

ADOÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA UM NOVO SIGNIFICADO AO DIREITO PENAL

Daniel Addor Silva*

Rodrigo Sánchez Rios**

RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de polemizar sobre a adoção do princípio da insignificância como instrumento apto para atribuir um novo significado ao Direito Penal. Parte-se do pressuposto de que se deve analisar o Direito Penal a partir das ciências que o compõem (Dogmática jurídico-penal, Criminologia e Política Criminal), formando uma ciência global. Constata-se haver um número excedente de processos criminais, o que pode comprometer uma eficaz aplicação da lei penal. Busca-se analisar as funções do Direito Penal, não somente de tutela de bens jurídicos constitucionais, mas também uma função simbólica, para expansão da criminalização ou para inibição velada da *persecutio criminis*. Deste modo, elabora-se uma breve análise do estado atual do princípio da insignificância na doutrina e na jurisprudência. Finalmente, para se alcançar um verdadeiro significado do Direito Penal, conclui-se: a) ser possível adotar medidas para afastar a baixa efetividade da Justiça criminal; b) a lei penal deve ser meditada e previamente verificada sua compatibilidade com as demais leis (inclusive de outros ramos do Direito) e especialmente com a Constituição, bem como não deve se prestar a fins diversos (eleitoreiros, visando objetivos imediatos ou ocultos) daquele que deveria ser atingido pela lei; c) ser indispensável a reflexão desses assuntos atrelados a questões de política criminal.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO PENAL; POLÍTICA CRIMINAL; ATIVIDADE JURISDICIONAL; CRIMINALIDADE ECONÔMICA; PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

* Analista Judiciário da Justiça Federal da 4ª Região. Bacharel, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. daniel.addor@gmail.com

** Advogado criminalista. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università degli studi di Roma Tre – UNIROMA3. Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Reinterpretando as relações sociais por meio da intervenção penal para alcançar o desenvolvimento sustentável”. rodrigo@sanchezrios.com.br

RESUMEN

El presente estudio tiene la finalidad de polemizar sobre la adopción del principio de insignificancia como instrumento apto para atribuir un nuevo significado al Derecho Penal. Se parte del presupuesto de que se debe analizar el Derecho Penal a partir de las ciencias que lo componen (Dogmática jurídico-penal, Criminología e Política Criminal), formando una ciencia global. Se constata haber un número excedente de procesos criminales, lo que puede comprometer una eficaz aplicación de la ley penal. Se busca analizar las funciones del Derecho Penal, no sólo de tutela de bienes jurídicos constitucionales, pero también una función simbólica, para expansión de la criminalización o para la inhibición oculta de la *persecutio criminis*. De este modo, se elabora una breve análisis del estado actual del principio de insignificancia en la doctrina y en la jurisprudencia. Finalmente, para alcanzarse un verdadero significado del Derecho Penal, llegase a la conclusión: a) ser posible adoptar medidas para evitar la baja efectividad de la Justicia criminal; b) la ley penal debe ser meditada y previamente verificada su compatibilidad con las demás leyes (incluso de otros ramos del Derecho) y especialmente con la Constitución, así como no debe prestarse a fines diversos (electoreros, visando objetivos inmediatos u ocultos) de aquel que debería ser alcanzado por la ley; c) ser indispensable la reflexión de estos asuntos unidos a cuestiones de política criminal.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO PENAL; POLÍTICA CRIMINAL; ACTIVIDAD JURISDICCIONAL; CRIMINALIDAD ECONÓMICA; PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA.

INTRODUÇÃO

No Direito Penal, operou-se uma ruptura entre as ciências que o compõem: Dogmática jurídico-penal, Criminologia e Política Criminal. Nilo Batista¹ atribui a Nélon Hungria², “o divórcio irremediável entre os saberes criminológicos e os jurídico-penais”.³ O então recente “pai” do Código Penal referiu-se à criminologia como hipótese de trabalho, alegando que sua conjugação à reflexão jurídica resultaria em um

¹ BATISTA, Nilo. Prefácio. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. IX-XVI.

² Por meio da conferência inaugural do 1º Congresso Nacional do Ministério Público, proferida no Teatro Municipal de São Paulo, em 1942.

