

COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE  
ADEQUADA DO BEM JURÍDICO NO CRIME  
DE MOEDA FALSA: POSSIBILIDADE DE  
CONTROLE DE SUA TIPICIDADE MATERIAL

*Francisco Nogueira Machado*

*CONSTITUTIONALLY ADEQUATE  
COMPREHENSION OF THE JURIDICAL  
ASSET IN THE COUNTERFEIT CURRENCY  
CRIME: POSSIBILITY OF CONTROLLING  
ITS MATERIAL LEGALITY*



# COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO BEM JURÍDICO NO CRIME DE MOEDA FALSA: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE SUA TIPICIDADE MATERIAL

*CONSTITUTIONALLY ADEQUATE COMPREHENSION OF THE JURIDICAL ASSET IN THE COUNTERFEIT CURRENCY CRIME: POSSIBILITY OF CONTROLLING ITS MATERIAL LEGALITY*

*Francisco Nogueira Machado*

*Mestrando em garantias processuais penais na Universidade Federal de Minas Gerais  
Membro do Conselho Penitenciário de Minas Gerais  
Defensor Público Federal*

## RESUMO

O direito penal reclama uma leitura compreensiva no marco do neoconstitucionalismo democrático. A noção de bem jurídico é abalizada pelas teorias personalista e constitucionalista. A fé pública é um bem previsto na Constituição de 1988, mas que demanda, para obter dignidade penal, uma interpretação personalista, à luz do princípio da ofensividade. No Estado Democrático de Direito não há espaço para imunização de bens jurídicos, estando sujeitos à crítica redutora dos princípios penais, incluindo-se o delito de moeda falsa. O tipo penal do artigo 289 do Código Penal se enfraquece democraticamente quando aplicado arbitrariamente como método de seleção criminalizante pela vulnerabilidade do agente, ferindo-se o princípio da igualdade sob uma gestão penal da pobreza.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Bem jurídico. Neoconstitucionalismo. Crime de moeda falsa.

## ABSTRACT

Criminal law demands a comprehensive reading on the democratic constitutionalism mark. The legal interest is limited by personal and constitutional theories. Public faith is a value provided in the Constitution of 1988, but demands, to obtain criminal dignity, a personal interpretation under the light of the offensive principle. In the Democratic Estate of Law there is no space to immunize juridical values, once there are all subjected to the reductive criminal principles criticism, including counterfeit currency offense. Criminal offense under article 289 of Criminal Code weakens democratically when applied arbitrarily as criminalizing selection method by the agents' vulnerability, hurting the equal principle under a poverty criminal management.

**Keywords:** Criminal Law. Legal interest. New constitutionalism. Counterfeit currency offense.

Data de submissão: 25/09/2014

Data de aceitação: 14/03/2016

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO. SUPERAÇÃO DA CRISE DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE. 2 SISTEMA GARANTISTA E DIREITO PENAL: IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA. 3 TEORIAS PERSONALISTA E CONSTITUCIONALISTA DO BEM JURIDICO E SUA ADOÇÃO COMO BALIZAMENTO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA E INTERPRETATIVA NO DIREITO PENAL. 4 BEM JURÍDICO NO CRIME DE MOEDA FALSA E SUA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA. 5 O DESVIRTUAMENTO DO PODER PUNITIVO: A GESTÃO PENAL DA POBREZA. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DELITO DE MOEDA FALSA. CONCLUSÃO.

## INTRODUÇÃO

Analisar o bem jurídico de uma determinada classe de delitos é tarefa árdua e espinhosa. A começar por sua definição. O conceito de bem jurídico é vago, móvel, fluido e controvertido. Delimitá-lo, contudo, é uma meta a guiar o estudioso do direito, embora nunca seja efetivamente alcançada. E assim o é por que a interpretação do tipo penal à revelia de qualquer preocupação teórica a respeito do bem jurídico deixará espaço à abstração e arbitrariedade das conveniências judiciais e legislativas, colocando em risco o projeto constitucionalmente programado pelo legislador constituinte originário. Projeto, diga-se, de incessante efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Cláudio Brandão vê no bem jurídico o critério hermenêutico que motiva o afastamento da tipicidade formal, quando não houver sua violação ou exposição a perigo. Deve-se presar por uma relação de proporcionalidade entre a pena e a ação, sendo que “a falta de proporcionalidade, à luz do critério material do tipo, revelará a alienação política do técnico, que para além da alienação técnica possível, faz com que não seja vislumbrada a identificação entre a violência e o direito penal.”<sup>1</sup>

Ademais, certa indefinição conceitual não coloca em risco a garantia político-criminal do reconhecimento de bem jurídico.<sup>2</sup>

Várias linhas de pensamento já objetivaram traçar os contornos do que seja o bem juridicamente tutelável pelo direito penal, mas, para os presentes fins, adotar-se-ão as teorias que melhor se afinam à proposta democrática formulada pelo constituinte de 1988, a saber, as teorias constitucionalista e personalista, na onda do movimento pós-positivista que tomou vulto após os horrores vivenciados na segunda grande guerra. Contudo, serão brevemente analisadas suas precursoras, cuja importância histórica não se nega neste escrito.

De saída, tema de suma importância é colocado em discussão. A relação entre Direito Penal e Constituição e a crise da baixa constitucionalidade são analisados em ordem a elucidar os limites normativos da atividade do legislador ao lançar mão do braço penal do Estado, bem como da compreensão hermenêutica a ser empreendida pelas partes e juiz no processo no que tange à constatação, no caso concreto, da efetiva ocorrência de violação ao bem jurídico tutelado.

---

<sup>1</sup> BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2012, pp. 238-239.

<sup>2</sup> BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 2013, p. 56.

Questiona-se, assim, se a eleição de um bem a ser protegido pelo Direito Penal é tarefa livremente atribuída ao legislador, cuja correspondente atividade de desvelar é relegada à livre consciência do julgador ou, ao contrário, no marco do Estado Democrático de Direito, a intervenção do Direito Penal já está demarcada pela Constituição, de modo que a criminalização de condutas que atinjam bens não protegidos constitucionalmente se revela extrapolação indevida da atividade legiferante.

