

O DIREITO PENAL BRASILEIRO EM FACE DA MACRO E MICROCRIMINALIDADE

Luciano Sotero Santiago

Ementa: O Direito Penal Brasileiro apresenta duas características básicas: o distanciamento da realidade social e a defasagem em relação às modernas tendências político-criminais. Com isso, o que se tem é um direito inadequado, injusto e simbólico, que não consegue reprimir as novas formas de criminalidade, como também não se coaduna com os fins do Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal de 1988. Daí, a necessidade de reformulação em seus dogmas e mitos para que, deste modo, o direito pátrio seja mais humano, justo e igualitário.

*“Trabalhando o tempo todo com mitos construídos pela razão, e consagrados pela lei, embora desaconselhados pela práxis jurídica a cada dia o profissional do direito se aliena mais, transferindo toda sua responsabilidade para entidades abstratas e também mitológicas, como a ‘máquina’, o ‘sistema’, o ‘poder’, quando poderia – e pode em muito – contribuir para a realização de um direito cada vez mais justo, e menos legalista”.*¹

Sumário

1. Introdução. 2. Direito penal autoritário. 3. Direito penal democrático. 4. Bem jurídico constitucionalmente relevante. 5. Por um conceito material de delito. 6. Tendências político-criminais do direito penal moderno. 7. Princípios penais modernos. 8. Das várias criminalidades. 9. Distinção entre micro e macro criminalidade. 10. Sobre o conceito de microcriminalidade. 10.1. Tipos de microcriminalidade. 10.2. Características. 10.3. Efeitos. 11. Sobre o conceito de macrocriminalidade. 11.1. Caracte-

¹ CASTRO, Maria da Glória Luís da Silva. Mitos do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 51, p.76.

rísticas. 11.2. Efeitos. 12. Soluções para um tratamento adequado à microcriminalidade. 12.1. Descriminalização da microcriminalidade. 13. Soluções para um tratamento adequado à macrocriminalidade. 14. Direito de intervenção. 15. Conclusões. 16. Referência bibliográfica.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Brasileiro, pode-se afirmar, sofre de uma grave inadequação à realidade social. Para entendermos melhor esta crise é conveniente lembrar que os nossos diplomas legais criminais (Código Penal de 1940 e Código Processual Penal de 1941) foram elaborados para uma sociedade que se caracterizava por padrões éticos mais estáveis, por uma economia pré-industrial e por uma menor complexidade social. Em decorrência destes fatores o legislador, à época, valorou como juridicamente relevantes somente aqueles bens jurídicos tradicionais (o corpo, a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio das pessoas). Ressalte-se ainda que, ideologicamente, o país estava inserido numa linha autoritária, adotando o modelo italiano de legislação penal (Código Rocco) que atendia, em princípio, a um esquema centralizador do Estado. Era um direito penal autoritário cuja finalidade imediata era a de atender aos interesses do governo e não aos da sociedade.

A situação atual em muito diverge daquele contexto. A sociedade encontra-se, agora, com novos valores éticos (menos estáveis), uma economia industrializada e uma extrema complexidade social, que fizeram surgir um outro tipo de criminalidade: uma forma organizada de delinquir, que atinge bens jurídicos supra-individuais e encontra respaldo dentro do Estado. Ao contrário de 1940, temos hoje um país inserido num Estado Social e Democrático de Direito, que se caracteriza pela maior valorização da dignidade humana e proteção de valores sociais.

Com base em tais considerações podemos entender as razões desta crise do Direito Penal Brasileiro, pois tem-se um Código Penal e Processual Penal mais adequados para um Estado autoritário do que para um Estado Democrático; tutela-se bens jurídicos socialmente irrelevantes, enquanto outros tidos como mais importantes para a sociedade não encontram a tutela adequada; pune-se somente a pequena e média criminalidade, e não se consegue reprimir a grande.

Face às inúmeras contradições em que se encontra o Direito Penal Brasileiro, surge a necessidade de seu redimensionamento, objetivando a formulação de uma legislação penal mais humana, justa e democrática e que seja instrumento para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da sociedade brasileira.

2 DIREITO PENAL AUTORITÁRIO

Direito Penal Autoritário ou Direito Penal de Intervenção Máxima é caracterizado pelo seu caráter puramente repressor (pune-se por punir). Tendo sua política criminal inspirada no movimento da lei da ordem, este tipo de direito penal emprega uma acentuada ingerência na vida do cidadão, isso está evidenciado pela ampliação nas formas de combate à criminalidade (massificada), como se tal atitude fosse “a solução de todos os prolemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade”.

A intervenção máxima pode ser demonstrada na criminalização de fatos que, apesar de serem ético ou moralmente reprováveis não mereciam ser objeto de uma repressão penal (exemplo: adultério, casas de prostituição) ou quando se mantém a punição de condutas que a sociedade não considera mais como inaceitáveis no atual contexto social. (ex: mendicância, curandeirismo).

Outra característica importante é o fato de se criar uma falsa propaganda em torno da violência e da criminalidade, de sorte, “em desviar a atenção da opinião pública para a “delinquência” convencional, sobretudo a violenta, que é a “única” dizem, perigosa para a paz, segurança e prosperidade da nação”.²

Ocorrida a manipulação da população, conseguiu-se, então, um apoio e uma “legitimação” para políticas criminais mais rigorosas, cujo objetivo na realidade é encobrir as verdadeiras razões da criminalidade e os reais problemas socioeconômicos brasileiros, além de se conseguir prevenir e impedir com que possíveis reações sociais venham a alterar a ordem (?) atual.³ A respeito do assunto *Maria Lúcia Karan* entende que:

“Em tempos de crise econômica e social, cujos efeitos, naturalmente, se fazem sentir de forma muito mais grave em nossos países periféricos, o foco da criminalidade e a intensificação da repressão e do castigo se fazem especialmente necessárias não só para o conveniente desvio das atenções proporcionado pelas preocupações com o atrati-

2 GOMES, Luis Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 11, p. 167.

3 “As épocas de deterioração econômica e social costumam se caracterizar, ao contrário do que se imagina, não por aumento da criminalidade, mas pela intensificação da repressão” (MELOSSI, Dário. *El derecho como vocabulário de motivos: índices de carcelación y ciclo político económico*. Barcelona: PPU, 1987, p. 49).

vo fenômeno do crime, como para a prevenção de reações mais conscientes e transformadoras".⁴

Por fim, ressalte-se que os defensores do Direito Penal de Intervenção Máxima consideram que o conceito formal de crime é o suficiente, não se apurando o seu grau de ofensividade ao bem jurídico e a sua relevância social. Com isso, é objeto da mesma repressão jurídico-penal tanto um estelionatário que dá um golpe de vinte reais, como aquele que aplica um no valor de quinhentos mil reais, com uma simples diferenciação quantitativa nas penas, a ser observada na dosimetria, segundo os critérios subjetivos do julgador.

3 DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Com o advento do Estado Social e Democrático do Direito, que se caracteriza pela valorização da dignidade humana, pela busca de uma sociedade livre, justa e igualitária e pelo incremento dos princípios da legalidade e igualdade material, o Direito Penal deve se adequar aos novos valores e bens a serem tutelados.

Alberto Silva Franco sintetiza muito bem o que seria um Direito Penal Democrático:

"Um Estado Democrático de Direito não convive, por ser um Estado de Direito, com um poder punitivo estatal absoluto, desregrado, ou puramente persecutório, mas apenas com um poder punitivo submetido ao Direito, isto é, limitado pelo princípio da legalidade, nos seus aspectos de garantia criminal, penal, processual e de execução. Além disso, um Estado Democrático, não suporta um poder punitivo estatal que desrespeita a dignidade da pessoa humana, que não reconhece a cidadania, que despreza o pluralismo político ou que infringe o princípio da igualdade real entre os homens. Ora, num Estado Democrático de Direito, é, portanto, a Constituição o eixo, o ponto central que suporta todo o sistema punitivo. Tanto a tábua de direitos e liberdades fundamentais do cidadão, como os princípios que regem a vida política, econômica e social do país, reconhecidos na CF ou resultan-

4 KARAN, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9, p. 148.

tes de compromissos assumidos na ordem internacional, constituem a matéria prima de que o legislador ordinário, na seleção dos bens jurídicos, na descrição típica ou na cominação de penas, deve levar na devida conta".⁵

Este novo Direito Penal preocupado em atender aos interesses da sociedade e não aos do Estado (governo), tem como referência e fundamento para sua atuação vários princípios garantistas, dentre os quais, pode-se destacar: Princípio da legalidade ou da reserva legal, da Humanidade, da Intervenção Mínima, da Culpabilidade, da Proporcionalidade e da Idoneidade.