³ BATISTA, op. cit., p. IX.

produto híbrido, infecundo, maninho, estéril, bem como que uma filosofia do direito penal produziria tão-somente devaneios. Advertiu Hungria que “o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas”, afastando “qualquer indébita intromissão em nosso Lebensraum, em nosso indeclinável espaço vital”.⁴

No mesmo sentido, lamenta Sánchez Rios, admitindo que no Brasil “a Criminologia continua numa posição de subalternidade em relação ao direito penal”. Há dois aspectos que demonstram tal afirmação: “o primeiro deles diz respeito ao número insuficiente de especialistas na matéria; o segundo é consequência do primeiro, pois em algumas Faculdades de Direito a matéria de Criminologia é ‘facultativa’, e em outras nem existe”. Advindo de “um descaso e até um menosprezo enraizado em alguns estudiosos do direito penal”, para quem a Criminologia “não passaria de mera ‘perfumaria’” e o que valeria “é ir direto a uma medíocre interpretação da norma, tendo como acompanhamento os Manuais ‘práticos’ de Direito Penal, verdadeiros repassadores de idéias, formadores de técnicos bárbaros”.⁵

Roxin parte do pressuposto de que “o Direito penal trata as condutas cominadas com pena enquanto a seus pressupostos e consequências”⁶, portanto se ocupa da matéria da Justiça penal e, por tal razão, denomina-se Direito penal material. Ao lado deste, há outros campos jurídicos “vizinhos” ou “aparentados”, de cuja soma de seus conteúdos se obtém a “ciência global do Direito penal”. Conquanto reconheça que, de certo modo, o Direito penal material é a base de todo esse campo jurídico, ele “somente diz que conduta está proibida como criminal e com que penas ou medidas ela é cominada”⁷.

⁴ Conclui Batista, loc. cit., que “a maldição de Hungria, tangida dentro das Faculdades de Direito pelos ventos propícios de paradigmas neokantianos que dominavam a teoria geral do direito penal, generalizou um preconceito, segundo o qual o professor ou bem se dedicava às angústias normativas do dever-ser, ou bem restolhava na pouco importante realidade dos procedimentos sociais e institucionais de criminalização. Em suma: o professor devia escolher entre ser um jurista ou ser um criminólogo, e não pode espantar que a esterilidade investigatória das sociologias positivistas e funcionalistas tenha afugentado muitos talentos, que se refugiaram no oxigênio mesmo escasso de certas janelas que a dogmática jurídico-penal abre para os quintais floridos da história e da filosofia”.

⁵ SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Estatuto epistemológico da criminologia no âmbito da ciência penal. **Estudos jurídicos**, v. 3, n. 1, p. 138-142, ago. 1995, p. 141.

⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 44, tradução nossa.

⁷ Ibid., p. 47, tradução nossa.

“Mas este conhecimento aproveitará pouco a quem não saiba se e com que requisitos se pode levar a cabo uma pretensão penal estatal, ou segundo que pontos de vista se deve determinar uma eventual pena, como se deve cumpri-la, onde radicam as causas reais da criminalidade e como se pode reconduzir o mais possível o delinqüente ao caminho da legalidade. [...] Um Direito penal moderno não é imaginável sem uma constante e estreita colaboração de todas as disciplinas parciais da ‘ciência global do Direito penal’”. Ibid., loc. cit, tradução nossa.

Figueiredo Dias salienta que, no início do século XX, reconheceu-se que “a tarefa social de controle do crime não se podia bastar com uma ciência puramente jurídica, normativa e dogmática”.⁸ Para que tal tarefa seja minimamente exitosa, faz-se necessária, em alto grau, “uma *definição das estratégias de controle social da criminalidade*”, o que incumbe à política criminal. Por sua vez, à criminologia resta o campo do “*conhecimento empírico da criminalidade*, dos seus níveis e das suas causas”. Ainda segundo o autor, foi Franz Von Liszt – apesar de lhe ser atribuído o aforismo segundo o qual “o Direito Penal é a barreira infranqueável da política criminal”⁹ – quem cunhou o modelo tripartido do que chamou “ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*).¹⁰

Como bem adverte Roxin, “as finalidades reitoras que constituem o sistema do Direito penal somente podem ser de tipo político-criminal, já que naturalmente os pressupostos da punibilidade devem-se orientar aos fins do Direito penal”.¹¹ Por tal razão é que, atualmente, as pesquisas em Direito Penal devem necessariamente conter noções político-criminais, as quais permeiam todo o presente estudo, incorporados ao texto ou nas entrelinhas.

