrinária dominante em nossa sistemática penal, representada pelo minimalismo penal. Essa tendência que, em virtude de seu caráter opositor, se convencionou chamar de maximalismo penal, reflete modelos político-criminais que visam reprimir comportamentos atentatórios a moral social através da proliferação de normas heterotópicas que contém elementos penais. Essas políticas, em regra, têm como objetivo combater situações de caráter emergencial ou apaziguar sentimentos disseminados no seio social, muitas vezes derivados da falibilidade do próprio Estado em promover os direitos sociais, notadamente a segurança pública.

A exarcebação do poder por parte do Estado diante de necessidades prementes é um fenômeno frequente em diversos ordenamentos jurídicos mesmo porque, não raramente, ocorre em defesa da supremacia do interesse público. No entanto, existem situações em que essa alteração na intensidade do poder implica na flexibilização das garantias fundamentais resultando, invariavelmente, na aplicação irracional da lei transmutando, assim, o Estado democrático em autoritário.

O fenômeno, embora identificável com a realidade atual do ordenamento jurídico brasileiro – em que o aumento dos índices de criminalidade e desrespeito a diversas normas de cunho administrativo acabam por incentivar a adoção dessas políticas –, encontra relação com outras realidades históricas, e trata mais da repetição de um comportamento do Estado que busca inibir através da força as consequências de sua

¹ Embora amplamente utilizada na atualidade, essa expressão não possui um significado propriamente jurídico, nem guarda estreita relação com a Lei. Refere-se às medidas adotadas pelo poder público com a finalidade de se atender a necessidades sociais prementes, relacionadas à segurança pública. Engloba em sua denominação, acertadamente, o vocábulo “política”, porque traduz muito mais o interesse em amenizar eventuais paixões sócias do que necessariamente promover a correta aplicação da Lei penal.

inefetividade enquanto garantidor dos direitos sociais, do que uma necessidade de moralização do corpo social propriamente dita.

Prova disso é que fenômenos dessa natureza foram identificados e analisados em diferentes ordenamentos jurídicos, através de realidades históricas distintas, muitas dessas situações anteriores à implantação da república no Brasil. Sobre esses fenômenos, se extrai um parâmetro teórico a manifestação de Luiz Luisi, analisando os dispositivos de obras raras:

Carl Joseph Anton Mittermaier, em trabalho datado de 1819 já enfatizava ser um dos erros fundamentais da legislação penal de seu tempo, a excessiva extensão dessa legislação, e a convicção dominante entre os legisladores que a coação penal era o único meio para ‘combater qualquer força hostil que se pusesse em contradição com a ordem jurídica’. Entendia, ainda, o eminente penalista tedesco que a criação de um número avultado de crimes era uma das formas em que se manifestavam a decadência não só do direito criminal, mas da totalidade da ordem jurídica.

Em obra aparecida em 1855, o magistrado e criminalista toscano Giuseppe Puccioni, comentando o Código Penal da Toscana de 1853, falava em “delitos de mínima importância política” e na “ameaça de pena aflictiva de prisão a levíssimas lesões pessoais e a simples injúria”. Se sustentava que a ampliação da área do direito criminal levaria a duas indúvidas consequências: a primeira é de que os Tribunais se achariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva; e a Segunda é de um agravamento das finanças públicas sobre quem recai o encargo de manutenção dessa ingente massa de condenados”.

Francesco Carrara em monografia datada de julho de 1883, – “Un nuovo delitto”, – falava da “nomomania ou nomorréia” penal. A praga de seu tempo, – escrevia o Mestre de Pisa, – está em ter esquecido o sábio aforisma da Jurisprudência romana, *mínima non cura praetor*.

Franz Von Listz, por sua vez em 1896, em seu “Lehrbuch”, enfatiza que a legislação de seu tempo fazia “um uso excessivo da arma da pena”, e que oportuno seria considerar se não seria aconselhável acolher de novo a velha máxima *mínima non cura praetor*.

Reinhart Franck, em artigo aparecido em 1898, usa, pela primeira vez a expressão “hipertrofia penal”, salientando que o uso da pena tem sido abusiva, e por isso perdeu parte de seu crédito, e, portanto, de sua força intimidadora, já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente. (LUIZI, 1991, p. 27-28)

Como se pode observar, o fenômeno destacado preocupou estudiosos do direito penal, inseridos nos ordenamentos de base romano-germânica, como o brasileiro. Faz-se necessário, portanto, analisá-la à luz da realidade jurídica atual.