Em seguida, o garantismo penal é cotejado com o dever de proteção que a constituição impõe aos órgãos estatais para a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Coloca-se a pergunta acerca da necessidade do Direito Penal e se é possível ou desejável sua extinção.

Esta e outras questões devem ser enfrentadas para situar o exame do **bem jurídico no crime de moeda falsa**. A demarcação da legitimidade do Direito Penal é imprescindível para que seja aferida a constitucionalidade da tutela da “fé pública”, inclusive para se investigar se este bem se encontra no rol daqueles para os quais a Constituição Federal determina ou aceita a drástica incidência daquele ramo do ordenamento jurídico.

Igualmente, submeter-se-á à crítica<sup>3</sup> a teoria vigente na jurisprudência do STF e STJ de que o bem jurídico no crime de moeda falsa é imune à aplicação do princípio da insignificância.

Por último, será objeto de reflexão a problemática da gestão penal da pobreza e da vulnerabilidade das pessoas pertencentes às classes mais desfavorecidas economicamente na sociedade contemporânea sob o enfoque do crime de moeda falsa, delito este que compõe extenso acervo das causas patrocinadas pela Defensoria Pública da União perante a Justiça Federal.

## 1. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO. SUPERAÇÃO DA CRISE DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE

A segunda guerra mundial é um marco na ruptura da confiança dos homens na razão iluminista cultuada na Revolução Francesa. Auschwitz representou tudo o que hoje se pretende dizer quando se usa a palavra mal: “atos absolutamente daninhos que não dei-

---

<sup>3</sup> Utiliza-se o termo **crítica** em sentido popperiano, como o apontamento das aporias no discurso de conhecimento.

xam espaço para justificativa ou explicação.”<sup>4</sup> O pós-guerra trouxe, para o Direito, a compreensão de que as constituições estatais e os tratados internacionais devem incorporar princípios cuja força é norteadada pela prevalência da dignidade da pessoa humana. É a era do pós-positivismo ou do neoconstitucionalismo.

Ana Paula de Barcelos<sup>5</sup> delinea os contornos do fenômeno amplamente difundido e denominado de neoconstitucionalismo. Segundo ela, sob um ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo contemporâneo agrega três premissas, a saber: a) normatividade da constituição; b) superioridade da constituição sobre o restante da ordem jurídica; c) centralidade da Carta no sistema jurídico, de modo que todos os ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do texto maior. Do ponto de vista material, por sua vez, o neoconstitucionalismo incorpora valores e opções políticas no texto da norma, visando à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Luciano Feldens esclarece que o paradigma constitucionalista pode ser compreendido como positivismo crítico. É uma filosofia jurídica que afeta questões conceituais e metodológicas sobre a função e a aplicação do Direito. Consoante este autor, os alicerces da nova fase do constitucionalismo são formados pela sensível ampliação do âmbito constitucional, pela elevação do grau de normatividade da Constituição, pela substancialização da justiça constitucional e, por último, pela aceitação de uma relação, contingente e limitada, entre direito e moral.<sup>6</sup>

A força normativa da constituição<sup>7</sup> implica na imperiosa observância, por parte do legislador, administrador e julgador, das opções políticas feitas pelo constituinte originário. Não é outro o caminho a ser trilhado no Direito Penal. A teia de direitos fundamentais plasmada na Constituição forma a moldura e os limites para a criação de tipos penais e da interpretação dos já existentes.

A constituição passa a ser tida como norma máxima orientadora do projeto democrático de uma sociedade e parâmetro de legitimidade de todos os atos estatais. Todos os ramos do direito a ela rendem indiscutível fidelidade.

Neste sentido é que Hassemer<sup>8</sup> nega ao processo penal a característica única de realizar o

---

<sup>4</sup> NEIMAN, S. **O mal no pensamento moderno**: uma história alternativa da filosofia. 2003, p. 15.

<sup>5</sup> BARCELOS, A. P. de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. 2007.

<sup>6</sup> FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2012, pp. 33-34.

<sup>7</sup> HESSE, K. **A força normativa da constituição**. 1991, p.19.

<sup>8</sup> HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2003, p.72.

direito material, alçando-o a verdadeiro direito constitucional aplicado e indicador da respectiva cultura jurídica e política. Ora, o Direito Penal se torna palpável unicamente pela via do processo e este, obviamente, é impregnado de garantias constitucionalmente imantadas.

Em que pese a força desta constatação, não se pode olvidar que há, dentro da dogmática penalista brasileira, uma grave crise de baixa constitucionalidade, assim entendida como a recusa de obediência irrestrita à adequação da legislação infraconstitucional às normas cunhadas no ambiente encartado na Lei Maior.

Lênio Streck identifica esta crise com a mudança de paradigma efetuada pela nova Constituição. O velho modelo de direito não teria morrido e o novo modelo – Estado Democrático de Direito – não conseguiu vir à luz até o momento. Assim, “deixar vir o novo à presença: esse é o desafio.”<sup>9</sup>

A dificuldade de se deixar levar pelos novos ares democráticos, no campo penal, é facilmente visualizada, por exemplo, com a instituição de tipos penais para tutelarem bens jurídicos não emanados diretamente da constituição ou quando sua criação se afasta dos postulados da subsidiariedade e da *ultima ratio*.

Também se constata a mencionada crise quando juízes e Tribunais negam a filtragem da tipicidade material, pela via da insignificância do fato, quando estão diante de bens jurídicos supostamente imunes à função redutora do tipo penal. É o se averigua no crime de moeda falsa, que é tido como ofensivo ao bem jurídico “fé pública” independentemente da situação concreta submetida ao crivo judicial.