Destarte, a presente contribuição tem receptividade nas orientações de política criminal moderna e visa com que o Judiciário (ao lidar com a criminalidade econômica, especialmente o tema de descaminho), consiga tornar o sistema penal mais eficaz destinando-se a questões de maior interesse com bens jurídicos que reflitam na concretização dos direitos fundamentais.

⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

⁹ ROXIN, op. cit., p. 223, tradução nossa.

Fazendo coro a estas idéias, acrescentando a penalogia às ciências anteriormente referidas, Busato e Montes Huapaya sustentam que:

“Todos estes aportes científicos da criminologia têm que passar pelo filtro da política criminal (análise valorativa). Logo, se é que se crê oportuno recorrer ao direito penal, dele se ocupará o estudo da dogmática jurídico-penal. Da forma de escolha de uma determinada pena, da determinação de sua execução e sua posterior análise empírica sobre sua eficácia ou efeitos da mesma serão objeto de estudo da penalogia.

Mediante um sistema integrado da Ciência penal onde cada parte que a integra aporte com sua especialidade, permitirá uma visão mais completa sobre o fenômeno criminal e a partir dele sua prevenção.” BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 28.

¹⁰ Essa idéia-mestra, conquanto tenha sofrido inúmeras críticas, “não se perde mais e constituiu ao longo de todo o nosso século [o já superado XX] – como continua ainda hoje a constituir – ponto de referência obrigatório de uma compreensão exata e abrangente [...] do estatuto do mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia”. FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 25.

¹¹ ROXIN, op. cit., p. 217, tradução nossa.

1 REALIDADE JURISDICIONAL

Recentemente, o Ministro Marco Aurélio Mello, Presidente da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, acerca da carga de trabalho daquela Corte, desabafou, dizendo que “você quer fazer uma reflexão, mas não pode deixar o processo na prateleira para amadurecer a idéia. É vapt-vupt. Hoje não somos julgadores, somos estivadores”.¹² De fato, segundo informações do próprio Tribunal¹³, em 2007, foram distribuídos 110.734 processos, dos quais pelo menos 3.292 são de natureza exclusivamente criminal¹⁴.

Nos Estados – em primeiro grau ou recursal, na Justiça estadual ou federal –, esses números se multiplicam. A título exemplificativo, somente na Justiça Federal da 4ª Região, com dados divulgados pelo Tribunal Regional Federal, foram distribuídos 96.839 recursos em 2007¹⁵, remanescendo, ainda, com os seis Desembargadores das duas Turmas Criminais (7ª e 8ª), para relatar, 2.144 processos.¹⁶

Ainda que sem o devido apuro estatístico, tais dados indicam haver um excesso de trabalho aos magistrados, impossibilitando a devida análise que cada caso concreto merece. Indaga-se, pois, se seria possível alcançar um direito penal efetivo, com a conclusão de processos criminais em prazo razoável, sem abdicar das garantias processuais ao acusado. Ainda, como o direito penal pode lidar adequadamente com as novas espécies de “violência”, mormente a criminalidade econômica.

Não se pode olvidar que ao Judiciário é atribuído papel no processo de criminalização¹⁷ secundária, notadamente adotando como mecanismos de seleção a morosidade na instrução criminal e a desqualificação de condutas. O volume excessivo

¹² MELLO, Marco Aurélio. A semana. IstoÉ, São Paulo, n. 1996, p. 18, 06 jan. 2008.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relativ2007.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

¹⁴ Ação Penal, Habeas Corpus, Inquérito, Recurso Ordinário em Habeas Corpus e Revisão Criminal, pois os demais recursos, v.g., Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Recursos Extraordinários, não são classificados segundo a matéria.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Estatística consolidada**. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br/trf4/institucional/estatistica.php>>. Acesso em: 18 mar. 2008a.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Estatísticas mensais: processos remanescentes com os Desembargadores Federais como relator**. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/estatistica/arquivo/trf4/200801/Estat01_200801.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2008b.

¹⁷ “São processos de dupla face. Se de um lado constroem a criminalidade, por outro desenham o mapa da impunidade. Ao mesmo tempo em que alguns são criminalizados, outros são imunizados. Alguns são incluídos, outros são excluídos”. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 48-49.

de trabalho dos juizes, que se vêm compelidos a lidar com inúmeros casos de menor relevância, acarreta diretamente a morosidade.