4 BEM JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

Toda norma jurídica que objetive restringir a liberdade humana deve ter como referência e limites a proteção a bens jurídicos constitucionalmente relevantes, pois, caso contrário, estar-se-ia proibindo por proibir, punindo por punir, numa acepção estritamente legalista que não se coaduna com os fins de um Direito Penal adequadamente adaptado à evolução social.

Um Direito Penal democrático, preocupado em assegurar os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade, só deve e pode intervir em relação às condutas humanas que constituem ataques graves e consistentes a bens jurídicos de relevância. Segundo observa *Carvalho* (1992) "a intervenção do Direito Penal na vida social deve, destarte, ficar reduzida ao mínimo possível".⁶ Com este mesmo pensamento *Francisco Muñoz Conde* afirma que:

"Se espera, de acordo com o princípio da intervenção mínima, que o legislador utilize o Direito Penal para proteger bens jurídicos verdadeiramente importantes e tipifique aqueles comportamentos verdadeiramente lesivos ou perigosos para esses bens jurídicos. Mas isto é um desideratum que nem sempre é cumprido. Daí a necessidade de ter sempre uma atitude crítica tanto frente aos bens jurídicos protegidos quanto à forma de protegê-los penalmente."⁷

5 FRANCO, Alberto Silva. Reforma da parte especial do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, p. 70.

6 CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

7 CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 51.

A esta altura, mister se faz que identifiquemos quais seriam os bens jurídicos constitucionalmente relevantes, ou seja, aqueles valores merecedores de uma tutela jurídico-penal. A tendência moderna e a Constituição Brasileira de 1988 aponta no sentido de conferir mais peso aos pertinentes à defesa da ordem econômica-social, cultural e ambiental (direitos de 2º geração), hierarquicamente superiores, como princípios constitucionais, aos clássicos crimes contra o patrimônio.⁸

Observamos, portanto, que a identificação dos bens jurídicos relevantes deve sempre ter como referência a Constituição, sendo que a ordem dos bens jurídicos a serem protegidos deve ter como parâmetros a própria ordem dos valores e princípios constitucionais. Cabe, assim, ao Judiciário e ao MP voltar suas atuações para a Macrocriminalidade, ainda que a legislação penal brasileira não tenha atentado para este fenômeno. Como solução para tal problema sugere o Ministro do STJ Ademir Maciel, uma nova visão exegética, ou seja, uma interpretação voltada para as linhas constitucionais:

“Nesses 200 anos de constitucionalismo, o Estado de direito, que tinha característica nitidamente liberal, individual, foi, aos poucos, ganhando contornos sociais. Hoje, nosso Estatuto Político oferece linha político-filosófica para o Legislativo na elaboração de leis e para o próprio Judiciário na interpretação. A preocupação da Constituição pendeu muito mais para a denominada ‘macrocriminalidade’, sem descuro, é evidente, da ‘microcriminalidade’, isto é, da criminalidade tradicional. Assim, a Constituição procura tutelar penalmente os denominados ‘direitos econômicos’, que guardam intimidade com a ordem econômico-social e financeira, pois um dos objetivos da nossa República Federativa é ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). Ora, se assim é, hoje não se permite mais interpretar alguns dispositivos dos Códigos Penal e de Processo Penal como se fazia há mais de cinquenta anos. Tais Códigos, para que sejam eficazes e não se estiolem, têm de ser interpretados à luz dos princípios constitucionais de hoje. Desse modo, o art. 41 do CPP, feito sobretudo para o criminoso individual, não pode servir de motivo para anular processo ou para

⁸ Quando se afirma que os bens jurídicos referentes à proteção da ordem econômico-social, cultural e ambiental são hierarquicamente superiores aos bens jurídicos que tutelam o patrimônio, não se está a dizer que tais bens sejam irrelevantes. O que se pretende é chamar atenção para uma nova criminalidade, a qual é diferente da clássica, pois ao invés de atingir um sujeito passivo individualizado e determinado, esta, ao revés, ofende interesses cujo principal titular é a coletividade (vitimização difusa). Como exemplo: crimes nas relações de consumo.

o trancamento de ações penais envolvendo o ‘crime organizado’, as ‘grandes empresas’ etc. Aos poucos, a jurisprudência (STF e STJ), como mostram as ementas abaixo, se tornou menos rigorosa na exegese do art. 41 do CPP, sobretudo quando se trata do denominado ‘crime societário’, onde multifárias são as atividades delituosas, que se desenrolam no recôndito de organizações criminosas.” (Agravado de Instrumento n. 72368-2-RJ – DJU 12/9/95, p. 29149).

O Ilustre Ministro *Adhemar Maciel*, em outra oportunidade reiterou que:

“O ordenamento jurídico pátrio, mormente com o advento da Carta de 88, tem dado prioridade ao combate da ‘macrocriminalidade’, seguindo uma linha político-filosófica de contornos sociais. Neste passo, cumpre ao Judiciário, em respeito ao espírito da Lei Maior, promover uma nova exegese das normas penais. Nesta dinâmica, impõe-se dar prioridade à visão social, em contraste com a interpretação individualizada, liberal. A regra se aplica à norma do art. 41 do diploma legal, elaborada sobretudo para o criminoso individual. Destarte, contemporaneamente se tem admitido sua interpretação menos rigorosa. É neste sentido que tem decidido nossos pretórios, liderados principalmente pelo STF e STJ, em permanente sintonia com o ideal constitucional de 88.” (Agravado de Instrumento n. 72.493-0 – RJ – DJU 12/9/95, p. 29151)

Dessarte, concluímos que um Direito Penal fundamentado na Constituição e que vise à tutela de seus princípios e valores deixa de ser uma manifestação de poder a serviço da conservação social, para transformar-se em instrumento para o progresso da sociedade.

5 POR UM CONCEITO MATERIAL DE DELITO

No Direito Penal Democrático, o conceito formal de delito (adequação de um fato ao tipo legal) não é o suficiente para a sua caracterização. A idéia a ser desenvolvida é o conceito material de crime como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. O conceito material de delito serve como um limite material ao poder punitivo estatal, pois somente deverão ser punidos os delitos que causem danos significativos ao bem jurídico e que sejam socialmente reprováveis.

A doutrina italiana moderna vai um pouco além, somente admitindo a caracterização da conduta delituosa quando os fatos lesivos atingirem valores constitucionalmente relevantes. *Franco Bricola* define o delito:

“Como um fato previsto de forma taxativa pela lei, de realização exclusiva do agente ou reconduzível ao mesmo através de uma atitude culpável (dolosa ou culposa), idônea para ofender um valor constitucionalmente significativo, ameaçado com uma pena proporcional também ao significado do valor tutelado, e estruturalmente caracterizado pelo teleologismo constitucionalmente atribuído à sanção penal”.⁹

Isso significa, em outras palavras que só haverá um delito se este for socialmente reprovável, causar um dano significativo e principalmente atingir valores constitucionais, ou seja, bens jurídicos que a Constituição considera como relevantes.

6 TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS DO DIREITO PENAL MODERNO

Como já foi dito anteriormente, nos últimos anos o direito penal está em busca de redimensionamento, depois de passar por um período autoritário, repressivo, de extrema intervenção na vida do cidadão e com uma visão unitária da criminalidade. A ciência penal percebeu que tal posicionamento era inadequado, pois as políticas criminais duras (movimento da lei e da ordem) não se revelaram suficientes para conter a criminalidade.

Por sua vez, o fenômeno do crime, também modificado, deixou de ser um ato isolado, esporádico e individual – criminalidade tradicional ou clássica – e assumiu um caráter sistemático, organizado, coletivo e impessoal – criminalidade moderna. Esta nova criminalidade se caracteriza por sua diversificação – crimes ecológicos, financeiro-econômicos, crimes organizados – e por seu caráter difuso, já que a vítima deixa de ser individual e determinada, e passa a ser coletiva e indeterminada.