Para tanto, é salutar conceituar devidamente esse fenômeno compreendendo, além de sua mera terminologia, os desdobramentos capazes de representar ameaças ao modelo penal vigente no Brasil.

Etimologicamente, se observa que o vocábulo deriva da aplicação do prefixo grego *pan* – que significa tudo, todo ou totalidade (HOUAISS, 1979, p. 619) –, conjugado à

expressão “penalismo”, no sentido de inerente ao penal, juridicamente utilizado para classificar o ramo do direito que trata da tipificação de crimes e das penas aplicáveis a esses crimes. Representa, portanto, a projeção do direito penal em todos os demais ramos do direito.

Na doutrina pátria, o conceito foi utilizado pela primeira vez por Nilo Batista (1997, p. 151), para descrever o fato, na visão do autor paradoxal, de “atribuir-se a um Estado mínimo o controle social máximo sobre os excluídos”. Embora o tenha utilizado na classificação de situação distinta, o apelo semântico dessa terminologia nos parece mais efetivo para caracterizar o fenômeno descrito por Luiz Luisi (1991, p. 28) – como “nomomania ou nomorréia penal” (Carrara); ou “hipertrofia penal” (Franck) –, ou em outros trabalhos em que situação análoga foi batizada como neopunitivismo:

Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde al acrecentamiento desmesurado e incontenible del número de las conductas calificadas como delictivas por la ley (fenômeno denominado corrientemente como ‘inflación de las leyes’, ‘inflación penal’, ‘expansión penal’, ‘conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas’ o ‘hipertrofia del derecho penal’ que se funda en la consideración simbólica del derecho penal como remédio exclusivo para todos los males sociales. (PASTOR, 2005)

2 RELEVÂNCIA

Adotando, portanto, esta terminologia (panpenalismo) para descrever o fenômeno indicado por Luisi, resta encontrar sua relevância histórica como influência na sistemática penal vigente. Nesse sentido, interessante lição de Luigi Ferrajoli situa o marco inicial da observação do fenômeno na sistemática jurídica de origem romano-germânica, bem como pontua sua relação com a noção de *periculosidade social* que hoje fundamenta outro fenômeno sociológico, o da criminalidade:

[...] a ideia substancialista de que a desviação deva ser captada, e prevenida, além de suas definições legais, na sua identidade ontológica de *malum in se* (moral, ou natural), favoreceu – primeiramente na maciça legislação de polícia produzida na Europa depois da segunda metade do século XIX e, posteriormente, nos próprios códigos – uma expansão do direito penal muito além dos rígidos limites garantistas da determinação do fato, da sua ofensividade e materialidade, bem como da culpabilidade de seu autor. Mister se pense, de uma parte, à relevância que se deu, sob o influxo da ‘Escola Positivista’, à figura da ‘periculosidade social’ ou a outras características pessoais do réu (reincidência, capacidade de delinquir e outras) enquanto pressupostos de medidas punitivas de prevenção e de segurança, assim como o enorme desenvolvimento das sanções cautelares, processuais ou de polícia, *ante* ou *extra-delictum*. (FERRAJOLI, 2010, p. 214)

O panpenalismo, então, seria análogo ao maximalismo penal, tendência de exarcebamento do poder estatal através da utilização de normas penais, com objetivo de orientar o comportamento social, evitando assim condutas lesivas ao interesse público,

representado pelo Estado. Essa tendência, protegida sob a ótica legalista positivista, autorizaria o Estado a prescindir das garantias fundamentais com a finalidade de combater a “periculosidade social”.

A ausência de limites, entretanto, afetaria o modelo penal minimalista, uma vez que tais limites existem exatamente para que o poder público não tenha ingerência sobre a determinação da noção de legalidade, ou periculosidade. Em outras palavras, o modelo mínimo permite que o Estado interfira nas liberdades individuais somente em situações de extrema necessidade, visando a manutenção da ordem pública; o modelo maximalista, torna irrestrita a interferência do Estado, transformando o sistema democrático, conseqüentemente, em autoritário.