De igual sorte, no intuito de se atingir a “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), deve ser lembrada a relevante influência do advogado – “indispensável à administração da justiça” na expressa dicção do art. 133, da Constituição Federal –, na celeridade de tramitação processual. Diante da inexpressiva jurisprudência tratando de insignificância na criminalidade econômica, a prática demonstra que fração considerável dos advogados não pretende discutir judicialmente a questão.¹⁸

A efetiva prestação jurisdicional no âmbito penal não será alcançada sem a participação de todos os operadores do Direito. Vale dizer, contribuições parciais, provenientes da Magistratura ou da Advocacia, terão resultados infrutíferos se não há uma conscientização por parte do órgão acusador em direcionar o mecanismo processual a questões verdadeiramente relevantes ou a sua categórica manifestação no campo da improcedência de condutas típicas.

2 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Se o Direito tem como característica a coercitividade, mais ainda a tem seu ramo mais coercitivo, o Direito Penal, que assim se denomina justamente pela existência da consequência jurídica atribuída ao cometimento de crimes: a pena. Por esta razão, devido à gravidade do efeito ao descumprimento da lei, é que nem toda conduta reprovável juridicamente também o deve ser penalmente. Conforme lembra Luisi¹⁹, a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com a previsão do estabelecimento de penas estrita e evidentemente necessárias, foi posto “um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime”.²⁰

¹⁸ Infelizmente, afigura-se atual o alerta de Melo, no sentido de que “os advogados dos agentes da criminalidade econômica aproveitam-se das ambigüidades da lei e dos meandros processuais para arrastar a demanda até a exaustão, um jogo a que os magistrados nem sempre se podem furtar, em atendimento a vários princípios jurídicos, que formalmente devem ser respeitados.” MELO, Orlando Ferreira. **Direito Penal especial: exame crítico do ordenamento jurídico e da prestação jurisdicional**. Florianópolis, 1987. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, apud CASTILHO, op. cit., p. 283.

¹⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 38-39.

²⁰ Esse princípio orientador e limitador seria “o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.” Ibid., loc. cit.

Entretanto, como salienta Silva Sánchez²¹, deve-se recordar que a origem do Direito Penal advém justamente do Direito Administrativo, em especial o denominado Sancionador, nas condutas merecedoras de serem submetidas a maiores gravames. Tudo conforme o bem jurídico que se pretende tutelar.

Assim, é inegável que a função precípua do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos.²²

Segundo Roxin, “bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema”²³, conceito que abarca tanto os estados previamente encontrados pelo Direito como os deveres de cumprimento de normas criados somente por ele mesmo.

Não se pode, porém, olvidar o entendimento de Figueiredo Dias²⁴, assinalando que os bens jurídicos coletivos “apresentam-se, por sua própria natureza, como muitos mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade”. Dessarte, pode-se considerar inerente ao próprio bem jurídico a dificuldade na sua configuração.

Inicialmente, eram criminalizadas as condutas que atentavam contra os bens jurídicos tradicionais, a saber: vida, propriedade e liberdade, não necessariamente nesta ordem, todos direitos individuais por excelência. Evoluindo na história, passou-se a tutelar outras dimensões ou gerações²⁵ de direitos fundamentais, sociais (trabalho, saúde, previdência social) e difusos (paz, segurança social, meio ambiente, sistema

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-120.

²² Para Prado, “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

²³ ROXIN, op. cit., p. 56, tradução nossa.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 175.

²⁵ Acerca do que chamou de generatividade geracional, no que tange às gerações de direitos, Canotilho elucida ao explicar que “a primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos da revolução francesa e americana; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos direitos dos povos. A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação no património comum, da nova ordem de informação, acabou por gerar a ideia de direitos de terceira (ou quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao património comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386.

financeiro nacional), sendo também reconhecidos como merecedores da intervenção penal.²⁶

Assim, nos dizeres de Batista, o crime nega o bem jurídico, ao lesioná-lo, o que constitui, não somente uma limitação legal da intervenção penal, mas também sua legitimação. Diante das relações sociais complexas, conforme o interesse do legislador na sua preservação e reprodução, surge a “criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta)”. A Constituição funciona como um “controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)”.²⁷

Roxin²⁸ ainda conclui que o ponto de partida correto é que a única restrição previamente imposta ao legislador se encontra nos princípios da Constituição. Serve como critério não somente de criação mas também de interpretação de cada preceito concreto, estando aberta a mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico.

