

Intervenção mínima: um princípio em crise

Élcio Arruda*

Sabidamente, o direito penal é instrumento à salvaguarda dos bens e valores mais relevantes na sociedade, aqueles cujo maltrato torna *insuportável* a vida em comunhão. Por se cuidar de suprema forma de coação estatal, impõe-se extrema cautela na filtragem dos valores/bens sujeitos à sua incidência. Por isto, a tarefa dele é assegurar o núcleo *mínimo da moral* — ou o “*mínimo ético*”, de que falava Jellinek¹ —, extraído à luz das violações reputadas *intoleráveis* pela consciência social. De tal sorte, sua ingerência nas relações sociais há de ser a menor possível. Aí, pois, o princípio da *intervenção mínima*, balizado pela Escola de Frankfurt².

Contudo, nos últimos tempos, o princípio sob foco, tal como enunciado, parece envolto em profunda crise, quando confrontado a dados reais³. O núcleo mínimo da moral passível de tutela penal tem sido alvo de substancial dilatação. Assim o revela a torrencial edição de leis penais, ocorrência cosmopolita. Novos tipos são concebidos, os existentes são incrementados, novos setores são alcançados (novos bens jurídicos), alargam-se os espaços de riscos juridicamente relevantes, flexibilizam-se as regras de imputação e garantias processuais são reinterpretadas. Hoje, soa duvidoso falar de “núcleo mínimo”, tamanho o espectro de abrangência do direito repressivo. Vale dizer, o minimalismo

doutrinário é severamente colocado em xeque pelas tendências de maximização da legislação penal⁴.

Muitos divisam a constatação como corolário exclusivo da chamada “legislomania”, materializada na *inflação legislativa*: ao emoldurar um problema na lei penal, supõe o legislador estar o solucionando⁵. Modificações gravosas e produção maciça no campo legislativo resolveriam as chagas sociais. Neste tema, os *meios de comunicação*, amiúde, retroalimentam demandas populistas por mais leis penais, fomentam soluções irracionais, sem qualquer compromisso ético e propelidos pela avidez lucrativa⁶. Com enfoques desconcontextualizados, sob um “clima punitivista”, convolam-se numa verdadeira fábrica de medo e, com isto, geram infundáveis postulações por segurança, acriticamente abrigadas pelas instituições estatais⁷.

Urge abordagem mais ampla da questão. Há mais, bem mais, propelindo a hipertrofia do direito punitivo.

A verdadeira gênese do filão *expansionista* jurídico-penal deita raízes noutros fatores, comumente olvidados. Com efeito, a época hodierna é caracterizada pela infundável demanda social por segurança, por maior proteção estatal, a desaguar em correlata demanda por punição. Os principais motivos de tanto, entrelaçados entre si, assim podem ser compendiados:

a) Novas realidades forjaram novos bens jurídicos passíveis de tutela penal. *In exemplis: a-1)* As práticas espúrias e altamente lesivas protagonizadas por agentes de instituições econômicas/financeiras deixam à mostra a premência na regulação de crimes econô-

* Professor de Direito Penal e de Processo Penal, mestre em Direito, Juiz Federal.

¹“(…) o direito não é senão o mínimo ético que a Sociedade precisa em cada momento de sua vida para continuar vivendo” (JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Tradução espanhola da 2. ed. alemã por Fernando de los Rios. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 29). Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tradução espanhola de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 39-41, v. 1, t. 1.

²A Escola de Frankfurt, integrada por Hassemer, Naucke e Lüderssen, dentre outros, perfilha um direito penal ultraliberal, de conteúdo mínimo e maximamente garantista (HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Tradução espanhola de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 9-10).

³ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal en el cambio del siglo. Análisis crítica de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha, 2004.

⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 52.

⁵BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 45-46.

⁶Os *mass media*, estruturas de comunicação altamente organizadas e de atuação modulada pelo lucro, manipulam e persuadem a mente dos espectadores. É corrente, destarte, açularem demandas irracionais por punição.