## 2. SISTEMA GARANTISTA E DIREITO PENAL: IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA

Claus Roxin indaga se o direito penal tem futuro e se ele pode ser abolido<sup>10</sup>. Ao enfrentar estas indagações, esclarece, primeiramente, que as correntes abolicionistas partem da premissa de que medidas conciliatórias, indenizações reparatórias, dentre outros similares, teriam o condão de combater as causas sociais da delinquência, de modo a tornar desnecessária a existência do Direito Penal.

<sup>9</sup> STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 2013, p. 29.

<sup>10</sup> ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. 2008, p. 3.

Assinalando que a visão abolicionista é utópica, Roxin assume ser mais realista a hipótese de que a criminalidade, espécie do que os sociólogos designam de **comportamento desviante**, sempre existirá na sociedade. Demonstrou-se que, na Alemanha, desde o pós-guerra, houve um incremento no nível de bem-estar social, mas, na contramão disto, a criminalidade aumentou consideravelmente.

O Direito Penal não pode ser abolido, nem é desejável que assim o seja. O poder punitivo é uma força bruta inerente à sociedade que, diante das violações a bens que lhe são caros, reage irracionalmente contra o indivíduo em busca de vingança. O direito penal se revela como um filtro racional à ação desmensurada do poder punitivo. Dá-lhe racionalidade e separa as ações que agridem significativamente um bem jurídico<sup>11</sup> constitucionalmente valioso e indispensável à preservação dos direitos fundamentais.

É assim que se coloca o garantismo penal, aqui trabalhado no enfoque de Luigi Ferrajoli. Antes de tudo, é importante que se afaste qualquer tonalidade pejorativa à expressão **garantismo penal**. Este aporte teórico não se confunde com nenhum corrente cuja bandeira corresponda à impunidade. Não se busca incansavelmente elaborar empecilhos à satisfação da pretensão punitiva. Também não se preconiza a adoção de interpretações sempre benéficas ao réu.

Trata-se, isto sim, de um conjunto teoricamente elaborado de filtros<sup>12</sup> penais e processuais penais destinados a assegurar a imposição de pena endoprocessualmente com observância irrestrita às garantias do acusado. Alexandre Moraes da Rosa afirma que a “Constituição da República de 1988 consagra rigorosamente a tutela dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, conforme o modelo garantista do Estado de Direito”<sup>13</sup>.

O garantismo não faz apologia à extinção do direito penal. Ao revés, traz parâmetros para deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Ferrajoli é enfático ao asseverar

---

<sup>11</sup> Luís Greco identifica a finalidade do direito penal com a proteção de bens jurídicos. Afirma que “proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem o correlato ganho social”. GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2013, p. 33.

<sup>12</sup> Esses filtros são os assim chamados axiomas do garantismo, a saber: a) não há pena sem crime; b) não há crime sem lei; c) não há lei sem necessidade; d) não há necessidade sem injúria; e) não há injúria sem ação; f) não há ação sem culpa; g) não há culpa sem juízo; h) não há juízo sem acusação; i) não há acusação sem provas; j) não há provas sem defesa. Ferrajoli explica que os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas que enunciam cada qual uma condição para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena.

<sup>13</sup> ROSA, A. M. da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. 2008, p. 56.

que “aqui não se trata de uma condição suficiente na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.”<sup>14</sup>

Morais da Rosa assinala que o garantismo delinea uma esfera do indecidível, onde se encontram os direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do legislativo. Assevera, ainda, que:

Esta limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como se pode transparecer num primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção garantista, também está limitado/balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar do contido materialmente na Constituição.<sup>15</sup>

O sistema garantista, nesta ordem de ideias, cerca a atividade legislativa com uma muralha de restrições calcadas nos direitos fundamentais diante da qual não haverá transposição sem que haja o inevitável vício de inconstitucionalidade.

O Direito Penal, assim, intervirá na tutela de bens jurídicos positivados na constituição unicamente frente a comportamentos que detenham disposição agressiva tal que justifique a imposição de reprimenda pela via da tipificação penal.

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2006, p.90.

<sup>15</sup> ROSA, A. M. da. **Decisão Penal**: A bricolagem de significantes. 2006, p. 86.

### 3. TEORIAS PERSONALISTA E CONSTITUCIONALISTA DO BEM JURIDICO E SUA ADOÇÃO COMO BALIZAMENTO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA E INTERPRETATIVA NO DIREITO PENAL

Hodiernamente, admite-se, sem resistências teóricas, que a concepção de bem jurídico é central no Direito Penal, consistindo base da estrutura e interpretação dos tipos penais.<sup>16</sup>

A criação de tipos penais, a cominação de penas e a aplicação destas pelo julgador são fases de um procedimento orientado pelo escopo político-criminal de proteger os bens jurídicos indispensáveis à estabilidade social e à realização do ser humano.

A compreensão de bem jurídico está indissociavelmente ligada à de lesão ou perigo de lesão. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é, na atualidade, quase um verdadeiro axioma, não encontrando oposição.<sup>17</sup> Uma vez eleito o alvo de tutela pelo Direito Penal, há de se perquirir quais condutas (comissivas ou omissivas) são aptas a lesioná-lo gravemente, a ponto de justificar a intervenção drástica do ordenamento repressivo.

A aflição corporal, com a supressão da liberdade, somente se legitima quando proporcionalmente relacionada a uma conduta que viole bem jurídico de igual ou maior relevância. E a escala valorativa não é dada pelo legislador, magistrado ou membro do Ministério Público. Ela é extraída do catálogo de direitos fundamentais arrolados pelo parâmetro normativo da constituição federal.

Não se pode perder de vista que a via repressivo-penal não se resume à aplicação da pena. A tipificação de determinada conduta como crime acarreta, em escala de maior agressão à esfera da liberdade individual, a abertura do processo penal com todos os insidiosos instrumentos mitigadores de direitos fundamentais. Hassemer<sup>18</sup> elucidica que o procedimento penal, por servir à proteção de bens jurídicos em âmbitos centrais da convivência humana, é provido de meios intensos e coativos tais como a prisão preventiva, interceptação telefônica e sequestro.