Entretanto, ao lado da função de tutela de bens jurídicos, o Direito Penal, em razão de sua expansão, igualmente assume uma função simbólica. A intervenção penal atua, então, como mero símbolo, não para proteger os bens jurídicos, mas para afirmar valores, confirmar expectativas, gerar representações valorativas, confirmar valores, ordens deontológicas e éticas, programas políticos, modelos econômicos, relegando à função instrumental ou material uma posição subordinada.²⁹

O uso excessivo da força extrema banaliza o Direito Penal, ao invés de conferir-lhe credibilidade. Quando a sociedade verifica que o Direito Penal assume, de fato, sua posição como *ultima ratio*, deveria haver uma expansão dos mecanismos de proteção não-jurídicos ou jurídicos, mas não necessariamente jurídico-penais (ética

²⁶ Com base na lição de Claus Roxin, Sánchez Rios assevera:

“Depara-se, pois, com uma nova dimensão dos bens jurídicos tutelados. Associada aos entes tradicionais ‘constitutivos da sociedade’, a legitimação do Estado se dará também através da tutela das prestações públicas como objetivos de organização política, social e econômica estabelecidas na Constituição. Estas prestações públicas terão como finalidade possibilitar existência digna ao cidadão. Desta forma, torna-se lícito punir o fato de obstaculizar ao Estado o cumprimento de suas ‘funções’, reforçando penalmente valores coletivos (como o ambiente, a saúde, a ordem econômica, etc.)”

SANCHÉZ RÍOS, Rodrigo. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 41.

²⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 95-96.

²⁸ ROXIN, op. cit., p. 55 e 58.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Temas de derecho penal económico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 235.

social, Direito Civil e Direito Administrativo). Entretanto, “tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”.³⁰

A função simbólica pode ainda ser entendida por uma máscara ideológica da realidade do sistema penal “com a criação de aparência de resolução de conflitos que permanecem intocados, fazendo crer no impossível cumprimento de objetivos inacessíveis porque, no fundo, não são os realmente perseguidos e, em consequência, não se articulam meios para alcançá-los”.³¹ Neste caso, apesar de haver aparente expansão, há, em verdade, inibição do Direito Penal, não proclamada e plasmada nas leis penais, senão negada, mas objetiva e materialmente aceita. Trata-se, em verdade, de função mascaradora – porque se dirige a cobrir objetivos alheios aos declarados –, por meio de uma “desproteção programada”, pois geralmente uma tipificação inadequada é seguida pela ausência de outras políticas sociais ou de prevenção mais custosas.³²

Por tal razão, Baratta³³ defende a adoção do princípio de implementabilidade administrativa da lei. Reconhecendo a seletividade do sistema para punir determinados “bodes expiatórios” e a existência de uma vastíssima cifra negra de criminalidade, admite duas possibilidades: adequar os recursos aos programas de ação legislativos ou redimensionar os programas de ação sobre a base dos recursos disponíveis para o sistema. A primeira alternativa seria economicamente inviável, além de apresentar um custo social insustentável, com a militarização da justiça penal de do Estado. Restando apenas a segunda possibilidade, aponta que a aplicação correta do referido princípio “bastaria por si mesmo para reduzir drasticamente ao mínimo a área de intervenção da lei penal.”³⁴

3 ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Restando assentado que no Direito Penal vale o princípio da intervenção mínima, do qual por certo decorrem a sua natureza subsidiária e seu caráter

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 58.

Ainda segundo o autor, o que advém de tais mecanismos é desalentador, “porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.” Ibid., loc. cit.

³¹ TERRADILLOS BASOCO, loc. cit., tradução nossa.

³² Ibid., p. 236.

³³ BARATTA, Alessandro. *Criminología e sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 312-314.

³⁴ Ibid., p. 314, tradução nossa.

fragmentário, deve-se questionar se todas as condutas criminosas são penalmente relevantes. Vale dizer: assim como nem todos os bens jurídicos devem ser penalmente tutelados, todas as condutas típicas são merecedoras de pena ou da persecução penal?

Um ponto de partida para responder a indagação pode ser o conceito analítico de crime, no qual se tem que somente será crime a conduta típica, antijurídica e culpável. Excluída a ilicitude (v.g. pela legítima defesa) ou a culpabilidade (v.g. não podendo o sujeito agir de outro modo), fica afastada a natureza criminosa da conduta, o que responde em parte a questão.