⁷DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 108.

micos/financeiros; a-2) O branqueamento do produto obtido com práticas ilícitas leva à incriminação da lavagem de dinheiro; a-3) A contumaz agressão a bens e riquezas naturais, indispensáveis à vida planetária, conduz à instituição dos crimes contra o meio-ambiente e tipos congêneres; a-4) O risco de uso indevido de tecnologia atômica também rende ensejo à instituição dos tipos atômicos; a-5) As fraudes cometidas através de redes de informática e da rede internacional de computadores impõem o combate à chamada delinqüência cibernética ou *ciberdelinqüência*; a-6) As diversas formas de criminalidade organizada, operando sem fronteiras, reclamam a atuação resoluta do direito repressivo;

b) O alto grau de complexidade experimentado pela sociedade, com o enleamento de diversas esferas organizativas, potencializa o risco de resultados danosos, produzíveis a longo prazo. A tradicional relação de causa e efeito, inerente aos tipos de resultado material, tem se mostrado insuficiente à abordagem da problemática. Na sociedade complexa, a palavra de ordem é *precaução*. Daí o freqüente recurso aos tipos de *perigo abstrato* ou *presumido*, cuja consumação reclama a mera probabilidade de causação do dano, independentemente de o agente querê-lo: é suficiente o dano possível ou o *eventus periculi*;

c) O entrelaçamento nas relações sociais exacerba a interdependência entre as pessoas. A realização e a preservação dos bens de cada um dependem, cada vez mais, de condutas ou prestação positivas de outrem. Por isto, à medida que frustram bens jurídicos, as *omissões* ganham espaço no campo da incriminação, mormente através do recrudescimento dos crimes omissivos impróprios ou *comissivos por omissão*. A conduta positiva (ação), tradicional foco da tipicidade penal, cede espaço à omissão penalmente relevante: alarga-se, sensivelmente, a figura do garante;

d) A regulação penal vem adelgçando, paulatinamente, os limites do *risco permitido*. Na ponderação entre os custos e os benefícios advindos de dada conduta, tem preeminência capital a segurança. O consectário é a restrição ao leque de liberdades, porquanto muitas delas são reputadas *socialmente perigosas*: a liberdade ilimitada é manancial de riscos;

e) A interdependência imperante no mundo moderno induz à forçosa conexão entre o resultado lesivo e a conduta de alguém, comissiva ou omissiva. A

produção de danos, supõe-se, é consectário de alguma intermediação do homem: sempre há algum responsável. Há resistência psicológica em tolerar o casual, o fortuito, o imprevisto, o infortúnio: a tendência é metamorfoseá-los em *injustos penais*. Se o gravame ou o risco de sua ocorrência é empiricamente inextricável, cumpre irrogá-lo a alguém;

f) Numa sociedade dominada por classes passivas (destinatários de prestações públicas e assistenciais de todos os matizes, consumidores, pensionistas, bolsas, etc), a postura dos sujeitos do bem-estar propiciado pelo Estado-Providência ou do Bem-Estar é no sentido de garantir-lhe a existência, como forma de satisfação da própria esfera pessoal: o homem vive no Estado e do Estado. Há insuperável paradoxo entre um Estado *maximamente* dimensionado, a fim de propiciar bem-estar ao maior número possível de súditos, e um direito penal *minimamente* formatado. Nesta ordem de idéias, o direito penal é divisado, essencialmente, como instrumento de defesa dos próprios cidadãos (vítimas: sujeitos passivos) frente a quem (infrator: sujeito ativo) ataca o provedor do bem-estar (Estado). É instituída a concepção do Código Penal como *Magna Carta da vítima*, sobrepujando a clássica noção dele ser, antes de tudo, a *Magna Carta do delinqüente*. A nova perspectiva tem possíveis repercussões, inclusive, na esfera da tradicional interpretação restritiva dos tipos penais e da analogia *in bonam partem*, alvo de abordagem noutra espaço;

g) A percepção do arcabouço penal também como *Magna Charta* da vítima transmuda o paradigma clássico de reflexão jurídico-penal, focalizado na delinqüência tradicional (condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade). A ordem do dia é a persecução quanto aos crimes perpetrados pelos poderosos (*crimes of the powerful*), pelos agentes de grandes corporações (*corporate and business crime*), pelos grupos organizados, pela classe alta ou de colarinho branco (*white-collar criminality*), composta por respeitáveis ou pelo menos respeitados homens de negócio ou profissionais, num contexto aparentemente insuspeito. Contra eles, a justiça criminal há de desembainhar a espada, brandida, até agora, contra os despossuídos, os marginalizados (*crimes of the powerless*);