Assim, é possível dizer com Busato<sup>19</sup> que o bem jurídico estabelece parâmetros de proteção jurídica para identificar com precisão as hipóteses de perigo ou de lesão, o modo e a

<sup>16</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 2004, p.248.

<sup>17</sup> PRADO, L. R. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2003, p.31.

<sup>18</sup> HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2003, p.72.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 61.

intensidade da ofensa a ele dirigida.

Pois bem, a conceituação de bem jurídico foi objeto de diversas elucubrações teóricas.<sup>20</sup> Cumpre advertir, na linha de Busato,<sup>21</sup> que as tendências atuais se orientam a fundamentar o bem jurídico desde a política criminal, vinculando-se aos fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado.

Em um primeiro momento, Feuerbach buscou demonstrar que todo preceito penal carrega em si um direito subjetivo como objeto de tutela. Binding concebeu o bem jurídico como estado valorado pelo legislador. Von Liszt, aprimorando o trabalho de Binding, transportou a ótica para o interesse juridicamente protegido, vendo no conceito de bem jurídico a estrutura do delito.

Luiz Regis Prado<sup>22</sup> elucida que, enquanto Binding pensava que a norma criaria o bem jurídico, Von Liszt o visualizava como uma realidade válida em si mesma, não dependendo do juízo do legislador. A lei penal encontrava o bem a ser tutelado.

A despeito da relevância histórica de cada teoria, entende-se, neste artigo, que a construção que melhor compatibiliza a questão do bem jurídico com o marco do constitucionalismo contemporâneo é a mixagem da teoria constitucionalista<sup>23</sup> com a teoria personalista.

Deve-se registrar, todavia, que há forte resistência na doutrina quanto à concepção constitucionalista.<sup>24</sup> Apesar da força dos argumentos, adere-se, aqui, à linha contrária, por se compreender que os bens selecionados pela Constituição conferem segurança na orientação política criminal do Estado.

Não há que se falar, contudo, que a adoção deste marco teórico passa ao largo da discussão protagonizada por Zaffaroni acerca do uso legitimante e do uso limitativo do bem jurídico.

O viés legitimante resulta da confusão entre o caráter fragmentário da legislação penal

---

<sup>20</sup> BITENCOURT, *op. cit.*, p. 250.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 51.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 35.

<sup>23</sup> Luiz Regis Prado dá notícia da diferenciação entre teoria constitucionalista geral e teoria constitucionalista estrita, sendo divergência entre elas apenas quanto à maneira de vinculação à norma constitucional. (*Op. cit.*, p. 63)

<sup>24</sup> Paulo Busato, por exemplo, defende que a Constituição só serve como um limite negativo de valoração. A proteção de bens jurídico-penais não necessariamente se identifica com os bens jurídicos que são reconhecidos constitucionalmente. Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico penal como aquele que deriva da constituição. BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 2013, p. 168.

e seu caráter sancionador. Zaffaroni<sup>25</sup> alerta, então, que a legislação penal não cria bens jurídicos, pois estes têm berço em outros setores do ordenamento. Dar à lei penal o caráter constitutivo do bem jurídico corresponde a negar sua fragmentariedade.

O conceito limitativo, de outro lado, exige, como pressuposto do exercício do poder punitivo, a afetação de um bem tutelado pelo direito e se empresta como instrumento de contenção ao juiz, permitindo que se pergunte acerca da lesividade no caso concreto.

Feito este breve parêntese, é de se ter o bem jurídico à luz das teorias constitucionalista e personalista.

Segundo a teoria constitucionalista, os bens jurídicos devem ser extraídos da constituição, norma a balizar as diretivas político-criminais.<sup>26</sup>

A concepção personalista, por sua vez, labora no campo dos bens jurídicos supra-individuais, entendendo que eles não possuem autonomia e legitimidade próprias. Sua natureza é derivada ou indireta, só podendo ser criminalizado de forma legítima caso sirva diretamente a interesses individuais relevantes.

Neste sentido, Hassemer leciona que:

Só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal de Estado, é dizer, uma concepção que legitime a ação do Estado desde o ponto de vista da pessoa. Para esta teoria, os bens jurídicos da comunidade só se podem reconhecer na medida em que – mediatamente – sejam também interesses da pessoa.<sup>27</sup>

Ainda com Hassemer é possível identificar três critérios para a definição do bem jurídico penal. Primeiro, deve ser adequado à realidade social. Em segundo momento, o bem deve ser seletivo e nítido, exigindo-se precisão de significado na diferenciação dos diversos objetos de tutela penal. Por último, deve ser universalmente compreensível, abrindo-se ao controle

---

<sup>25</sup> ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro**, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2010, p. 216.

<sup>26</sup> PRADO, L. R. *op. cit.*, p.62.

<sup>27</sup> HASSEMER, W. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. 1999, p.109.

democrático sobre as atividades de criminalização primária desempenhadas pelo legislador.<sup>28</sup>

Cláudio Brandão é enfático ao asseverar que:

O objeto do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Toda lei penal tutela um bem, que ela própria aponta. Os crimes no nosso ordenamento jurídico estão reunidos e sistematizados sob epígrafes, as quais constituem os títulos e os capítulos tanto do Código Penal, quanto das leis especiais. (...) Pois bem, quando o legislador (leia-se, o político) elege um bem jurídico ele efetua uma atividade de natureza política, mas essa referida atividade política precisa ter também um lado técnico: a coerência finalística e sistemática com o texto constitucional. (...) os bens jurídicos protegidos através da definição legal de crime também precisarão ter um substrato constitucional. Caso contrário, a lei penal violará os ditames da Carta Política, mormente o princípio da proporcionalidade.<sup>29</sup>

A seleção de bens jurídicos pelo legislador deve ser norteada pela constituição e, especialmente, pelos princípios fundamentais do Direito Penal. Dentre eles, que formam o núcleo gravitacional e o ser constitutivo do Direito Penal, assumem importância os princípios da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade.<sup>30</sup>

A intervenção mínima e a fragmentariedade atuam, respectivamente, no momento de seleção do bem jurídico, limitando o legislador na elaboração de tipos penais, e na separação das condutas que assumem dimensão de agressividade suficiente a ponto de serem socialmente intoleráveis. O Direito penal se ocupa da proteção de bens jurídicos e limita sua intervenção a casos onde há um dano ou risco de dano a esse bem jurídico.<sup>31</sup>

Deste modo, “a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do tipo penal”.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> HASSEMER, W. **Bienes jurídicos em el Derecho Penal**. In: Estudios sobre justicia penal. 2005, p. 63.