Ocorre que, todavia, pode inexistir crime se a lesão ou ameaça ao bem jurídico é mínima ou insignificante. Em tais casos, nos quais é socialmente aceitável que a conduta não configure crime, adota-se o princípio da insignificância.

Introduzido no Direito Penal por Claus Roxin na década de 60, o princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*)³⁵ mantém “íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico”.³⁶

Curiosamente, ainda conclui que “se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios [adequação social e insignificância], daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país”.³⁷

Dotti, ao distinguir o princípio da intervenção mínima do da insignificância – considerando este corolário daquele –, estabelece que o primeiro é voltado ao legislador, visando reduzir o número de normas incriminadoras e o segundo é direcionado ao juiz do caso penal, quando o dano ou o perigo de dano são irrisórios. Fala, então, em “intervenção mínima (*da lei penal*) e insignificância (*do bem jurídico afetado*)”.³⁸

Para Assis Toledo (1994, p. 133), assim como o princípio da adequação social, a insignificância serve como “regra auxiliar de interpretação”, fazendo com que o Direito Penal somente vá “até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico”.

³⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47-48; ROXIN, 2003, p. 296-297.

³⁶ ROXIN, 2002, p. 47. O renomado autor salienta que o princípio “permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa”. *Ibid.*, p. 47-48.

³⁷ *Ibid.*, p. 48.

³⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 68.

Não há, entretanto, critérios estritos para sua aplicação, ficando tal fixação a cargo da construção doutrinária e jurisprudencial.³⁹ O Supremo Tribunal Federal sugere verificar “a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.⁴⁰ No que tange a crimes contra o patrimônio, o Superior Tribunal de Justiça pondera a relevância da lesão também em relação à vítima (a importância e o valor sentimental daquele objeto, sua condição econômica, as circunstâncias e o resultado do crime).⁴¹

Apesar disso, a adoção do princípio da insignificância, ao contrário do que seus críticos sugerem, não implica, necessariamente, aumento da impunidade. Ao contrário, evita que o Direito Penal dirija seus esforços desnecessariamente a processos fadados ao insucesso. Devido ao excessivo número de feitos e a limitações de ordem estrutural, órgãos policiais, Ministério Público e magistrados devem concentrar seus esforços nas demandas mais importantes, as quais seriam aquelas de maior gravidade. Se houver a pretensão de abarcar um universo, sem eleger prioridades, haverá certa prescrição a fulminar a pretensão punitiva em grande parte dos casos.

Igualmente, observa-se existir uma tendência à reformulação do princípio da insignificância nos Tribunais. Havendo significativa alteração no teor das decisões, o instituto deve ser estudado para poder corroborar novos posicionamentos ou eventualmente vir a questioná-los. Exemplo notório é a nova posição adotada por ambas as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça nos crimes de descaminho⁴², afastando a insignificância quando o valor do tributo apurado é superior ao montante previsto no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, como limite para extinção do crédito fiscal, ou seja, R\$ 100,00 (cem reais). Assim, não mais se adota o patamar de R\$ 2.500,00 (dois mil quinhentos reais), em razão da alteração do art. 20, da referida Lei, pela Lei nº 11.033/2004, que passou a autorizar o arquivamento de execuções fiscais com débitos consolidados iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que quiçá se entendeu por demais elevado para ser considerado insignificante.

³⁹ Neste tocante, fica a ressalva das implicações inerentes à fixação no tipo de limites quantitativos. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tirant lo blanc, 1998, p. 141-157.

⁴⁰ 2ª Turma, HC 92463 / RS, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 16/10/2007, publ. DJE-134 31/10/2007.

⁴¹ 5ª Turma, REsp 835553/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 20/03/2007, publ. DJ 14/05/2007, p. 386.

⁴² Por exemplo, 5ª Turma, REsp 828.469/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 27/02/2007, publ. DJ 26/03/2007, p. 279 e 6ª Turma, AgRg no REsp 630.793/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. 27/03/2007, publ. DJ 06/08/2007, p. 705.