h) A falência, a ineficiência e o descrédito dos mecanismos informais (não-jurídicos) de contenção ao crime resultam na convocação do direito penal

para suprir a demanda por segurança. De fato, hoje, de modo geral, a sociedade evidencia parâmetros sofríveis de moral e ética. A família, a escola, o trabalho, a igreja, os usos e costumes calcados na solidariedade, na compaixão, os órgãos assistenciais e de formação são instituições não-econômicas e, portanto, consideradas secundárias. O exacerbado individualismo outorga preponderância ao critério econômico, relegadas instituições não-econômicas⁸. A situação se avizinha à anomia, um mau presságio às liberdades públicas, porquanto conducente ao Estado tirânico, suposto veículo hábil a arrear a desordem e o receio dela decorrentes⁹. Nem os novos *gestores atípicos da moral coletiva* (*atypische moralunternehmer*) — associações de ecologistas, de consumidores, de bairros, de pacifistas, de contrários à discriminação, de direitos humanos, etc — têm dado alento às instâncias não-jurídicas convencionais. Talvez por isto cerrem fileiras ao incremento legislativo-penal, no afã de acudir-lhes as respectivas plataformas. Por outra parte, os demais ramos do direito — *civil e administrativo* —, conquanto teoricamente aptos a tanto, têm se revelado impotentes em arrostar as postulações por segurança. A objetivação da responsabilidade e o modelo de seguro imperantes na seara cível diluem a eficácia preventiva em relação a condutas danosas: não se propõe discussão de culpa e o dano se encontra assegurado. As instâncias administrativas padecem de crônico emperramento burocrático, desnaturam o princípio da oportunidade e, muitas vezes, têm quadros integrados por cúmplices de delitos.

Há, bem se vê, muitas razões legítimas ao expansionismo jurídico-penal.

Nesta conjuntura, o direito penal mínimo — e, pois, o princípio da intervenção mínima, na conformação tradicional — aparenta estar em rota de colisão com as aspirações sociais. Há um raro discurso unânime, conquanto desconforme quanto ao objeto e aos limites, advogando a expansão do direito penal. Por isto, disse-o Silva Sánchez, “não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um direito penal mínimo”¹⁰.

Na atual quadra, a concretização da intervenção mínima parece possível através do prosseguimento cauteloso dos processos de despenalização e diversificação. Descriminalização somente é viável se não fizer periclitara a paz pública. De toda maneira, é fundamental lembrar: direito penal mínimo não significa nenhum direito penal. É inadmissível deságüe o minimalismo em laxismo penal¹¹, impregnado de retórica meramente simbolista e convolado, com alguma frequência, em braço doutrinário do crime organizado.

A ligeira reflexão em derredor da intervenção mínima, princípio assaz caro à ciência penal, tem um porquê. Ao operador do direito não é lícito ferreamente se apegar a princípios etiquetados inflexíveis e ignorar os fatos da vida. Ao ensimesmar-se em torre de marfim, brandindo refrões da moda acriticamente, desconecta-se do real e corre o risco de propor soluções irresponsáveis. O academismo lírico é atropelado pela dura e inexorável realidade quotidiana. O avanço da civilização, ao incrementar-lhe a complexidade, impõe o repensar e o debate quanto a dogmas reputados intangíveis, numa perspectiva retroativa e prospectiva.

⁸ MESSNER, Steven F.; ROSENFELD, Richard. *Crime and the american dream*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1994, p. 109-111.

⁹ DAHRENDORF, Ralf. *A Lei e a ordem*. Tradução portuguesa de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 14

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 179.

¹¹ O *laxismo penal* consiste na “tendência a propor a) solução absolutória quando as evidências do processo apontem em direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinqüente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica” (MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de; DIP, Ricardo Henry Marques. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 2).