Nesse sentido, conceituando o modelo maximalista:

[...] consiste em sistemas de controle penal próprio do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou ‘totais’, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições. (FERRAJOLI, 2010, p. 101)

Esse inflacionamento das normas penais, naturalmente possui relação com alguma necessidade social. De fato, essa necessidade se observa na realidade atual, em que a fragilização da inderrogabilidade² das penas cria no seio social uma ideia de falha do poder público em sua obrigação de viabilizar o exercício dos direitos sociais.

Com base nessa errônea compreensão da efetividade das normas penais, posto que o lapso decorre de uma incapacidade de promover a sua aplicação e não de sua eficácia, se cria o campo fértil para a aceitação do inflacionamento penal, como alerta Luisi:

No nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos o da inflação monetária, pois “desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral”.

Em recente publicação, – onde o fenômeno da hipertrofia do direito penal é ampla e exaustivamente analisado, Carlos Enrico Paliero, fala em crescimento ‘patológico’ da legislação penal. (LUISI, 1991, p. 28)

Portanto, entende-se que o panpenalismo representa uma resposta ao enfraquecimento do poder intimidador da pena, no sentido de que esse poder fragilizado

² Por inderrogabilidade se compreende a relação entre as penas e o sentimento de punibilidade delas decorrente, dentro de um determinado lapso temporal. O conhecimento sobre a previsão de punição para determinadas condutas, aliada à inércia ou demora do poder público em promover a expiação pela prática das mesmas, gera no corpo social um sentimento de impunidade, contra o qual pode a sociedade se manifestar, irracionalmente, contra a eficácia das normas penais em si.

poderia disseminar no corpo social um sentimento de desrespeito às leis, provocando uma reformulação dos costumes e, ate mesmo, o risco de instauração do caos.

Sob esse prisma, conclui-se que o inflacionamento penal seria uma necessidade de reafirmação do poder normativo, sobretudo em sistemas de base romano-germânica, onde as alterações nos costumes tendem a ser positivadas em lei.

No entanto, o fenômeno é observado também em países de direito consuetudinário onde, aparentemente, nem mesmo a sistemática penal fundada nos costumes ilide a proliferação de normas incriminadoras, como leciona Luisi:

Todavia o fenômeno do crescimento desmedido do direito penal também ocorre no mundo anglo-saxão. Herbert Packer em um livro intitulado 'The limits of criminal sanction' registra que a partir do século passado houve um enorme alargamento das leis penais pelo fato de ter sido entendido que a criminalização de toda e qualquer conduta indesejável representaria a melhor e mais fácil solução para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa e interdependente em contínua expansão. Nos Estados Unidos, Kadish em trabalho a que deu nome de 'The Crisis of Overcriminalization' fala do emprego 'supérfluo ou arbitrário' da sanção criminal, ressaltando a existência, em seu país de uma volumosa legislação extravagante, contendo uma massa de crimes, que em seu quantitativo superam as disposições incriminadoras previstas nos Códigos Penais. No Canadá, – segundo informa Leclerq, – a comissão encarregada da reforma penal, fez, em 1974 um levantamento dos crimes previstos na legislação canadense, tendo chegado ao um número assustador de 41.582 tipos de infrações criminais. (LUISI, 1991, p. 28)

Percebe-se então que não existe uma estreita relação entre o fenômeno do panpenalismo e uma necessidade de reformulação da norma. Sendo assim, uma vez que necessariamente ligado ao poder público – posto que trata de uma exarcebação de seu poder interventor –, certamente o fenômeno encontra relação com a efetividade da norma.

Analisando sobre a realidade nacional, verificamos certas ocasiões de criação de normas heterotópicas como claras tentativas de conferir efetividade a normas de caráter não penal sistematicamente descumpridas, a maioria delas em virtude da inércia do poder público em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações.