Estranhamente, com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal) – a par da definição da sua natureza omissivo material pelo Supremo Tribunal Federal⁴³, o que modifica a consumação do delito –, apesar da evidente tributarietàade do bem jurídico tutelado – assim como o crime de descaminho, com a ressalva da destinação específica do tributo, qual seja: custeio de benefícios, o que o torna até mais grave –, a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região adota como insignificante o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).⁴⁴

Merece ainda especial atenção a recente decisão do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, à qual foi dada ampla divulgação pela própria Corte, prolatada na Apelação Criminal nº 2003.70.03.009921-6⁴⁵, na qual se adotou o reportado posicionamento do Superior Tribunal, afastando a insignificância, mas adotando o princípio da irrelevância penal do fato. Não obstante, o relator salientou que o princípio da insignificância “tem larga utilização para afastar do direito penal fatos que não produzam relevante lesão a determinado bem jurídico. Assim, exclui-se a tipicidade de condutas consideradas inexpressivas diante do ínfimo dano causado a bens legalmente protegidos”.

Com efeito, a adoção de critérios legais para se verificar a insignificância pode fornecer parâmetros seguros. Com relação ao crime de manutenção no exterior de depósitos não declarados à repartição federal competente (art. 22, parágrafo único, 2ª parte, da Lei nº 7.492/86), v.g., a Circular nº 3.345/2007⁴⁶, do Banco Central, em seu art. 3º, dispensa de prestar declaração de valores no exterior “os detentores de ativos totais, em 31 de dezembro de 2006, cujos valores somados totalizem montante inferior a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos), ou seu equivalente em outras moedas”. A questão que se impõe é se a dispensa pela Administração de fiscalização sobre valores inferiores a tal montante – nada insignificante, saliente-se – implicaria necessariamente em se dispensar a necessidade de persecução penal, por uma questão de coerência de todo o sistema.

⁴³ Inq 2537 AgR/GO, rel. Min. Marco Aurélio, 10/03/2008 – Informativo nº 498.

⁴⁴ ARQRPCR 2008.04.00.002401-5, Relator Des. Tadaaqui Hirose, publ. D.E. 27/02/2008.

⁴⁵ 8ª Turma, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, julg. 10/10/2007, publ. DE 17/10/2007.

⁴⁶ BRASIL. Banco Central. Diretoria Colegiada. **Circular nº 3.345, de 16 de março de 2007**. Estabelece forma, limites e condições de declaração de bens e de valores detidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País. Disponível em: <<http://www5.bcb.gov.br/normativos/detalhamentocorreio.asp?N=107087217&C=3345&ASS=CIRCULAR+3.345>>. Acesso em 20 nov. 2007. Até a data da conclusão deste estudo, não havia sido editada norma em 2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale a reflexão do MM. Juiz Federal, Dr. Sergio Fernando Moro, titular da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba⁴⁷, ele mesmo responsável por 1.206 processos em tramitação (dados de janeiro/2008)⁴⁸, de que, diante da baixa efetividade da Justiça criminal, deve-se adotar três medidas: a) selecionar os casos mais importantes, “com base na gravidade do crime e em vista de suas perspectivas probatórias”, neles alocando os recursos (escassos) disponíveis; b) conhecer suas limitações, não somente do Poder Judiciário, mas dos órgãos que o assessoram – v.g. a Polícia Federal que executará buscas e apreensões ou interceptações telefônicas –, com eles dialogando e tendo em mente que casos criminais complexos demandam concentração de esforços, pois “o que a Justiça criminal precisa é de menos, mas melhores casos. Mais vale um bom caso criminal contra o chefe de uma organização criminosa do que mil processos contra ‘mulas’ do tráfico ou do contrabando”; c) avaliar os resultados e saber onde se quer chegar, ou seja, não esquecer que “esvaziar a pilha de processos a todo custo não é o mesmo que resolver casos criminais”.⁴⁹

Saulo Ramos, jurista de renome e influência na vida política nacional⁵⁰, em diversas passagens de suas memórias romanceadas, defende que se legisle ao sabor do momento. Ousa-se discordar, pois – partindo do pressuposto de que os fatos sempre estão à frente do Direito, que busca regrá-los a partir da constatação de sua existência⁵¹ – a atividade legislativa deve ser meditada, confrontando-se a futura lei penal não somente com outras leis penais⁵², mas também com outros ramos do Direito e sobretudo

⁴⁷ Especializada para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; processos do Júri, além da competência para processar e julgar os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional ou não das infrações, conforme Resolução nº 18, de 24/04/2007, da E. Presidência do TRF da 4ª Região.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Estatísticas mensais: processos em tramitação no Juízo Titular da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba**. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/estatistica/arquivo/sjpr/200801/Estat08_PR_200801.pdf>. Acesso em 14 mar. 2008c.