<sup>29</sup> BRANDÃO, C. **Significado político-constitucional de direito penal**. 2007, p.129.

<sup>30</sup> PRADO, L. R. *Op. cit.*, p.66.

<sup>31</sup> BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 2013, p. 169.

<sup>32</sup> PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 90.

É digna de destaque a observação formulada por Cláudio Brandão:

É o conceito de bem jurídico que fundamentará a aplicação supra legal do direito penal, porque ele traduz a ideia de valor tutelado pela norma e possibilita o afastamento desta dita norma em face do não reconhecimento da valoração negativa capaz de ser reconhecida proporcional à pena que em tese lhe será aplicável<sup>33</sup>.

Juarez Cirino dos Santos<sup>34</sup> verifica que, na atualidade, estudiosos visam a reservar o conceito de bem jurídico para os direitos e garantias individuais do ser humano (concepção constitucionalista e personalista, diga-se de passagem), excluindo a criminalização (a) da vontade do poder, (b) de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos característicos de complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário.

No constitucionalismo contemporâneo, informador do Estado Democrático de Direito, não há espaço para criação de dogmas imperscrutáveis. Significa dizer que a todos é dado o livre debate acerca da exegese dos textos legais e do âmbito de sua aplicação, pois se vive um Estado que é “democrático, porque gestado e atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da alíbia ciência dogmática do direito, logo é concebido como Estado não Dogmático” .<sup>35</sup>

Nesta conjuntura, é constitucionalmente inadequada toda tentativa de se blindar um bem jurídico contra a função redutora do Direito Penal. Todos são passíveis de sofrerem agressões diminutas a ponto de afastar a intervenção criminalizante. Dogmas ao estilo de “este ou aquele bem jurídico não pode ser objeto de incidência do princípio da insignificância” devem ser combatidos.

Não é demais ter em conta a advertência de Alexandre Morais da Rosa a respeito da função retórica do bem jurídico - que aqui se busca evitar - no ordenamento jurídico:

---

<sup>33</sup> BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2012, p. 216.

<sup>34</sup> SANTOS, J. C. **Direito Penal** – Parte Geral. 2010, p. 18.

<sup>35</sup> LEAL, R. P. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. 2013, p.3.

Com efeito, no fundo, a noção de ‘bem jurídico’ exerce uma função retórica no ordenamento jurídico, podendo ser bem explorada pelos atores, desfazendo, portanto, a prometida ‘segurança jurídica’ hipotecada pelo ‘Princípio da Legalidade’. No raciocínio empreendido, a modificação do *significante* ‘bem jurídico’ tutelado altera o resultado, movimentando-se astutamente no meio da dogmática jurídica.<sup>36</sup>

O bem jurídico orienta, portanto, tanto o legislador, ditando-lhe os limites para a elaboração de leis penais, quanto o julgador, que deverá, a partir da construção dialética da decisão no procedimento em contraditório<sup>37</sup>, decidir sobre a constitucionalidade ou não do tipo penal à luz dos direitos fundamentais relacionados na constituição federal.

#### 4. BEM JURÍDICO NO CRIME DE MOEDA FALSA E SUA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Sob a epígrafe **dos crimes contra a fé pública**, o título X do Código Penal declina, entre os artigos 289 e 311-A, diversos tipos penais, subdivididos em cinco capítulos, na seguinte ordem: **da moeda falsa, da falsidade de títulos e outros papéis públicos, da falsidade documental, de outras falsidades e das fraudes em certames de interesse público.**

Historicamente, é possível remontar esta categoria de delitos aos códigos do século XIX, tais como, segundo lembra Bitencourt<sup>38</sup>, o código bávaro de 1813, código penal alemão de 1870 e, na Itália, os códigos Zanardelli (1889) e Rocco (1930). No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) seguiu o modelo francês, de acordo com o qual não se empregou uma classificação sistemática dos delitos. O Código Penal Republicano (1890) previu os crimes contra a fé pública, no bojo dos quais se inseriram o falso testemunho e a denúncia caluniosa.

Em todas as modalidades delitivas, a fé pública é colocada no centro de proteção da nor-

<sup>36</sup> ROSA, A. M. da. **Decisão Penal: A bricolagem de significantes**. 2006, p. 305.

<sup>37</sup> Para Fazzalari, “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades”. FAZZALARI, E. **Instituições de direito processual**. 2006, p. 118.

<sup>38</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial**. 2011, p.387.

ma penal. De acordo com o tipo penal focalizado, há especialização do bem jurídico, ora se direcionando à confiança que deve existir na moeda circulante no País (moeda falsa), ora recaindo na crença que se deve depositar na autenticidade de documentos públicos e particulares, certidões e atestados, selos ou peça filatélica.

O conteúdo da **fé pública** é extremamente abstrato e destituído de concretude, havendo quem negue a ela a qualidade de bem juridicamente passível de proteção jurídico-penal.