Essas tentativas de conferir efetividade a normas estranhas à sistemática penal foram observadas e muito discutidas durante os governos dos presidentes Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, a ponto de o conjunto de normas incriminadoras criadas no decorrer dessas gestões ser batizado como “direito penal fernandino”, como observa Miguel Reale Júnior, reafirmando o alerta de Luisi:

O vício que caracteriza a produção da legislação penal dos últimos tempos, mormente nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique, de início se restringindo à legislação extravagante e à Parte Especial do Código atinge, agora, a Parte Geral do Código Penal. O Direito Penal 'fernandino' faz da década de 90 um dos momentos mais dramáticos para o Direito brasileiro, pois era imprevisível que se produzissem em matéria repressiva tantas soluções normativas ao sabor dos fatos, sob o encanto de premissas falsas e longe de qualquer

técnica legislativa. O elenco de leis penais esdrúxulas, eivadas de inconstitucionalidade e que beiram o ridículo, é longo e não caberia aqui ser lembrado. (REALE, 1999, p. 23)

Com efeito, nesse período histórico – que se estende do governo Collor até a atualidade –, se observa a criação de normas penais que levaram os institutos penais aos mais diversos ramos do direito, ao prever a criminalização de condutas inerentes às relações comerciais e de consumo, ao cumprimento de obrigações de ordem tributária e previdenciária, bem como relativas às disposições administrativas relativas ao trânsito, à defesa do meio ambiente ou ligadas a seculares preceitos morais como, por exemplo, o respeito aos idosos.

O fundamento dessas medidas era explicitamente o de promover a moralização da sociedade e, implicitamente, o de dar efetividade às normas preexistentes, sem que para isso o Estado despendesse os esforços necessários ao cumprimento da obrigação de proporcionar os direitos sociais.

Dessa inércia, resultou com o passar dos anos uma impossibilidade de conferir, mesmo através do direito penal, efetividade a determinadas normas legais, em virtude tanto do esvaziamento do sentimento de obrigatoriedade de algumas dessas normas – derivado do fracasso do poder público na fiscalização ou mesmo promoção de meios de cumprimento de seus termos – quanto de uma reação natural do cidadão à autoridade do Estado, essa derivada da carência dos direitos sociais básicos.

Essa fragilização, curiosamente, trouxe mais força e proporcionou maior aceitação ao panpenalismo.

3 FUNDAMENTOS DE NECESSIDADE DA INFLAÇÃO PENAL

Em virtude dos problemas anteriormente citados, a falência do elemento intimidador de grande parte das leis deu vazão ao descumprimento sistematizado das normas que traziam em seu bojo elementos penais. Em virtude disso, surgiu no seio da sociedade um sentimento de impunidade, que resultou gradativamente em uma fragilização da autoridade do Estado.

Dessa fragilização nasceu a ideia da necessidade de restituir ao poder público o controle sobre os administrados. Essa necessidade se converteu no fundamento de que o Estado deve utilizar todos os meios disponíveis para retomar o controle social. Nesse ponto, em virtude da celeridade com que se pretende promover essa retomada, o direito penal surge como o principal instrumento de controle.

Um bom exemplo dessas reações foi a “teoria das janelas quebradas” (WILSON; KELLING, 1982), que em seus termos apregoa a necessidade de uma ação rápida e efetiva do Estado com relação ao desrespeito às leis, antes que se crie um sentimento de impunidade em face de condutas lesivas à moral social. Essa teoria, que embasou a doutrina de “tolerância zero” ou “movimento lei e ordem” adotada nos Estados Unidos

da América nos anos 90, período condizente com o inflacionamento penal no Brasil. Sobre o tema, Daniel Rubin explica:

Se uma janela de um escritório ou de uma fábrica fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem.

Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime. (RUBIN, 2003)

Essa situação exemplifica não só o alerta que este trabalho reafirma, como também os efeitos por ele previstos. Sob a égide dessa teoria, o direito penal passa a ser o principal instrumento de controle social, suplantando os outros ramos do direito no que tange à regulamentação de condutas. Isto porque o Estado se vê obrigado a atender ao apelo das situações de emergência para incriminar condutas levemente lesivas à ordem ou à moral social, substituindo assim normas de caráter civil ou administrativo por normas incriminadoras.

Em uma abordagem mais profunda, nada impede que o poder público possa também, partindo dessa premissa, delegar ao público geral a garantia dos direitos sociais, criando normas limitadoras das liberdades individuais, fazendo assim com que a ausência de liberdade para a prática de atos da vida civil não coloque em risco ou sobrecarregue a atuação estatal na obrigação de proporcionar aos cidadãos segurança, saúde ou a proteção à economia popular e ao meio ambiente.