Percebendo que o direito penal estava ficando distante da realidade, pois as respostas jurídicas eram simbólicas, assim como as soluções eram

9 BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, 1957, p. 92. No original... “*possiamo definire il reato come un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso e colposo), idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale e, infine, intollerante rispetto ad ogni articolazione probatoria che faccia in qualche modo ricadere sull'imputato l'onere della prova (o il rischio della mancata allegazione) di elementi d'ordine positivo che ne caratterizzano la struttura*”.

inadequadas, artificiais e muitas vezes ilegais, surgiram dois movimentos que se denominaram “Movimento da Nova Defesa Social e Movimento Internacional de Reforma do Direito Penal”.

O *Movimento da Nova Defesa Social* dá grande atenção à vitimização, procurando dar tratamento diferenciado à criminalidade, descriminalizando os ilícitos de pequena monta, criminalizando as novas e graves infrações à economia e delitos contra os demais direitos difusos, bem como a criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção). Repudia a pena de morte e o uso indiscriminado das penas privativas de liberdade e da prisão preventiva. Tem caráter preventivo e protetor da dignidade humana.

O *Movimento Internacional de Reforma do Direito Penal* tenta promover uma descriminalização, ou seja, conversão de certos feitos puníveis à meras infrações administrativas, castigadas com multas. Privilegia o princípio da oportunidade, segundo o qual o Ministério Público pode deixar de promover a ação penal em alguns casos. Sustenta a importância do adiamento da decisão sobre a imposição da pena, objetivando desta forma criar uma maior oportunidade de reparação do dano causado pelo delito e proporcionando maior benefício ao réu na forma de indenização à vítima. Mas em relação à criminalidade grave, devido à necessidade de manutenção de prevenção geral, sustenta não haver como deixar de aplicar as penas privativas de liberdade.

Para Zaffaroni, segundo Gomes (1993) as modernas tendências são:

“a) descriminalização: é a renúncia formal (jurídica) de acionar um conflito penal; b) despenalização: é o ato de retirar ou suavizar a pena de um delito sem discriminalizá-lo(*sic*), onde entra toda a possível aplicação das alternativas penas privativas de liberdade (arresto de fim de semana, prestação de trabalho de utilidade pública, multa reparatória, semidetenção,...) inabilitações); c) diversificação: é a possibilidade legal de que o processo penal se suspenda em certo momento e que a solução do conflito se produza em forma não punitiva.”

7 PRINCÍPIOS PENAIIS MODERNOS

Com o redimensionamento de sua sistemática, o direito penal passou a ter como referência os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, humanidade, proporcionalidade, idoneidade, oportunidade e intervenção mínima, adequação social e da insignificância penal.

Pelo princípio da *fragmentariedade*, o direito penal só pode intervir nas ofensas intoleráveis praticadas contra bens fundamentais, único caso

que justifica a imposição da medida extrema da pena e seus maléficis efeitos. Pela *subsidiariedade*, considera-se que a norma penal exerce uma função meramente suplementar de proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do direito não mais se mostram eficazes na defesa dos bens jurídicos, daí o Direito Penal ser a *ultima ratio* de defesa social.

O princípio da *humanidade* está assegurado pela Constituição Federal de 1988 que ao assegurar o valor da dignidade humana acaba por exercer um controle no poder punitivo estatal, evitando deste modo, “a aplicação de ‘penas cruéis’ e, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dissociação dos condenados.”

Por seu turno, o princípio da *idoneidade* impõe que o legislador só criminalize determinado comportamento após certificar-se, através de investigações empíricas, de sua utilidade e eficácia para o alcance da proteção que objetiva. Nas alterações legislativas, com vistas ao aumento de pena ou ao rigorismo maior de repressão penal, importante proceder a uma verificação a respeito dos efeitos concretos destas medidas, em face dos custos sociais que poderão representar.

No que se refere ao princípio de *proporcionalidade* este é aplicado em relação à pena, que deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexistir essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressivo, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção.

O princípio da *intervenção mínima*, um dos mais importantes, constitui, como observa Tavares “um princípio de ordem política, que vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos”.¹⁰ A finalidade deste princípio é reduzir o campo de intervenção do direito penal. “É óbvio que o direito penal deve ser reservado a atuar exclusivamente nos casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. Os recursos de que dispõe devem ser endereçados às tarefas de prevenção e de repressão da criminalidade mais grave”.¹¹

10 TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1992.

11 FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 68-78.

O princípio da *oportunidade* caracteriza-se como uma exceção aos princípios de obrigatoriedade e de indisponibilidade da ação penal pública, pois poderá o órgão do MP não oferecer a denúncia ou desistir da ação penal quando for o caso de crimes de pouca reprovabilidade social ou de leve culpabilidade ou na falta de interesse público na persecução.

O princípio da *adequação social* foi elaborado por H. Welzel, para quem uma conduta somente deveria ser punida penalmente, se esta, além de ser formalmente típica, causasse reprovação social. Daí, utilizando-se este princípio estariam excluídas da esfera de incidência do tipo penal as condutas que, embora formalmente típicas, não mais forem objeto de reprovação social. Como exemplos teríamos casas de prostituição, crime de adultério, jogo do bicho, mendicância e a maioria das contravenções penais. Não se pune aquilo que a sociedade aceita como comportamento normal ou tolerável.

O princípio da *insignificância penal* foi desenvolvido por Claus Roxin., permitindo que, na maioria dos tipos, se exclua da hipótese de condenação aqueles crimes que causarem danos de pouca importância. Este princípio, em sua forma absoluta, exclui a tipicidade pelo fato da lesão ser tão irrelevante a ponto de não ofender o bem jurídico tutelado. Em sua forma relativa, apesar de subsistir a tipicidade pelo fato de a lesão ter proporcionado um dano razoavelmente significativo, evita-se a persecução penal pelo fato desta trazer maiores prejuízos do que a própria lesão.

Para Wessels a insignificância relativa está “no fato que, embora em si não seja um delito de bagatela, é irrelevante quando comparado a outro perseguido pelo autor, ressaltando que “isso pode acontecer quando a propositura da ação penal possa trazer até maiores prejuízos ou desvantagens à República do que o arquivamento do processo”. Wessels¹² ou em outras palavras faz presumir o desinteresse do Estado em mobilizar toda uma complexa máquina judiciária para apurar uma possível culpabilidade do réu, o que levaria a um resultado desprezível do ponto de vista da repressão penal.

Como exemplos de casos que ensejam a aplicação do referido princípio temos: a) lesão corporal restrita a uma área inferior a um milímetro entre o dorso de dois dedos da mão; ao relatar o voto o Ministro Pedro Accioli proferiu que:

“A título meramente ilustrativo gostaríamos de observar que um tamanho menor de um milímetro corresponde a menos da metade da letra da máquina de escrever que ora redige esta petição. Esta comparação é feita com intuito exclusivo de poder se visualizar melhor o

12 WESSELS, Johannes. *Direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976, p. 11.

tamanho mencionado. Não há, portanto, como se negar a superficialidade da lesão, dado este que não se alterará com o curso ou não da ação penal” (HC 2919-6 DF Relator: *Pedro Accioli*, RSTJ 53-p.379);

b) crime de dano, no qual o réu cortou folhas da palmeira do pátio da prefeitura (HC. 59.191-PB, relator *Clóvis Ramalhe* STF-RTJ 100-p.157); c) furto de duas placas de metalão, por um catador de papel, cujo valor foi de R\$6,50 (Processo n.94.0015911-0 4ª Vara – Justiça Federal Seção Minas Gerais); d) furto de Caixinha de Ovos (TACRIM SP– Ac 262549-BMTA Crim SP – 10:8) Além de casos de porte ínfimo de drogas, apreensão de mercadorias estrangeiras sem a devida documentação legal, que superem um pouco a cota de isenção (descaminho).

Convém ressaltar que tal princípio não enseja a impunidade, mas apenas remete para outras áreas do direito aquele crime insignificante. Teríamos, assim, ilícitos fiscais, administrativos e civis, os quais sofreriam sanção de acordo com as referidas áreas. Por exemplo, nos crimes de descaminho, a solução adequada seria o perdimento das mercadorias (sanção fiscal).