Luiz Regis Prado recorda que:

A concepção de **fé pública** não é pacífica, havendo notícia na doutrina de forte oposição ao seu próprio reconhecimento como um bem jurídico individualizado, dada sua vacuidade e abstração. Por isso, criticaram sua adoção, dentre outros, Binding, Gerland e Litz, na Alemanha, e Gabba, Carmignani, De Marsico e Lombardi, na Itália; entretanto, doutrinadores há que louvam a classificação de certas infrações penais sob a rubrica **crimes contra a fé pública**, iniciativa que se atribui a Filangieri, durante a primeira metade do século XIX.<sup>39</sup>

A despeito de sua imprecisão semântica, a dogmática penal brasileira se esforça em traçar os contornos da compreensão jurídica de fé pública. Em geral, associa-se a tutela da fé pública como objeto precípua do tipo penal, não se excluindo a proteção secundária de outros interesses. Passa-se, em breve revista, a algumas conceituações de penalistas tupiniquins. Damásio de Jesus ensina:

O homem, por exigência prática e jurídica, diante da multiplicidade das relações sociais, elevou à categoria de imperativo de convivência a necessidade da crença na legitimidade e autenticidade dos documentos. Haveria obstáculo ao progresso se, a todo momento, em face de uma transação ou demonstração de um fato, surgisse a obrigação de provar-se a veracidade de um documento. Daí a aceitação geral de que os documentos, até prova em contrário, são autênticos. A isso, sob o aspecto objetivo e o subjetivo, dá-se o nome de fé pública. Objetivamente, indica a autenticidade documental; subjetivamente, aponta a confiança *a priori* que os cidadãos depositam na legitimidade dos sinais, documentos, objetos etc., aos quais o Estado, por intermédio da legislação pública ou privada, atribui valor probatório.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 3: parte especial. 2013, p. 277.

<sup>40</sup> JESUS, D. de. **Direito Penal, 4º volume**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 2012.

Magalhães Noronha ressalta que:

A fé pública é uma realidade e é um interesse que a lei deve proteger. Sem ela seria impossível a vida em sociedade. Fruto da civilização e do progresso – pois seria incompreensível ou inútil nas sociedades primitivas – hoje constitui um bem do qual a vida comunitária não pode absolutamente prescindir. Com efeito, o homem tem necessidade de acreditar na veracidade ou genuinidade de certos atos, documentos, sinais, símbolos, etc., empregados na multiplicidade das relações diárias, em que intervém. A atividade civil, o **mundo dos negócios** etc., carecem deles e daí a natural crença ou confiança de **todos** em que eles atestam ou provam a veracidade das relações jurídicas e sociais. Não se trata de bem particular ou privado. Ainda que, no caso, haja ofensa real ou perigo de lesão ao interesse de uma pessoa, é ofendida a fé pública, isto é, a crença ou convicção geral na genuinidade e valor dos documentos, atos etc., prescritos ou usuais para aquelas relações.<sup>41</sup>

Por fim, Paulo José da Costa Jr. esclarece que:

No âmago dos crimes contra a fé pública acha-se a falsidade. A dificuldade principia pelo conceito de *falsum*, que só pode ser negativo: falso é aquilo que não é verdadeiro. Em algumas hipóteses, o falso configura a antítese do genuíno. Assim, a moeda é falsa quando cunhada por uma entidade não autorizada, que procurará fabricá-la como se fosse verdadeira (*imitativo veritatis*). Ou então quando tenha ela sofrido alterações não permitidas (*immutatio veri*). Sustenta-se ser a fé pública a confiança que a sociedade deposita nos objetos, sinais e formas exteriores (moedas, emblemas, documentos), aos quais o Estado atribui um valor probatório qualquer.<sup>42</sup>

Gunther Jakobs noticia que os casos de falsificação de moeda e de testamento foram as únicas hipóteses de *falsum* tratadas na *lex cornelia de falsis*. Acerca do bem tutelado por essa classe delitiva, lembra que a doutrina mais remota considerava a modificação da verdade como o resultado do delito, dispensando-se um novo dano. De outro lado, a nova doutrina

<sup>41</sup> NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 2003, p. 100

<sup>42</sup> COSTA JR., P. J. da. **Curso de direito penal**. 2008, pp. 730-731.

diferencia e divide, em geral, entre uma lesão à fé pública que, per si, era suficiente como resultado do delito e uma lesão fraudulenta de determinados direitos posteriores.<sup>43</sup>

Jakobs questiona se bastaria ofensa à fé pública (*publica fides*) ou se haveria a necessidade de violação de direitos de uma pessoa individual, problemática que está diretamente relacionada à teoria personalista do bem jurídico. Diante desta questão, ele se posiciona no sentido de que “estamos ante uma lesão de direitos do Estado por quanto todo delito se dirige contra a validade das normas estatais.”<sup>44</sup> Ainda, afirma que estes crimes são danosos principalmente não por que afetam apenas um bem individual, senão por que atentam a confiança geral nas normas.

Esta visão funcionalista sistêmica não é a que melhor se coaduna aos escopos neoconstitucionalistas abraçados no projeto democrático de 1988.

Encampada a teoria constitucionalista do bem jurídico, importa, neste passo, analisar se a fé pública foi eleita pelo constituinte como bem jurídico digno de envergadura constitucional.

A crença incondicional na moeda, documentos, atestados, selos e certidões públicos é condição para que haja segurança nas relações jurídicas entabuladas pelos cidadãos. A segurança jurídica que é trazida por estes instrumentos é decorrência do direito fundamental consagrado na cabeça do art. 5º da Constituição Republicana, que garante aos brasileiros e estrangeiros o direito, dentre outros, à segurança.

Não bastasse isso, o constituinte foi enfático ao direcionar aos entes federativos a proibição expressa de recusar fé aos documentos públicos (art. 19). União, Estados, Municípios e Distrito Federal estão normativamente vinculados a prestar fé aos documentos oriundos de cada esfera administrativa.

Assentada na constituição, a fé pública reclama uma interpretação constitucionalmente adequada, uma vez que não escapa ao crivo da tipicidade material e à sua função redutora. Para isto, é premente uma abordagem personalista deste bem jurídico, negando-se a intervenção penal quando não atingir direitos concernentes à pessoa humana.