Visando esses objetivos, alguns doutrinadores apontam o maximalismo penal como um modelo probó, capaz de uniformizar a promoção do bem estar social. Sob esse modelo, o Estado poderia estipular padrões comportamentais que melhor atendessem aos interesses sociais, e assim incriminar toda sorte de condutas que atentassem, ainda que levemente, contra esses interesses.

É justamente esse tipo de construção que busca validar a contracorrente que ameaça o minimalismo penal. O mais ferrenho defensor desse modelo, o alemão Günther Jacobs, desenvolveu a teoria do “direito penal do inimigo”, através da qual apregoa que o Estado deve estipular um padrão comportamental, no sentido de se identificar inimigos. Assim, os indivíduos que não atendessem a esse padrão comportamental seriam automaticamente considerados inimigos, e contra eles recairia todo o poder do Estado sem que, inclusive, seja a eles dispensado o tratamento devido a um cidadão, uma vez que seu comportamento se traduz em uma negação da autoridade e poder do Estado:

Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra acontece com um direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente com seu direito de segurança. (JACKOBS, 2009, p. 22)

Esse modelo implicaria, necessariamente, na flexibilização das garantias individuais uma vez que, ao se negar aos “inimigos” o trato cidadão, automaticamente se prescinde das garantias constitucionais de isonomia, legalidade e as demais a elas conjugadas.

Essa tendência, que defende um maior rigor penal aliada à flexibilização das garantias individuais e processuais, mitigando assim o minimalismo penal, foi também batizada por Silva Sánchez como direito penal de terceira velocidade, sendo atualmente utilizada para identificar a teoria jakobsiana:

[...] a teoria jakobsiana do ‘Direito Penal do Inimigo’ é a concretização mais específica do direito penal de terceira velocidade: o modelo clássico onde a pena por excelência é a prisão, mas com a manutenção absoluta de garantias penais e processuais iluministas (primeira velocidade do direito penal), dá lugar a uma mitigação da pena privativa de liberdade ainda que a custa do devido processo legal (segunda velocidade do direito penal), chegando a um momento que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais penais e se resgata a pena privativa de liberdade (terceira velocidade do direito penal). (SILVA SANCHEZ, 2002)

A defesa dessa aplicação da lei penal encontra ainda supedâneo nos benefícios aparentemente decorrentes dessa atuação, uma vez a ameaça de sanção rigorosa aliada à possibilidade de privação das prerrogativas de cidadão demanda obediência às normas.

Por este motivo, não são poucos os que conferem ao panpenalismo um caráter de bastião da moralidade e do bem estar social, ainda mais quando seus resultados são friamente comparados aos objetivos da lei penal como, por exemplo, ensinamento de Beccaria sobre a efetividade das penas:

Não somente é de interesse comum que não se cometam delitos, mas também que sejam mais raros relativamente à proporção de males que causam à sociedade. Mais fortes, pois, devem ser os obstáculos que afastam os homens dos delitos, na medida em que estes são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que levam os homens a cometê-los. (BECCARIA, 1979, p. 82-83)

No entanto, não é sobre os resultados que recaem as críticas ao panpenalismo e sim aos meios. Temos de analisar os custos relacionados a esse benefício e, no caso em questão, o preço a ser pago não é outro que não a liberdade, e o que é mais grave: não só a liberdade do infrator, ou “inimigo”, mas a liberdade de todos os cidadãos.

Isto porque no modelo mencionado o Estado detém todo o poder sobre a delimitação dos limites da moralidade deixando de ser, portanto, democrático, e tornando-se autoritário e maquiavélico. Ao cidadão não cabe, sequer, questionar os meios e razões do poder, posto que aquele que questiona põe em cheque a razoabilidade das motivações do poder, negando reconhecimento à sua legitimidade podendo,

automaticamente, ser enquadrado na figura de inimigo, sendo assim privado de sua cidadania. Este, inclusive, foi o fundamento basilar das sistemáticas penais autoritárias socialistas no Século XX.

Revisitando a história da humanidade se observa que tendências dessa natureza resultaram, invariavelmente, em situações de embrutecimento do poder e enfraquecimento dos ideais de liberdade e democracia. E é esta, justamente, a crítica que se faz ao panpenalismo.

