

A FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA E A READEQUAÇÃO TÍPICA NO CRIME DE MOEDA FALSA

Ani Carolini Pereira¹
Silvia de Freitas Mendes²

Área de conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direito Penal, processo penal, Execução penal e tutela dos atos infracionais

RESUMO

A legalidade e a proporcionalidade são princípios que gravitam em torno de todos os tipos penais. Contudo no delito de moeda falsa tais princípios parecem ter sido apenas utilizados de maneira superficial, eis que a sua descrição típica pune uma variedade de condutas, equiparando as praticadas em seu parágrafo primeiro com aquelas presentes em seu *caput*. Com isso, objetiva-se apontar e analisar o tratamento igualitário das condutas que afetam o bem jurídico de maneira distinta, pois aplica-se a mesma pena de 3 a 12 anos em todos os casos com base nos princípios supramencionados. Portanto, como se punir com a mesma pena, condutas distintas? A metodologia utilizada foi a bibliográfica, tendo-se apresentar uma possível solução ao problema, propondo-se a flexibilização da norma, readequando a pena com base nos demais delitos presentes no Título X do Código Penal, com o fim de preservar o direito fundamental da liberdade do indivíduo frente a um delito contra a fé pública.

Palavras-chave: Flexibilização da norma. Readequação Típica. Proibição do excesso. Moeda falsa.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca apresentar uma possível solução para os tipos penais que se mostram incongruentes no atual sistema, em especial àquele presente no artigo 289, §1º, do Código Penal, tendo em vista a equiparação das condutas previstas no *caput*, com as previstas no parágrafo primeiro do artigo mencionado.

Diante disso, questiona-se se o crime equiparado de moeda falsa se ajusta aos preceitos traçados pelos princípios da legalidade e da proporcionalidade ao penalizar o agressor da norma com uma pena entre 3 a 12 anos de reclusão, em um Estado que estabelece dentre suas garantias fundamentais a da liberdade do indivíduo.

¹ Ani Carolini Pereira é bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE, campus de Francisco Beltrão. Email: ani_karolini@hotmail.com.

² Docente do Curso de Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Francisco Beltrão; Mestre em Ciências Sociais e Aplicadas pela UEPG; silviamentes2005@yahoo.com.br



Analisam-se as penas cominadas em abstrato atribuídas às condutas do §1º do artigo 289 frente aos princípios retro mencionados, buscando demonstrar a viabilidade da flexibilização dos princípios com vistas a proteger direitos fundamentais.

2. ANÁLISE DAS PENAS COMINADAS EM ABSTRATO ATRIBUÍDAS ÀS CONDUITAS DO § 1º DO ARTIGO 289 FRENTE À LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE

2.1 PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 289, §1º DO CÓDIGO PENAL FRENTE À LEGALIDADE

No tocante à legalidade, ao fazer uma análise do seu conteúdo técnico, verifica-se, tomando por base a divisão feita por Busato (2012, p. 245), já estudada no primeiro capítulo, que o §1º do Art. 289 do Código Penal se enquadra nas garantias individuais que dele decorrem, mais precisamente àquelas intituladas de *Nullum crimen sine lege* e *Nula poena sine lege*, eis que o crime em comento encontra-se expresso no ordenamento.

Da mesma forma, quanto aos requisitos exigidos para a elaboração da norma penal (*lex scripta, lex praevia, lex certa e lex stricta*), decorrentes do princípio em comento, nota-se que estes também foram respeitados na elaboração do delito equiparado de moeda falsa, tanto no preceito primário, quanto no secundário, eis que estamparam as condutas criminosas, bem como aplicaram a penalização do *caput*, entendendo que ambas as condutas mereciam a mesma cominação de pena (de 3 a 12 anos de reclusão).

E é nessa equiparação que reside o problema, pois o legislador acabou dando a mesma interpretação a condutas diferentes, eis que falsificar ou fabricar moeda metálica é diferente de importar ou exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, guardar ou introduzir na circulação moeda já falsificada.