Isto é imperioso especialmente quando se tem à mão vasto catálogo de precedentes judiciais a indicar que, quando se está diante da **fé pública**, estar-se-ia defronte a um campo de força contrário à incidência do princípio da insignificância.

---

<sup>43</sup> JAKOBS, G. **Falsedad documental**. Revision de un delito de engano. 2011, p. 32.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 38.

Com efeito, verifica-se na jurisprudência pátria uma verdadeira procissão de fé no tocante à observância acrítica do entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a fé pública, especialmente no **delito de moeda falsa**.

O argumento prevalente aduz que o bem jurídico tutelado pelo Título X da Parte Especial do Código Penal é supra-individual, não sendo passível de quantificação valorativa. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTES QUE INTRODUZIRAM EM CIRCULAÇÃO DUAS NOTAS FALSAS DE CINQUENTA REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM FUNÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA, QUE, NO CASO, É A FÉ PÚBLICA, DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. REPRIMENDA QUE NÃO DESBORDOU OS LINDES DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - Mostra-se incabível, na espécie, a aplicação do princípio da insignificância, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. Precedentes. II - Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco para a imposição da reprimenda. III - Os limites da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo TRF da 1ª Região, que, além de fixar a reprimenda em seu patamar mínimo, substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos. IV - Habeas corpus denegado.<sup>45</sup>

Fazendo coro à jurisprudência predominante do Pretório Excelso, o Superior Tribunal de Justiça também afasta o princípio da insignificância. Veja-se, nesta linha, o Recurso Especial 1251681:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de moeda falsa, uma vez

---

<sup>45</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 112708/MA.

que se trata de crime contra a fé pública. Precedentes.

II. Independentemente do fato de o paciente ter sido apreendido com apenas uma nota supostamente falsa - e sendo falsa, o valor impresso tem importância reduzida - o delito é relevante devido à natureza do bem jurídico tutelado.

III. Irresignação que deve ser acolhida para determinar o recebimento da denúncia oferecida contra o recorrido, bem como o prosseguimento da ação penal.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do relator.<sup>46</sup>

Os precedentes citados lançam o argumento de que o princípio da insignificância não incide no crime de moeda falsa por ter, como bem jurídico tutelado, a fé pública. Com isso há uma imunização da fé pública à incidência da função redutora da tipicidade material, dogmatizando o pensamento jurídico-penal.

Há verdadeira ideologização do saber penal. O afastamento do crime de moeda falsa do controle de constitucionalidade material, através do cotejo com os postulados do sistema garantista e com o princípio da ofensividade, gera a irracionalização do poder punitivo no processo, impedindo-se a imprescindível filtragem da tipicidade material.

A **fé pública**, uma vez blindada à crítica redutora da tipicidade material, acaba servindo de recurso retórico para se proteger o próprio prestígio do Estado, caindo, assim, na nefasta legislação simbólica, a respeito da qual Zaffaroni observa que:

A legislação penal simbólica cumpre ou pretende cumprir uma função diferente daquela referida ao objeto que menciona: constatada sua função meramente simbólica, o bem jurídico manifesto torna-se um personagem secundário, enquanto o bem jurídico latente ou real **é o prestígio do Estado como provedor de soluções para conflitos** ou ainda, mais especificamente, a **capacidade do poder punitivo de prevenir e solucionar conflitos**. Ineficaz para preservar ou restaurar o bem jurídico manifesto, a lei penal simbólica tem por único objetivo **salvar a imagem pública da capacidade resolutive do Estado**.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1251681/MG.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro, segundo volume**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2010, pp. 222-223.

Não há tipicidade sem ofensa, mediante dano ou perigo concreto, ao bem jurídico, expressão direta do princípio da lesividade. A imunização empreendida pela jurisprudência perde de vista que a **fé pública** é bem jurídico intermediário, cujo conteúdo lesivo depende da exposição a perigo de outros bens jurídicos.<sup>48</sup>

A expansão do direito penal para abranger bens jurídicos supra individuais, como se dá nos delitos contra a fé pública, depende de que sejam efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto, salvaguardando-se todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia, consoante preleciona Jesús-María Silva Sánchez.<sup>49</sup>

Em diversas hipóteses, tais como a mera guarda da moeda falsa, sem a exposição de um bem jurídico individualizável, exigência da teoria personalista, a criminalização do perigo abstrato acarreta inadmissível tipicidade sem lesividade.

A criação de tipos de perigo abstrato não se coaduna à constituição por não disporem de ofensividade. Assim é que, consoante afirma Zaffaroni:

A análise dos tipos penais no ordenamento vigente, por imperativo constitucional, deve partir da premissa de que existem apenas **crimes de dano (ou de lesão) e de perigo, e nesses últimos sempre deve ter ocorrido uma situação de risco de lesão no mundo real.**<sup>50</sup>

E, quando há lesão a bem jurídico para além da fé pública, a exemplo do patrimônio de terceiro, usualmente o delito meio (*falsum*) é consumido pelo crime fim (estelionato), na esteira o entendimento consolidado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar que o bem intermediário, no mais das vezes, perde-se na ambiência da tipicidade do bem que efetivamente lesiona uma pessoa.

---

<sup>48</sup> *Idem*, p. 225.

<sup>49</sup> SÁNCHEZ, J.M.S. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2002, p. 147.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 224.

## 5. O DESVIRTUAMENTO DO PODER PUNITIVO: A GESTÃO PENAL DA POBREZA E A SELETIVIDADE DO DELITO DE MOEDA FALSA

É lugar comum a compreensão de que a prisão, cuja falência já foi amplamente cogitada<sup>51</sup>, é reservada aos estratos economicamente desprivilegiados da sociedade. Não se demanda esforço para se alcançar esta constatação. A população carcerária, extrapolada e inflada, é amplamente composta por negros e pobres, que é facilmente captada pela cifra negra seletiva do aparato policial.