4 CRÍTICAS AO PANPENALISMO

Contra a influência do panpenalismo e seus efeitos, se levantaram os mais conceituados penalistas brasileiros. Apontam os riscos dessa tendência, rememorando o funesto passado totalitário imposto ao ordenamento jurídico, valorizando o sistema ideológico garantista a tanto custo conquistado.

Em um primeiro momento apontam o caráter repressivo do direito penal ligado a esteriotipização, como elemento fomentador de desigualdades sociais:

A análise das ideologias que fornecem substrato ao Sistema Penal em nossa sociedade esclarecem sobremaneira a configuração bélica de nossa Política Criminal, a eleição de esterótipos criminais, o panpenalismo e outros tantos fenômenos. O incremento do aparato repressivo, indubitavelmente, tem servido de instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais. (MADEIRA DA COSTA, 2005, p. 110)

De fato, se pode concluir que a aplicação da lei penal no modelo maximalista, considerando um “direito penal do inimigo” resulta em uma reafirmação das desigualdades sociais uma vez que, estatisticamente a ocorrência de delitos são mais comuns em ambientes menos abastados e entre as minorias étnicas. Mas isso não decorre de uma predisposição dos menos favorecidos ao crime, e sim na natureza do crime como substrato do processo de marginalização social a que as minorias são submetidas.

Curiosamente, essa marginalização é fruto de um desfavorecimento social, derivado exclusivamente da ineficácia do Estado em proporcionar os direitos sociais básicos. Essa observação, por si só, seria suficiente para demonstrar a irrazoabilidade da atuação enérgica do Estado ante as conseqUências de suas próprias falhas.

Logicamente, essa responsabilidade não é assumida pela administração, que se aproveita do medo disseminado nos meios de divulgação, para oferecer o inflacionamento penal como medida destinada a amenizar os anseios sociais de justiça, empreendendo dessa forma as políticas de segurança pública indicadas no início deste capítulo.

Dessa forma, o problema proposto por Luisi toma novas proporções na atualidade, por força da massificação dos meios de comunicação. Sobre essa veiculação do panpenalismo como solução dos males sociais junto ao aparato midiático, se manifestou Zaffaroni:

O discurso *cool* se insere nesta região em sistemas penais invertidos, com prisões superlotadas de gente sem condenação, onde o aumento de escalas penais não representa penas mais longas, mas sim mais prisioneiros preventivos (porque se impede o desencarceramento) e o direito de execução penal é, em grande medida, uma utopia, inclusive formalmente aplicável a uma minoria quase insignificante de pessoas.

Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos vingativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os especialistas que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são palpiteiros livres, que reiteram o discurso único.

[...]

É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora do lugar e para não perder espaço publicitário. (ZAFFARONI, 2007, p. 74)

Realmente, a aplicação da lei através do espetáculo, ainda mais quando se apresenta em defesa da moralidade, encontra respaldo da maioria da população, ainda mais quando se fala em direito penal, posto que não é natural que o cidadão comum se identifique com a figura do criminoso, no caso, o “inimigo”.

Em virtude desse fato, foge ao senso geral a compreensão de que o panpenalismo representa um risco às garantias individuais. Nesse ínterim, a sociedade aceita tranquilamente a aplicação do modelo máximo, sem perceber que os limites para a intervenção do estado vão sendo paulatinamente superados. O resultado funesto, sobretudo para o campo das relações privadas, embora de difícil constatação em uma análise imediatista, projeta imensos prejuízos a longo prazo, como demonstra Ferrajoli:

Ofuscaram os confins entre as esferas do ilícito penal e do ilícito administrativo, ou seja, dos ilícitos, transformando o direito penal em uma fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, olvidando sua função simbólica de intervenção extrema contra ofensas graves e oferecendo, portanto, o melhor terreno à cultura de corrupção e ao arbítrio. (FERRAJOLI, 1986, p. 44)

E ainda:

A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina ‘justiça penal’, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos. (FERRAJOLI, 1986, p. 319)

O resultado dessa atuação imediatista é o estabelecimento de um Estado interventor, detentor de poderes para regulamentar qualquer relação social ou jurídica em nome da moralidade ou do interesse público.