⁴⁹ MORO, Sergio Fernando. Algumas sugestões sobre a Justiça criminal. **IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=40>>. Acesso em: 29 nov. 2007.

⁵⁰ Foi Consultor Geral da República e Ministro da Justiça, tendo atuado de forma indireta, mas determinante, na Constituinte de 1988.

⁵¹ Segundo Cunha, “ao legislador penal cabe o papel de captar as modificações sociais, o diferente ambiente valorativo, para os tomar em consideração quando define a área do crime”, dependência que, conclui a autora com base em Hans Zipf, “restringe o âmbito de decisão político criminal”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 16.

⁵² Como exemplo da ausência de reflexão e confronto na atividade legislativa, é notória a incoerência do art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro (lesão corporal **culposa** na direção de veículo automotor), com pena cominada de detenção, de seis meses a dois anos, diante do art. 129, *caput*, do Código Penal

com os preceitos constitucionais, fonte dos bens jurídicos a serem selecionados. Essa medida salutar evita a proliferação de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, além do controle por meio difuso, retirando do Judiciário uma excessiva função de legislador, muito criticada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Além disso, a edição de novas leis penais não se deve prestar a fins eleitoreiros, visando objetivos imediatos ou ocultos. Leis divorciadas da realidade, que não demonstram claramente o bem jurídico tutelado, que padecem de inconstitucionalidade e, principalmente, que não são precedidas pela análise dos meios administrativos e financeiros necessários à sua efetivação ou dos reflexos sociais da sua edição são leis editadas para não serem cumpridas.⁵³ Dentre estas, as piores leis são aquelas precedidas por grande divulgação na mídia acerca de sua importância e miraculosos efeitos, relegando posteriormente aos magistrados a impopular função de decretar a sua ineficácia ou limitar gravemente os seus efeitos.⁵⁴

Conclui-se, assim, ser impensável, na atualidade, o enfrentamento das questões criminais, mormente diante dessa instabilidade fática e jurisprudencial, sem que se tenha uma visão crítica e necessária e indispensavelmente atrelada a questões de política criminal. Nesse contexto, a adoção da insignificância penal se afigura uma alternativa viável para se alcançar o verdadeiro significado do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminología e sistema penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

(lesão corporal **dolosa**), que comina pena de detenção, de três meses a um ano. Saliente-se que tal disparate, que impõe pena menor a quem, independentemente do meio (inclusive na direção de veículo automotor), desejou o resultado criminoso ou assumi o risco de produzi-lo, ainda não foi corrigido em mais de dez anos desde a promulgação da lei.

⁵³ Por isso é que se diz, popularmente, haver no Brasil leis que “pegam” e outras que “não pegam”.

⁵⁴ A respeito, acompanhe-se a discussão sobre uso de células-tronco embrionárias em pesquisa e terapia, instaurada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-DF, acerca da incompatibilidade do artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105/ 2005, com os artigos 1º, III e 5º, ambos da Constituição Federal.

BRASIL. Banco Central. Diretoria Colegiada. **Circular nº 3.345, de 16 de março de 2007**. Estabelece forma, limites e condições de declaração de bens e de valores detidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País. Disponível em: <<http://www5.bcb.gov.br/normativos/detalhamentocorreio.asp?N=107087217&C=3345&ASS=CIRCULAR+3.345>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relativ2007.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Estatística consolidada**. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br/trf4/institucional/estatistica.php>>. Acesso em: 18 mar. 2008a.

_____. _____ . **Estatísticas mensais: processos remanescentes com os Desembargadores Federais como relator**. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/estatistica/arquivo/trf4/200801/Estat01_200801.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2008b.

_____. _____ . **Estatísticas mensais: processos em tramitação no Juízo Titular da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba**. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/estatistica/arquivo/sjpr/200801/Estat08_PR_200801.pdf>. Acesso em 14 mar. 2008c.

BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tirant lo blanc, 1998.

MELLO, Marco Aurélio. A semana. **IstoÉ**, São Paulo, n. 1996, p. 18, 06 jan. 2008.

MORO, Sergio Fernando. Algumas sugestões sobre a Justiça criminal. **IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=40>>. Acesso em: 29 nov. 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Saulo. **Código da vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003.

SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Estatuto epistemológico da criminologia no âmbito da ciência penal. **Estudos jurídicos**, v. 3, n. 1, p. 138-142, ago. 1995.

_____. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Temas de derecho penal econômico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.