Ferrajoli já assinalou, a este respeito, que o cárcere é uma instituição antiliberal, desigual, atípica, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflictiva. Além da aflição corporal, a prisão impõe uma aflição psicológica (solidão, isolamento, sujeição disciplinária, perda da sociabilidade e afetividade). Assim é que “tanto os sofrimentos físicos quanto os psíquicos subtraem à pena de prisão seus caracteres de igualdade, de legalidade e de jurisdicionalidade.”<sup>52</sup>

Wacquant<sup>53</sup> contribui para o debate com sua crítica à utilização do direito penal como forma de gestão estatal da pobreza. Aponta-se que a promessa do *Welfare state*, de um Estado que garanta direitos sociais e o bem estar de sua população, é diuturnamente abandonada por uma fria política neoliberal que, no lugar do braço assistencial, vale-se do Direito Penal para gerenciar os excluídos economicamente. Trata-se do fenômeno da penalização:

A penalização serve aqui como uma **técnica para a invisibilização dos ‘problemas’ sociais** que o Estado, enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar de forma profunda, e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado.<sup>54</sup>

No crime de moda falsa, a clientela do sistema é, em sua maioria, pessoas com pouca disponibilidade financeira. Devido à alta pena mínima estatuída ao tipo (três anos), abre-se à estrutura policial incriminadora a possibilidade de efetuar inúmeras prisões em flagrante que, muitas das vezes, constata-se ao final do processo ter se tratado de flagrante forjado.

<sup>51</sup> BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**. 2001.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2006, p.379.

<sup>53</sup> WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. 2003.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 21.

São recorrentes, no âmbito da Justiça Federal, casos de delitos de moeda falsa cometidos por pessoas em situação econômica desvantajosa, que acabam por aportar na Defensoria Pública da União para prestar a assistência jurídica integral e gratuita.

O delito de moeda falsa é o que, dentre os crimes contra a fé pública, mais aparta os seguimentos sociais, pois, enquanto um patrimonializado, ao ser flagrado repassando uma nota contrafeita, facilmente poderia alegar o desconhecimento da falsidade, situação que o excluiria da captura policial, um marginalizado, já acostumado a cair na malha repressiva estatal, igual sorte não o aguardaria, migrando contra ele todo tipo de presunção de dolo *contra legem*.

Ocorre, aqui, a função seletiva do poder punitivo estatal. Zaffaroni escreve que “as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.”<sup>55</sup> Estas “obras toscas” de que fala Zaffaroni são diuturnamente estampadas nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal que, apegados à reprodução acrítica da jurisprudência dominante, submetem à persecução criminal quem “comprou um refrigerante com uma nota falsa de R\$10,00”, situações que, se não fossem trágicas, por afetarem diretamente a dignidade e a liberdade do ser humano, seriam hilárias.

O crime de moeda falsa abre campo para que a criminalização secundária de que fala Zaffaroni<sup>56</sup> possa selecionar as pessoas que estejam em estado de vulnerabilidade frente ao poder punitivo, conforme se encaixem no estereótipo de criminoso, sendo que estará mais vulnerável quem mais se aproximar do modelo de delinquente.

Neste sentido, pode-se aderir à ideia de que:

Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipo, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evita-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadrar em um estereótipo, deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2003, p. 47.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, pp. 49-50.

## CONCLUSÃO

Com o objetivo de amarrar as ideias apresentadas em modelos argumentativos suscetíveis à crítica, pode-se delinear que o crime de moeda falsa, em uma interpretação constitucionalmente adequada à luz das teorias constitucionalista e personalista do bem jurídico, depende dos seguintes requisitos ou pressupostos para que tenha sua tipicidade material reconhecida.

Primeiramente, a fé pública, por si só, não justifica a intervenção do direito penal. Adotada a teoria personalista, impõe-se a afetação de um bem jurídico pertencente a uma pessoa individualizada ou coletivamente agrupada, mas identificável em sua unidade, devendo a conduta causar dano ou perigo concreto de dano a outrem.

Ainda, a conduta deve dispor de lesividade suficiente para justificar a intervenção penal. Ações pouco agressivas fogem ao campo gravitacional do Direito Penal. Assim, nos delitos de moeda falsa, a apreensão de poucas moedas, correspondentes a valores pequenos, ou, ainda, que não tenham atingido bens jurídicos individuais, para além da fé pública, deve-se ter por materialmente atípica.

O delito de moeda falsa também reclama ampla submissão ao crivo da tipicidade material. Portanto, ele não é imune à função redutora dos princípios da ofensividade e da insignificância, dentre outros.

Não pode esgotar sua potencialidade lesiva no crime fim, quando praticado como meio necessário à consumação daquele.

Por último, o tipo do artigo 289 do Código Penal não pode ser arbitrariamente manejado pelos órgãos executivos policiais como método de seleção criminalizante pela vulnerabilidade do agente. Impõe-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública da União, aos advogados privados e ao próprio Judiciário atuar criticamente nos casos que envolvam o crime em comento, de modo a expurgar do ambiente jurídico as condutas de pequena relevância e baixa ofensividade.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS, A. P. de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico. N 15. Salvador: março de 2007.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva 2ª ed., 2001.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**: parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almeida, 2012.

\_\_\_\_\_. **Significado político-constitucional de direito penal**. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1251681/MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 14.10.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 112708/MA. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp). Acesso em 14.10.2015.

BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA JR., P. J. da. **Curso de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: bookseller, 2006.

FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, W. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

HASSEMER, W. **Bienes jurídicos en el Derecho Penal**. *In*: Estudios sobre justicia penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, G. **Falsedad documental**. Revision de un delito de engano. Madrid: Marcial Pons, 2011.

JESUS, D. de. **Direito Penal, 4º volume**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, R. P. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

NEIMAN, S. **O mal no pensamento moderno**: uma história alternativa da filosofia. Rio de Janeiro: Difel, 2003.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.4.

PRADO, L. R. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 3: parte especial. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, A. M. da. **Decisão Penal**: A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de

controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SÁNCHEZ, J-M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro, segundo volume**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª edição.

ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007.