8 DAS VÁRIAS CRIMINALIDADES

Uma das maiores preocupações das políticas penais modernas é com o fenômeno da criminalidade, uma vez que esta vem crescendo progressivamente nos últimos tempos, pois os métodos do direito penal clássico foram insuficientes no seu controle. Atualmente, a criminalidade não é considerada como algo uno e indivisível. Ao contrário, vem sendo abordada e tratada de forma diferenciada, observando-se o efetivo grau de sua potencialidade lesiva para a sociedade.

A doutrina ainda não tem uma conceituação uniforme para esta diferenciação. Para *Juary C. Silva* teríamos a macro e microcriminalidade; *Winfried Hassemer* emprega criminalidade moderna, criminalidade clássica ou massificada e *Luis Flávio Gomes* utiliza criminalidade de bagatela e criminalidade de alta reprovabilidade.

Em nosso entendimento o fenômeno do crime pode ser classificado da seguinte forma:¹³

13 Cumpre-nos observar que o nosso estudo, devido a limitação do tema, somente analisará a microcriminalidade em sentido estrito e a macrocriminalidade, deixando para um outro trabalho o exame de microcriminalidade em sentido amplo. Assim, quando nos referirmos a microcriminalidade, estaremos tratando da classificada em sentido estrito.

a) microcriminalidade em sentido estrito são aqueles crimes que atingem interesses jurídicos tangíveis, relacionados a um indivíduo e a um fato, cujas lesões são detectáveis e que possuem escassa ou nenhuma relevância social (a maioria das contravenções penais e alguns crimes cuja pena mínima seja de um ano);

b) microcriminalidade em sentido amplo ou criminalidade propriamente dita são aqueles crimes que atingem a bens jurídicos tangíveis (vida, patrimônio, liberdade pessoal), relacionados a um indivíduo e a um fato, cujas lesões são perceptíveis, e que apresentam relevância social (homicídio, extorsão mediante sequestro).

c) macrocriminalidade é aquele que se caracteriza por atingir bens jurídicos intangíveis, relacionados a um número indeterminado de pessoas (coletividade), cujas lesões além de serem quase imperceptíveis, possuem um potencial lesivo enorme, pois atingem a um número indeterminado de vítimas (vitimização difusa). Como exemplos desse tipo de criminalidade: crimes contra a Previdência Social, ambientais, fraudes financeiras.

A resposta jurídica adequada a uma infração deve ser justa e útil, e para que isto seja alcançado, devemos partir da obrigatória separação entre a grande e a pequena criminalidade, ou da de alta reprovabilidade e a de bagatela. As reações devem ser não somente quantitativa, mas também qualitativamente distintas, com instrumento e processos/procedimentos distintos.

9 DISTINÇÃO ENTRE MACRO E MICROCRIMINALIDADE

O Direito Penal Moderno, ao tratar do fenômeno da criminalidade, o faz considerando que dentro de uma sociedade existem formas diversas de crimes, sendo que alguns são de pouca reprovabilidade social e outros de alta reprovabilidade social.

Esta distinção começou a se fazer necessária a partir do momento em que o tratamento idêntico para micro e macro criminalidade não resultou em uma resposta adequada, justa e útil para a sociedade. Isso ficou evidenciado, à medida em que se constatou que a microcriminalidade é reprimida com rigor excessivo e a macrocriminalidade continua impune.¹⁴

14 “Estamos em que a macro e a microcriminalidade são fenômenos radicalmente diversos, a despeito de algumas figuras penais daquela se apresentarem com o mesmo *nomem juris* nos códigos e de serem combatidas pelo mesmo aparato estatal, consoante normas processuais idênticas em ambos os casos. Mas, numa hipótese o resultado é o mais das vezes a impunidade dos criminosos, ao passo que na criminalidade a regra é estatisticamente, portanto, é ambivalente, constituindo grave erro de método considerá-la apenas sob modalidade clássica, legalista, da microcriminalidade. A respeito veja-se o livro de SILVA, Juarez C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980, p. 26.

De fato, a política da repressão à criminalidade passou a ser apenas uma reação simbólica. Consciente da ineficácia de sua conduta, o legislador, sabendo tratar-se de uma política desonesta, procura demonstrar uma reação imediata à criminalidade, aumentando penas e acalmando ânimos.

Desmoraliza-se, assim, a justiça criminal e contribui-se para alimentar a idéia de impunidade que paira sobre ela. Isso porque o aumento do rigor repressivo penal em nada contribui para atacar as causas do problema da criminalidade, pois tal atitude somente atenua seus efeitos. É importante considerar que o aumento das penas só vai atingir quem vier a ser preso, processado e condenado, o que ocorre principalmente em relação à microcriminalidade – criminalidade tradicional. Quanto à macrocriminalidade, ela permanece imune a este sistema repressivo tradicional, pois dificilmente os grandes criminosos vão ser punidos, já que o direito penal autoritário não quer ou não pode alcançá-los.

Por outro lado, se considerarmos os efeitos danosos da macrocriminalidade, – tais como os advindos dos crimes econômico-financeiros – podemos perceber que estas ações fomentam, nas classes econômica e socialmente marginalizadas, reações de revolta. Vivendo em estado permanente de necessidade para obter o mínimo essencial para uma sobrevivência digna, este extrato social canaliza a sua insatisfação para o cometimento de outros crimes, como por exemplo os de dano, furto, roubo, além de atos perturbadores da ordem social como arrastões e saques a supermercados.

10 SOBRE O CONCEITO DE MICROCRIMINALIDADE

A microcriminalidade encontra diversas definições na doutrina: criminalidade de bagatela, pequena criminalidade e criminalidade massificada, caracterizando-se por crimes de escassa ou nenhuma relevância social.

Nela, o desvalor da ação ou do resultado é de pouca ou nenhuma reprovabilidade social, porque, ou a lesão ou o perigo de lesão não atingiu significativamente o bem jurídico tutelado, ou porque aquele bem jurídico, apesar de protegido pelo Direito Penal, não é mais tido como relevante para a sociedade.

No plano do Direito Positivo, a microcriminalidade foi tratada pela CF/88 em seu art. 98, inciso I, que usou a expressão infrações penais de menor potencial ofensivo, cujo significado foi dado pela Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, que em seu art. 61, define que: “consideram infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine, pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

10.1 Tipos de microcriminalidade

Com base nas características deste tipo de criminalidade podemos subdividi-la em dois tipos: a) criminalidade de bagatela, ou seja, aqueles crimes de escassa lesividade e reprovabilidade social (furto famélico, a maioria das contravenções); b) criminalidade insignificante, na qual os crimes produzem lesão ou perigo de lesão de caráter insignificante ao bem jurídico (ex: lesões corporais levíssimas, pequenos furtos, porte ínfimo de maconha).

10.2 Características

A pequena criminalidade se distingue das demais devido aos seguintes fatores: a) pouca reprovabilidade; b) pouco potencial ofensivo aos bens jurídicos; c) ofensa a bens jurídicos de pouca significância; d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e trânsito; e) caráter massificador, devido a sua grande ocorrência; f) escassa lesividade social; g) desnecessidade de pena privativa de liberdade, para efeitos intimidatórios ou preventivos..

10.3 Efeitos

Se aliarmos às características de um Direito Penal Autoritário puramente repressivo ao fato da pouca reprovabilidade social de pequena criminalidade, perceberemos que a punição a esta criminalidade acarreta mais malefícios do que benefícios para a sociedade. Sobrecarrega-se a Administração da Justiça, acarretando morosidade das decisões, criando-se uma idéia de impunidade uma vez que a maioria desses crimes, por possuírem penas pequenas acabam sendo atingidos pelos efeitos da prescrição, além do que não se consegue um efeito ou eficácia intimidatória. Além disso, observa-se que a criminalidade de alta reprovação social aproveita-se da sobrecarga da Justiça Criminal, para continuar impune.