A essa espécie de poder, a doutrina contemporânea dá o nome de Estado policial. Junto à mitigação da sistemática de intervenção mínima, o Estado perde gradativamente a sua característica de democrático de direito, passando a exercer um poder amplamente controlador e fiscalizador, em que as liberdades individuais só encontram lugar nos lapsos de sua atuação. Da mesma forma o modelo repressivo autoriza que, em nome do bem estar social, essas liberdades sejam flexibilizadas, impedindo a efetividade absoluta das garantias fundamentais:

Nessa esteira, o Estado Constitucional Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Policial, pois ocorre a busca da segurança em lugar da busca da liberdade, o discurso da segurança pública em lugar do discurso de direitos humanos, a proteção de poucos, em contraposição à proteção de todos os indivíduos. Presencia-se a política de despolitização, com a exacerbação do individualismo, multiplicação das desigualdades sociais e retificação da humanidade. Assiste-se à passagem do Estado Providência para o Estado Policial, através da criminalização das conseqÜências da miséria, segundo Wacquant. Verifica-se a disseminação do medo, do medo do crime, do medo do outro. Como outrora, no Brasil, se centrava no medo do escravo negro de tomar o poder. Agora, dirige-se, particularmente, ao medo do negro pobre. Dessa forma, com a revolução comunicacional o medo se prolifera por todo o planeta, e fomenta um discurso autoritário que se traduz em novos inimigos a serem combatidos. (PEDRINHA, 2011)

Sob essa observação, resta demonstrado o caráter ilusório do bem estar supostamente proporcionado uma vez que o Estado, visando garantir ao corpo social o gozo da liberdade, atua reprimindo essa mesma liberdade; proporciona a segurança através do medo. Obriga o cidadão a abrir mão daquilo que mais preza, diante da ameaça do que mais teme. Nas palavras do retórico romano Juvenal, o cidadão, “em nome da vida, perde a razão de viver”³. Corrobora Salo de Carvalho:

A intervenção estatal na órbita da repressão e da punitividade, portanto, ao invés de estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas, demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos: das vítimas, pela expropriação do conflito e pela revitimização operada no processo penal (vitimização secundária); e dos investigados, réus e condenados, face à inobservância das regras do jogo (penal e processual penal). (CARVALHO, 2008, p. 114)

Assim, a despeito da tentação dos resultados, o Estado deveria se abster de tais condutas, uma vez que as conseqÜências negativas de sua atuação policial atingem toda a coletividade e, a longo prazo, pode causar danos ao desenvolvimento jurídico e social do país.

O direito penal como *ultima ratio* é uma necessidade do Estado democrático de direito, não podendo ser mitigado em benefício de intentos eleitoreiros ou de necessidades

³ *Propter vitam, vivendi perdere causas.* [Juvenal, Satirae 8.84]

prementes da administração, sobretudo quando implicam no ato de delegar aos indivíduos a efetividade dos direitos sociais.

Dentre todas as funestas consequências previsíveis, certamente a maior delas é o prejuízo das classes menos favorecidas que, já marginalizadas, se encontram mais próximas dos padrões de comportamento inaceitáveis do poder repressor. Passam, imediatamente, a ser também vítimas de um Estado de exceção que lhes nega, além do supedâneo mínimo de dignidade, o direito de cidadania. Sobre o estado seletivo derivado dessa prática, leciona Rogério Grecco:

O Estado ainda não acordou para o fato de que ao Direito Penal somente devem importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade. (GRECO, 2010, p. 143)

5 CONCLUSÃO

Explicada a prejudicialidade do panpenalismo, resta clara a necessidade do Estado em zelar pela intervenção penal mínima resistindo, desde então ao inflacionamento penal. No entanto, a solução do impasse não se apresenta de forma simples.

Isto porque o panpenalismo não se apresenta propriamente como uma ameaça às garantias individuais, nem tampouco se mostra benéfico somente no que tange a uma necessidade de moralizar a sociedade e de se evitar, em casos emergenciais, a potencialização dos riscos à segurança pública.