11 SOBRE O CONCEITO DE MACROCRIMINALIDADE

A doutrina moderna ainda não encontrou uma exata definição terminológica para este novo tipo de criminalidade. Alguns autores a denominam de macrocriminalidade (*Juary C. Silva*), outros de criminalidade moderna (*Winfried Hassemmer*). Segundo *Juary C. Silva*:

“O que chamamos de macrocriminalidade é principalmente o crime organizado, à semelhança de empresas, que combinam pessoas, ca-

pitais e tecnologia para a consecução de determinados fins, sob a direção de um chefe, que se equipara a um empresário em sentido próprio. Aí, não se trata mais de crime episódico, contidos por atos isolados – ou eventualmente ligados –, porém de verdadeiras sociedades delinquentiais, tendo por base essencialmente a divisão de trabalho entre os seus integrantes, exatamente como se passa nas empresas econômicas legítimas”.¹⁵

Já *Winfried Hassemer* observa que:

“A criminalidade moderna transcende os direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas como falava o Direito Penal clássico, mas, a capacidade funcional do mercado de subsídios, por exemplo, no caso das fraudes ao subsídio; a saúde pública no caso dos produtos farmacêuticos, a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens jurídicos da criminalidade moderna e do Direito Penal moderno. São bens jurídicos supra-individuais, são universais e são vagos, muito vagos, muito genéricos.”¹⁵

11.1 Características

A macrocriminalidade em nada se assemelha à microcriminalidade. Principalmente por não fazer correr sangue. As “armas” utilizadas (caneças, papéis, assinaturas de contratos) e os danos desse tipo de criminalidade não são facilmente detectados: contratos, pagamentos, negociações. Revestindo-se de uma aparência de legalidade absoluta, utilizando-se de atividades legais que lhe asseguram cobertura tácita para os negócios ilícitos apresenta quatro características fundamentais: mutabilidade na forma de operar, internacionalidade, profissionalidade e divisão de trabalho. Os agentes são altamente qualificados, com formação superior, chegando a contar com a participação ou conivência de juizes, promotores, delegados, o que dificulta extremamente a instrução do procedimento, suas condutas criminosas são transnacionais, além de estarem em consonância com as mudanças dos mecanismos econômicos para dificultarem a identificação das operações ilícitas.

¹⁵ SILVA, Juary C. *Op. cit.*, p. 45-46.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, p. 45.

Este tipo de criminalidade, na maioria das vezes, atinge quase sempre um número indeterminado de vítimas; daí se tratar de uma criminalidade difusa.

Apresenta, ainda, uma forma extremamente organizada de agir – como se fosse uma grande empresa, na qual cada setor de produção seria responsável pela implementação de outros crimes (ex: tráfico de entorpecentes, sequestros, roubos a banco, jogos, sonegação fiscal, corrupção). Convém ressaltar que, quase sempre, estas sociedades criminosas utilizam-se da forma de pessoas jurídicas, para escaparem à repressão criminal, uma vez que ainda não se admite a responsabilidade penal destas.

Por fim, é uma criminalidade que se caracteriza pela utilização e pelo abuso de poder econômico e político (uso indevido de informações privilegiadas) para conseguir lucros desmedidos.

11.2 Efeitos

Os danos causados por ela são de grande repercussão social, pois ao atingirem a ordem econômica, social, ambiental, acabam, por conseguinte, ofendendo valores e princípios constitucionais voltados ao desenvolvimento da justiça social e econômica.

Envolve, ainda, poluição do meio ambiente; produção e distribuição de produtos inseguros, perigosos ou nocivos (especialmente drogas e alimentos); suborno e corrupção de funcionários públicos; fraudes ao consumidor; evasão de impostos; falências intencionais; fraudes contra previdência social; práticas monopolistas de restrição à produção e comercialização; violações aos padrões mínimos de saúde e segurança industrial, lavagem de dinheiro obtido ilicitamente, fraudes com transferências bancárias, dentre outros.

Esta criminalidade gera descrédito em relação ao Direito Penal, pois, frequentemente, ela não é punida. Dois fatores contribuem para tal fato:

a) o fato de ocorrer com a conivência do Estado;

b) e por estar inserida no próprio Estado (corrupção da Legislatura, Magistratura e Ministério Público).

A razão da impunidade está também na ineficácia e desatualização das leis penais e processuais, que foram elaboradas para atingir somente a microcriminalidade.¹⁷ A respeito do assunto *Juary C. Silva* afirma que:

¹⁷ “Também contribui para a impunidade da macro-delinquência o fato de os Códigos Penais, sobretudo os do século passado, estarem inspirados em uma ideologia de proteção dos interesses econômicos da classe dominante.” (Gomes: 1995:167)

“é lícito afirmar que o nosso Direito Penal é prevalentemente microcriminal, porque desta natureza participa a quase totalidade da legislação penal brasileira, salvo raríssimas normas, contidas em leis avulsas, enquanto que as de caráter geral, que dão caráter sistêmico ao Direito Penal, são de ordem exclusivamente microcriminal [...] Pois bem, quem ler o Código Penal com olhos voltados para a dicotomia micro e macrocriminalidade positivar que em quase todos seus dispositivos este código pressupõe e atende a situações microcriminais. Num esboço perfunctório, destacamos como exemplo: a ausência de consideração da criminalidade praticada através de pessoas jurídicas; elenco de agravantes centrado quase que unicamente sobre os crimes de sangue ou violentos [...] sem preocupação com os crimes que implicam fraude; caráter público, da ação penal, como regra, o que burocratiza o exercício da jurisdição penal [...]; ora, a macrocriminalidade se conjuga amiúde com o exercício da função pública, e se para reprimi-la fosse de esperar a atuação de agentes do Poder Público, essa repressão tornar-se-ia problemática; a coleta da prova criminal também pressupõe o crime subdesenvolvido, pois à proporção que os criminosos tornam-se sofisticados e se organizam, diminui a chance de provar em juízo os crimes; e fragilidade das medidas assecuratórias [...] o que dificulta a constrição sobre o proveito obtido com o crime”.¹⁸

Por outro lado, os órgãos de repressão (Judiciário, MP e Polícia Judiciária) possuem formação adequada ao combate à criminalidade tradicional, não tendo, portanto, capacitação profissional para reprimir esta criminalidade moderna, que se caracteriza pela enorme tecnicidade no seu modo de atuar.

12 SOLUÇÕES PARA UM TRATAMENTO ADEQUADO À MICROCRIMINALIDADE

A doutrina européia, tentando dar um tratamento adequado à microcriminalidade, vem estabelecendo espaços de consenso, a fim de eliminar conflitos desnecessários e atender à finalidade do processo e da função ressocializadora da pena.

A idéia de “espaço de consenso” vem se desenvolvendo e se estabelecendo como um sistema imprescindível para garantir a possibilidade de transação entre vítima e agressor. Nesté sistema, cabe ao juiz mediar as partes para que estas decidam o modo e maneira como se darão as reparações e indenizações, com a possibilidade de se decidir e solucionar um

18 SILVA, Juay C. *Op. cit.*, p. 217-219.

conflito penal de modo mais justo, rápido e eficaz, com uma solução satisfatória para os dois lados: evita-se a penalização do réu e sua conseqüente estigmatização, e consegue-se atender ao interesse da vítima. Importante salientar que, no caso da pequena criminalidade, normalmente a vítima está muito mais interessada no ressarcimento do dano sofrido do que na privação de liberdade do réu. Consegue-se ainda, mediatamente, atender aos interesses da sociedade, uma vez que a composição consensual abre margem à ressocialização do réu.

O espaço de consenso não se limita apenas à transação. Na Itália utiliza-se o *pateggiamento* que seria a formulação de um pedido ao juiz, feito pelas partes, para que este imponha uma pena determinada, mediante a renúncia à produção de provas.

Na Alemanha, há “o processo por ordem penal”, no qual o órgão do MP requer ao juiz a emissão de uma sanção penal (nunca pena privativa de liberdade) para o réu. Após tal fase surge duas possibilidades para o encaminhamento do procedimento: ou o réu se submete a ordem penal; ou, segue-se o procedimento ordinário, com possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

Há ainda o arquivamento condicionado, que consiste em determinar ao réu o cumprimento de certas condutas ou injunções, tais como reparação de danos, pagamento de uma quantia em favor de alguma entidade, prestação de serviço à comunidade ou obrigação alimentar. Nessa hipótese, o arquivamento é provisório e aguarda-se o cumprimento das obrigações, geralmente reparatórias. Só depois de cumpridas é que se dá o arquivamento definitivo. O arquivamento provisório consegue não somente evitar um processo judicial, mas também a estigmatização e marginalização do réu, pois não há anotação alguma em seus registros criminais. Além de proporcionar satisfatório efeito reparatório para a vítima, consegue-se uma maior celeridade da justiça criminal.

Tal instituto, em muito, se assemelha ao da Suspensão Condicional do Processo, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro (Lei n. 9.099 de 26/9/95, art. 89).

Existe, ainda, na Alemanha, o arquivamento incondicional que pode ser estendido aos casos em que não se exige “a comprovação da culpabilidade do implicado nem tampouco cumprimento de nenhuma condição ou obrigação, pressupõe culpabilidade ínfima e não existência de interesse público na persecução.”¹⁹

19 GOMES, Luis Flávio. Tendências político-criminais quanto a criminalidade da bagatela. *Revista de Ciências Criminais*, p. 99.

Apesar de ter logrado boa aceitação no continente europeu, a solução consensual recebeu fortes críticas, no sentido de que somente os ricos teriam condições de ressarcir os danos e no fato de certos princípios constitucionais estarem sendo atingidos (presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, verdade material).

Respondendo a tais críticas, o penalista alemão *Gossel* citado por *Gomes*²⁰ afirma que “a possibilidade de o infrator prestar serviços à comunidade invalida grande parte do argumento de que só os ricos são favorecidos; de outro lado, acentua que as condições são “consentidas” voluntariamente pelo infrator”. Os direitos e garantias constitucionais do acusado somente sofrem uma limitação com o expreso consentimento deste, como alternativa ao tradicional processamento e a imposição de penas privativas de liberdade.

Nessa linha de raciocínio, assevera *Gomes* que:

“Punir com rapidez não significa a eliminação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa processada. É preciso compatibilizar o interesse da Justiça de punir rapidamente com os interesses básicos do acusado, como o devido processo legal, o direito de defesa, etc [...] Mas também é muito importante começarmos a nos habituar com a importância da vontade do acusado. Ele pode abrir mão dos direitos e garantias fundamentais quando as regras processuais lhe ofereçam algo alternativo em lugar da clássica pena de prisão.”²¹

12.1 Descriminalização da microcriminalidade

Há uma necessidade imperiosa que se proceda à criteriosa seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal moderno. Os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade, reforçam a necessidade de uma política de descriminalização. Deve-se promover a imediata exclusão de conflitos que possam ter soluções extra-penais, e somente poderá ser autorizada a intervenção nos casos de ofensas graves a bens jurídicos importantes. É preciso diminuir a esfera penal, “salvando” de suas soluções tudo aquilo que for possível.

A proposta de descriminalização é muito bem aceita pela doutrina moderna (leia-se *Raul Cervini* e *Eugênio Raul Zaffaroni* dentre outros), na medida em que se coaduna com os fins de um Direito Penal Democrático.

20 GOSSEL. *Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras*. Apud GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 99.

21 GOMES, Luis Flávio. *Op. cit.*, 1992, p. 319.

Para Louk Hulsman, descriminalização é: “o ato” e a atividade pelas quais um comportamento, em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções, é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz).²²

A descriminalização feita pelo legislador caracteriza-se por proporcionar uma maior segurança jurídica; contudo, como raramente ocorre este tipo de descriminalização, ou por não haver interesse ou por uma grande lentidão do legislativo, é o ato interpretativo do juiz que assume grande relevância na política de descriminalização de condutas.

Poder-se-ia afirmar que este tipo de descriminalização por via interpretativa é um tanto perigosa, pois não proporciona uma maior segurança jurídica; todavia esta assertiva é refutada, por existirem modernas técnicas de descriminalização que, ao serem elaboradas pela dogmática jurídico-moderna não se compadecem da falta de segurança jurídica.

Essas técnicas modernas servem como uma ferramenta para o juiz na busca de uma interpretação mais justa. Dentre elas destacamos a utilização de princípios já identificados neste trabalho: a) o princípio da adequação social; b) o princípio da insignificância penal; c) a concepção material do crime.

Importante ressaltar que já existem alguns julgados adotando tais entendimentos, como por exemplo o TRF/1ª Região:

Apelação Criminal n. 94.01.07892-0/MG.

Relator: O Exm. Sr. Juiz Tourinho Neto
Revisor: O Exm. Sr. Juiz Fernando Gonçalves
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. Humberto Agrícola Barbi
Apelado: Luiz Carlos dos Santos Júnior
Advogado: Dr. Almir Mauad Furtado

Ementa: Penal – Descaminho – Importação – Viagem a países vizinhos – Excesso de cota – Comércio sacoleiro de bugigangas – Princípio da insignificância – Princípio Welzeliano.

...2. A adequação social “leva a impunidade dos comportamentos normalmente admitidos ainda que formalmente realizem a letra de algum

22 HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, v. 9/10, p. 7.

tipo legal". O comércio *sacoleiro* de *bugigangas* não é visto pela sociedade como infração penal.

Acórdão: Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação. Brasília-DF, 05 de junho de 1995 (data do julgamento) DJ. 26/6/95, p. 40086.

Apelação Criminal n. 94.01.07760-6/MG.

Relator: A Exm. Juíza Eliana Calmon
 Apelante: Maria Madalena de Paula Rezende
 Advogado: Dr. Silvério dos Santos Rodrigues
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho

Ementa: Penal – Descaminho – Art. 334 *caput* – Delito bagatela.

1. A insignificância da lesão fiscal e o consentimento social e estatal quanto ao comércio dos chamados “sacoleiros”, ensejam ao Judiciário antecipar-se ao legislador, descriminalizando-o.

2. Recurso provido.

Acórdão: Decide a Turma dar provimento ao recurso, por maioria. 4ª Turma do TRF da 1ª Região – 5/6/95 (Data do julgamento) DJ. 29.06.95, p. 41467.

Recurso em *Habeas Corpus* n. 4311-3 RJ (95.0002448-9)

Relator: O Exm. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro
 Recorrente: Ivone Leite de Mendonça
 Recorrido: Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro
 Paciente: Ivone Leite de Mendonça
 Advogado: Dr. Aluizio S. Xavier

Ementa: RHC – Constitucional – Penal – Princípio da insignificância – *Habeas corpus* de ofício.

O *Habeas Corpus*, por seu procedimento, não comporta a investigação probatória. O fato deve projetar-se isento de dúvida. Concede-se, todavia, *Habeas Corpus* de ofício, caracterizada a pequenês do valor do furto. Princípio da insignificância. O resultado (sentido jurídico-penal) deve ser relevante, quanto ao dano, ou perigo ao bem juridicamente tutelado. De *minimis non curat Praetor*. Modernamente, ganha relevo – o princípio da insignificância. O delito (materialmente examinado) eviden-

cia resultado significativo. Deixa de sê-lo quando o evento é irrelevante. Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade, prefiro tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se subsume à descrição legal.

Habeas Corpus n. 95.01.12339-1/MG

Relator: O Exm. Sr. Juiz Souza Prudente
 Impetrantes: Leonardo Coelho do Amaral e Outro
 Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara/MG
 Paciente: Vanderlei Mendes Leite
 Advogados: Leonardo Coelho do Amaral e Outro

Ementa: Processo penal – *Habeas corpus* – Comerciante “camelô” de mercadoria estrangeira, em pequena monta – Princípio da insignificância, do estado de sobrevivência e do mínimo existencial – Excludente da ilicitude – Trancamento da ação penal.

I – Não caracteriza o crime de descaminho atos de mercancia do simples “camelô”, que adquire mercadorias estrangeiras, em pequena monta, no intuito de sobreviver com sua família, neste País, onde o salário mínimo ainda se constitui grave atentado à cidadania.

II – Nesse quadro social, ampara-se o paciente pelos princípios da insignificância, do estado de necessidade à sobrevivência e do mínimo existencial, a configurarem excludente da ilicitude de sua conduta, na hipótese dos autos.

III – Ordem de *Habeas Corpus* concedida, para trancamento da ação penal. (TRF/1ª Região, DJ 10/8/95, p. 50128)

“Não se justifica que alguém seja processado por ter imaginado subtrair objeto de tão insignificante valor. A defesa do patrimônio não pode extravasar os limites da relevância e invadir a esfera da superficialidade” – Apel. 261.877 – Relator Juiz *Nogueira Camargo* – *Julgados do TACRIM*, ed. *Lex*, vol. 73/334.