Dele também deriva uma considerável redução de gastos inerentes às obrigações do Estado em proporcionar os direitos sociais, bem como uma ideia de punibilidade e efetividade das leis que, num modelo puramente garantista elevaria sobremaneira os custos destinados à segurança pública e ao funcionamento do judiciário.

No mesmo sentido, o panpenalismo representa um instrumento de resposta rápida aos anseios sociais de justiça, muito mais efetivo que qualquer outra política de segurança pública, sobretudo considerando a necessidade de se obter indicadores favoráveis passíveis de utilização nos interstícios eleitorais.

Em virtude de tais fatos, o que poderia motivar o abandono dessa tendência? Certamente, no ambiente democrático, o caminho mais indicado seria a representação popular, através do poder legislativo.

Realmente, a responsabilidade pelo controle da aplicação penal não pode ficar isoladamente a cargo do legislativo. Isso porque as representações políticas, como parte do poder público, também estão sujeitas à tentação dos resultados rápidos oferecidos pelo panpenalismo.

Portanto, diante desse novo impasse, a única alternativa viável para a manutenção da sistemática penal e do poder estatal dentro de um ambiente realmente democrático é a efetivação das garantias fundamentais, sejam de ordem penal ou processual, possibilitando assim que a normatização penal não ultrapasse os limites do exercício das liberdades. Essas garantias são traduzidas pelos princípios constitucionais, aos quais qualquer norma penal deve adequar-se, principalmente os princípios da anterioridade, da intervenção mínima, da pessoalidade, da proporcionalidade da pena e, notadamente, do devido processo legal.

O modelo derivado da aplicação do direito penal em conformidade com esses princípios basilares se convencionou chamar do que foi exposto como “direito penal mínimo”. Outros doutrinadores batizaram esse modelo de “garantista” ou “garantismo penal”.

O modelo garantista, embora em um primeiro momento seja o que menos projeta uma rápida solução para os males decorrentes da expansão da criminalidade e do desrespeito sistematizado às normas de regulação social, se mostra o único capaz de promover uma solução definitiva.

Pelo exposto, se analisa os fundamentos do panpenalismo como fator de influência na realidade da sistemática jurídica contemporânea, com a conclusão de que a tendência há que ser combatida, tendo em vista a necessidade de se promover o combate à criminalidade e o respeito às normas reguladoras dos atos inerentes a vida civil dentro de um ambiente que preserve os fundamentos do Estado Democrático de Direito viabilizando, assim, a única proteção efetiva tanto do Estado quanto do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. 1997. “A violência do estado e os aparelhos policiais”. In: *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 2, n.º4.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: REVAN. 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, *Dos delitos e das penas*. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político criminal das alterações da Lei n.º 9714/98*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil. Do Discurso Oficial às Razões da Descriminalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHAVES, Christian Frau Obrador. *O Garantismo Penal e a opróbria Lei n.º 8.072/90*. Disponível em: <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=2691>. Acessado em 28 Jul. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. In: *Poder y Control*. Barcelona: PPU, 1986.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de segurança nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1980.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acessado em: 29 jul. 2011.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- HOUAISS, Antônio. *Pequeno dicionário enciclopédico Koogan Larousse*. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1979.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.
- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo*. 2ª tiragem. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niteroi: Luam, 1991.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Carlos Gómez-jara. *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*. v. 2. Buenos Aires: Bdef, 2006.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- PASTOR, Daniel R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Disponível em: <http://www.informereservado.net/descargas/La_deriva_neopunitivista_de_organismos.pdf>. Acessado em 27 jul. 2011.
- PEDRINHA, Roberta Duboc. *O Direito Penal no paradigma do Estado Democrático de Direito: a defesa dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.iddh.org/index.php?option=com_content&task=view&id=85&Itemid=1>. Acessado em 25 Jul. 2011.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- REALE Jr., Miguel. Mens Legis Insana, corpo estranho. In: REALE Jr., Miguel *et all. Penas Restritivas de Direitos*. São Paulo: RT, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>> . Acessado em: 4 nov. 2007.

SALIM, Alexandre Aranalde. *Direito penal do inimigo: análise de um paradigma contemporâneo de política criminal*. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=835> . Acessado em: 20 jul. 2011.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. *The police and neighborhood safety: Broken Windows Theory*, 1982. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/>> . Acessado em 22 jul. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. v. 14. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.