Ementa: Lesão corporal – Acidente de trânsito – Inexpressividade da lesão – Princípio da insignificância – Crime não configurado.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente oneradas (STF-RHC 66.869-1 2ª T. – J. 6.12.1988 – Rel. *Aldir Passarinho*.)

Ementa: Volume de maconha ínfimo, que não permite sequer a confecção de um “fininho”, o fato assume contornos de crime de bagatela (TJRS – AC 68048489 – Rel. *Nelson Luis Púperi* – RJTRS, 121:122).

13 SOLUÇÕES PARA UM TRATAMENTO ADEQUADO À MACROCRIMINALIDADE

Primeiramente, importa dizer que as políticas-criminais modernas em relação a esta criminalidade são bem distintas. Existe uma certa tendência de se querer aplicar, neste caso, o princípio de intervenção mínima e de soluções consensuais (por exemplo: transação).

Para este tipo de criminalidade recomenda-se um tratamento bem diverso ao que foi propugnado para a pequena criminalidade (intervenção mínima, ressocialização do agente, espaço de consenso), ou seja, haveria uma repressão mais forte, a qual se daria pelo agravamento das conseqüências penais para o autor da macrocriminalidade.

Consoante este pensamento, assevera *Evaristo de Moraes Filho* ser:

“uma curiosa coincidência que esse movimento de intervenção mínima tenha ganho incremento, exatamente na fase em que o Direito Penal está se democratizando, exatamente na fase em que o Direito Penal está deixando de alcançar tão-somente aqueles delinquentes etiquetados seletivamente, que constituem a clientela tradicional do sistema repressivo. Na hora em que o Direito Penal começa a se voltar contra uma outra clientela, a que pratica os crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, fala-se em descriminalização, despenalização, desjudicialização”.²³

Acreditamos que este tipo de criminalidade, por atingir bens jurídicos constitucionalmente relevantes, e por conseqüência, causar danos de alta repercussão social, deva ser tratada de modo rigoroso e eficaz, ensejando uma punição adequada, justa e útil.

Mas o que seria uma punição adequada, útil e justa? É sabido que a macrocriminalidade é fomentada por dois fatores: lucro fácil e impunidade. Das raras vezes em que os macrocriminosos sofrem condenação (pena de prisão), esta acaba sendo ineficaz para reprimir sua conduta. A uma, porque, dificilmente o infrator cumprirá sua pena integralmente, ficando pouco tem-

23 MORAES FILHO, Evaristo de. *Crimes contra a economia popular em direito penal dos negócios*. São Paulo: AASS, 1990, p. 110.

po preso; a duas, porque ao sair da prisão, este continua usufruindo do produto e das vantagens do crime. O que se tem, então, é uma punição simbólica, que em nada previne ou reprime, pois à medida em que não se evita o enriquecimento ilícito pela prática do crime, este continuará ocorrendo, já que constitui fonte certa para obtenção de lucros ou vantagens.

Por outro lado, não concordamos com a tese de que basta a reparação integral dos danos, não havendo razão para impor ou executar a pena de prisão. Contra-argumentamos pelo fato da macrocriminalidade, na maioria das vezes, se realizar com a conivência do Estado, ou se inserir no próprio através da associação de agentes estatais com empresários ou particulares para cometimento de delitos (por exemplo: crimes econômicos e contra a Administração Pública). Se houver somente a reparação, é possível que este dinheiro seja desviado ou seja objeto de corrupção, pois poderá ser repassado novamente para aquele infrator que havia transacionado anteriormente.

Portanto, defendemos que a melhor punição seria aquela rápida, certa e infalível: uma pena de pouca duração (ex: dois anos), mas toda cumprida em regime fechado, sem direito a nenhum benefício. Trata-se do sistema dos “3 S”, ou seja, o do Short, Sharp, Shock utilizado pela legislação dos E.U.A. que se caracteriza pela aplicação de uma pena de prisão intensa e curta, mas efetivamente cumprida).

Para *João Marcello de Araújo Júnior*²⁴ é necessário além de tais medidas: “um rigoroso sistema de interdição de direitos e outras medidas de natureza limitada, dentre as quais: perdimento de bens; caução; proibição de participação em concursos; suspensão de atividades; interdição do uso de cheque; do direito de participar de licitações ou de receber subsídios e subvenções, e outras do mesmo gênero.” Com este mesmo pensamento podemos citar: *Marc Ancel, Jescheck e Klaus Thiedemann*. Assim, já dizia *Beccaria*: “não é a crueldade das penas um dos mais grandes freios dos delitos, senão a infalibilidade delas [...] a certeza do castigo, ainda que moderado, [...] fará sempre maior impressão que o temor de outro mais terrível unido com a esperança de impunidade.”²⁵

Contudo, a pena de prisão somente não basta. É necessário aplicação de medidas que impeçam o enriquecimento ilícito (confisco e indisponibilidade de bens e pesadas sanções pecuniárias).

Destarte, a conjugação destas duas sanções penais poderia diminuir a impunidade que paira sobre esta criminalidade.

26 MORAES FILHO, Evaristo de. *Op. cit., loc. cit.*

24 ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Controle de reação social em relação à empresa e novo projeto da nova parte especial do Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 9, p. 138.

25 BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 1982.

LUCIANO SOTERO SANTIAGO

A adoção de responsabilidade penal para pessoas coletivas – com o abandono do Princípio *Societas delinquere non potest* – também é recomendada, pois, como já foi dito a criminalidade organizada se encontra, muitas vezes, encoberta e protegida na pessoa jurídica.

Tratando do tema, *Moraes Filho*²⁶ afirma que “há uma tendência universal no sentido de responsabilizar a pessoa jurídica [...] isto partindo da constatação de que 75% dos casos mais graves de delinquência econômica se realizam sob a cobertura de entes coletivos”.

Como forma de punir tais entes coletivos, a doutrina moderna sugere as sanções pecuniárias, apreensão de bens, extinção da empresa, publicidade e divulgação dos atos ilícitos e prestação de serviço à comunidade, “proibição de exercer atividades em determinadas zonas [...] sua suspensão, perda de benefícios fiscais, multas, confisco de lucros, inabilitação funcional, proibição de propagação.”²⁷

Convém, ainda, ressaltar que não basta somente a responsabilização da pessoa coletiva. É necessário prever a punição dos responsáveis que se beneficiarão com as vantagens advindas da empresa, pois, caso contrário, a impunidade continuará a persistir.

Outras soluções apontadas referem-se à temática processual, das quais destacamos: a) exclusão dos formalismos inúteis; b) declarar nulidade só quando ocorrer um prejuízo real e efetivo para as partes; c) criação de um rito processual próprio para criminalidade econômica-financeira; d) “em assuntos tecnicamente complexos (ex: criminalidade econômica) devem participar promotores, juízes e funcionários” dotados de formação, conhecimento e experiência *ad hoc*; e) “nestas hipóteses de instrução prévia (inquérito) deveria se encarregar um órgão especializado do MP, que deveria ademais contar com a assistência de ‘experts’ no campo da [...] contabilidade, economia, das finanças [...] para enfrentar a crescente tecnicidade da criminalidade e da prática de provas”.²⁸

14 DIREITO DE INTERVENÇÃO

Winfried Hassemer ao tratar da criminalidade moderna, entende que a sua repressão não caberia ao Direito Penal Clássico, sob pena deste se descaracterizar, pois, certamente, ter-se-ia que abandonar alguns dos seus princípios e garantias de proteção ao cidadão. Ele exemplifica tal assertiva no fato da individualização da culpabilidade e da pena não funcionar em

relação à macrocriminalidade, pois os criminosos não agem individualmente, mas sempre em grupo-divisão do trabalho. Outro exemplo seria o de que o Direito Penal tradicional está totalmente voltado para a pessoa física. E o problema moderno são os grupos, as instituições, são ramos inteiros de organizações sociais. São também grupos dentro do Estado. Por fim, *Hassemer* ressalta que esta criminalidade precisa ser combatida preventivamente, uma vez que, produzido o dano, a repressão será um tanto inócua, pois as lesões já terão sido produzidas de modo grave e, na maioria das vezes, de modo irreversível para a sociedade.

César Roberto Bittencourt ao desenvolver as idéias de *Hassemer*, entendeu que:

“Esta dita criminalidade moderna tem uma dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis, que o Direito Penal Clássico não consegue atingi-las [...] O Direito Penal da culpabilidade seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados. Nesta criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo ao invés do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal [...] Neste campo, o direito tem que se organizar preventivamente.”

Parece-nos que a grande questão enfrentada pela dogmática-penal, especialmente por *Hassemer*, está no fato de se saber até que ponto seria conveniente desconsiderar garantias fundamentais ao cidadão²⁹ para que desse modo obtenha-se mecanismos eficazes de combate à macrocriminalidade. A preocupação reside na possibilidade de Estados com ideologia autoritária virem a se utilizar da necessidade de se punir a grande criminalidade como desculpa para suprimir ou reduzir garantias do cidadão; o que consistiria numa política extremamente perversa e perigosa, pois se considerarmos que criminalidade moderna está inserida no Estado, além de muitas vezes contar com a conivência é quase certo que essa forma de delinquir continuará imune, restando, então, apenas a repressão e punição para os agentes da microcriminalidade (vítimas preferenciais da repressão formal do sistema penal). *César Roberto Bittencourt* ao analisar tal questão sentencia que:

“...é preciso cautela, para não se fazer *tabula rasa*, violando, inclusive, os princípios da intervenção mínima, da culpabilidade, do bem

27 GOMES, Luís Flávio. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 11, p. 172.

28 GOMES, Luís Flávio. *Revista dos Tribunais*, v. 96, p. 102.

29 É importante salientar que as garantias constitucionais, que visam a proteger e assegurar os direitos individuais em face do abuso de poder estatal, não são direitos assegurados somente para a pessoa estigmatizada de réu, e sim, como afirma *César Roberto Bittencourt*, são proteções e garantias do cidadão.

jurídico definido e do devido processo legal [...] bem a gosto um Direito Penal máximo, cujos fins não justificam os meios, e a sanção penal, como afirma Ferrajali, deixa de ser 'pena' e passa a ser taxa."

Considerando todas as questões supramencionadas, *Hassemer* defende o direito de intervenção que seria a criação de um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. A respeito afirma o penalista alemão que:

"Há muitas razões para se supor que os problemas 'modernos' de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito Interventivo correspondentemente 'moderno' na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis de mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metódico, mas, então, também sem a imposição de sanções criminais."³⁰

15 CONCLUSÕES

1. O Direito Penal Brasileiro está estruturado para a microcriminalidade, não atingindo, portanto, a macrocriminalidade; daí a necessidade de seu redimensionamento.

2. O Direito Penal Brasileiro caracteriza-se por ser repressivo e socialmente inútil uma vez que permite que ainda se puna por punir, além de tutelar bens jurídicos irrelevantes; por outro lado, deixa de valorizar e tutelar os princípios e os bens jurídicos constitucionais.

3. Num Estado Social e Democrático de Direito é necessário que o Direito Penal se fundamente nos valores e princípios constitucionais; além de ter uma função preventiva e socialmente útil.

4. Caberá ao Direito Penal Democrático proteger os interesses da sociedade em face aos ataques do Estado ou de particulares.

5. É importante que se dê um tratamento diferenciado e adequado às macro e microcriminalidade, pois somente desta forma a justiça criminal poderá atuar de forma mais rápida, justa e eficaz para a sociedade.

³⁰ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 59. 95.

6. Devido ao seu caráter pouco reprovável e sua escassa lesividade social a pequena criminalidade deverá ser excluída da esfera do Direito Penal (descriminalização, despenalização e desjudicialização) passando, portanto, a ser tratada como ilícito civil, administrativo ou fiscal.

7. O Judiciário e o Ministério Público deverão aplicar os modernos princípios penais e as políticas de descriminalização em relação à pequena criminalidade, para se dar à norma penal uma melhor destinação social.

8. A macrocriminalidade caracteriza-se por causar danos quase sempre imperceptíveis, por sua forma "civilizada" de delinquir e por atingir um número difuso de vítimas. Ressalte-se, ainda, que esta nova forma de criminalidade é que mais atinge os valores e princípios constitucionais do Estado Social-Democrático de Direito.

9. O Espaço de consenso e o princípio de intervenção mínima só devem ser utilizados para microcriminalidade.

10. Para a grande criminalidade reserva-se o espaço de conflito, assegurando-se, todavia, aos acusados o cumprimento de todos os direitos e garantias constitucionais.

11. A macrocriminalidade constitui um grave problema para o Direito Penal, uma vez que, para combatê-la, haverá necessidade de na maioria das vezes suprimir-se princípios garantistas do cidadão.

12. Para *Hassemer* o Direito Penal sozinho não é instrumento eficiente para combater a macrocriminalidade. Para ele a solução está no meio termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo (Direito de Intervenção).

16 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madri: Alianza, 1982.
- BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato. Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Torinese, 1957, p. 92.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Maria da Glória Lins da Silva. Mito do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 51, p.73-92, Jul-Set. 1986.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- FRANCO, Alberto Silva. Reforma da parte especial do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 3, p.68-78, Jul-Set. 1992.
- GOMES, Luís Flávio Pena de Morte e Prisão Perpétua: Solução ou Ilusão?. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.96, p.315-322, Out. 1993.

- _____. Tendências político-criminais quanto a criminalidade de bagatela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, número especial de lançamento, p.88-109, Dez. 1992.
- _____. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n 11, p. 166 a 174 – Jul. set. 1995.
- GÖSSEL. *Principios fundamentales de las formas processales Descriminalizadoras*. Apud GOMES, Luiz Flávio. Tendências Político-Criminais quanto a Criminalidade de Bagatela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, número especial de lançamento, p.88-109, Dez. 1992.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 8, p.41-51, Out-Dez. 1994.
- HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, v. 9/10, p.7-26, Jan/Jun. 1973.
- JÚNIOR, João Marcelo de Araújo. Controle e reação social em relação à empresa e o novo projeto da nova parte especial do Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n 9 . p. 133 a 139. Jan. mar. 1995.
- KARAN, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n 9; p. 147 a 163. Jan. mar. 1995.
- MELOSSI, Dário. *El derecho como vocabulário de motivos: índices de carcelación y ciclo político econômico. Poder y control*. Barcelona: PPU, n 3, p. 49-64. 1987.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Crimes contra a economia popular em direito penal dos negócios*. São Paulo: AASS, 1990.
- SILVA, Juari C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, número especial de lançamento, p.75-87, Dez. 1992.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal – Parte geral*. 5. ed., Buenos Aires: Ediar, 1986.

APLICABILIDADE DAS REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DO PRESO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Fábio Luís Guimarães *

Ementa: Embora as Regras Mínimas para o tratamento do preso encontrem ressonância na Lei de Execução Penal vigente, o atual sistema prisional brasileiro não as espelha (sendo, antes criminógeno), por não se vincular a política criminal à social e pela falta de recursos.

Sumário

1. Introdução
2. As regras mínimas.
 - 2.1. Regras de aplicação geral.
 - 2.1.1. Instalações dos estabelecimentos penitenciários.
 - 2.1.2. Pessoal penitenciário.
 - 2.1.3. Procedimentos regimentais.
 - 2.2. Regras aplicáveis a categorias especiais.
 - 2.2.1. Condenados.
 - 2.2.2. Presos alienados e enfermos mentais
 - 2.2.3. Detidos e presos preventivamente.
 - 2.2.4. Sentenciados por ilícitos civis.
3. Aplicabilidade formal da Resolução n. 2.858/71 no Brasil.
4. O problema da eficácia no direito penitenciário brasileiro.
 - 4.1. Conceito de direito penitenciário.
 - 4.2. Execução penal no direito brasileiro.
5. Realidade do sistema penitenciário brasileiro.
6. Conclusões.
7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no ponto 2.4 do seu plano de ação para 1994/1995, estabelece, como uma de suas metas específicas, a “obtenção de recursos financeiros para o aprimoramento da execução penal no Brasil.”

* Estudante do 5º período C.