Nesse sentido, Lopes afirma que

A função de garantia do tipo penal indica que as pessoas não serão incriminadas por condutas diferentes daquelas elencadas como proibidas pela ordem jurídica. A eficácia desta função típica, decorrente do respeito



ao princípio constitucional da legalidade, fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Desta constatação decorre que a técnica pode vir a ferir tal princípio, usando cláusulas genéricas, elementos normativos em demasia e sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo (2006, p. 129).

Depreende-se assim, que o legislador, buscando a eficácia da garantia de que as pessoas apenas serão incriminadas por condutas já descritas em lei, procurou através da descrição do delito de moeda falsa (tanto no *caput* quanto no parágrafo primeiro) abarcar todas as condutas possíveis que viessem a lesionar o bem jurídico protegido, com vistas a respeitar o princípio da legalidade. Porém, não se atentou que as condutas descritas possuíam graus valorativos diversos, acabando por deixar de estabelecer uma penalidade coerente e diversa da apresentada no *caput*. Na verdade, esses vários núcleos apenas demonstram a obsessão do legislador em criar condutas criminosas, ao invés de procurar estabelecer políticas públicas para preveni-las.

Sobre o assunto, leciona Médici que na composição dos tipos penais deve o legislador "[...] evitar a utilização de palavras distintas com o mesmo sentido ou então com o sentido muito próximo, pois tal fato propicia discussões inúteis na interpretação da norma" (2004, p. 114-115).

Contudo, embora deva-se evitar a utilização de palavras distintas com o mesmo sentido, ao serem criados crimes de conduta múltipla, em que existem vários núcleos, tal afirmativa não parece prevalecer, pois

Se o emprego de dois ou três núcleos num mesmo tipo chega a ser frequente e aceitável, o mesmo não se pode dizer do emprego de dezoito verbos para definir um delito, como acontece com o tráfico de entorpecentes. Quando se chega a tal extremo, melhor seria descrever a conduta com uma expressão genérica e abrangente, como *praticar, de qualquer forma, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins*" (MÉDICI, 2004, p. 116).

Da mesma forma não parece plausível elaborar um parágrafo primeiro com mais nove condutas a serem incriminadas de maneira igualitária, principalmente quando a penalização se apresenta alta e priva gravemente a liberdade do indivíduo.

Diante disso, é notória a amplitude semântica do artigo em comento, sendo que

As possibilidades típicas decorrentes dessa abertura normativa são tão amplas que já não se pode dizê-las compreendidas em um universo



comum, a ponto de receberem, todas elas, a mesma sanção. Como se fora uma tarrafa de malha de baixa milimetragem lançada ao mar, o tipo penal abarca as espécies mais variadas, em quantidade e qualidade. Veja-se, por exemplo, que abstratamente estariam sujeitas às mesmas penas a conduta de "A", que produz, em larga escala, cédulas falsas, e de "B", que episodicamente guarda consigo uma única cédula falsa em seu bolso. Tal equiparação não parece razoável. Ainda mais quando verificamos que a conduta de "B" encontra-se submetida à mesma pena (mínima) de "C", que trafica substância entorpecente (art. 12 da Lei nº 6.368/76, reclusão de 3 a 15 anos) (FELDENS, 2005, p. 196).

Na verdade, o que se vê é um tipo penal fechado, em que o intérprete está condicionado a apenas fazer uma adequação do disposto no artigo com o comportamento do indivíduo, verificando única e exclusivamente a equivalência entre eles (MÉDICI, 2004, p. 112).

Dessa forma, o juiz ao aplicar a pena encontra-se limitado ao que está descrito no preceito secundário, assim, no delito em comento, embora o magistrado entenda que a penalidade não se mostra proporcional a conduta praticada, estará condicionado a sua aplicação, pois diante da máxima estabelecida pelo princípio da legalidade, o juiz tem de aplicar a pena nos limites já fixados pelo legislador.

Portanto, é visível que

A legalidade dos delitos no Direito Penal constitui-se numa clara tomada da posição iluminista, em cuja filosofia encontrava-se patenteada a estrita necessidade de *separação entre os poderes*; desse modo, sendo o Direito algo previamente *dado* ao juiz, este não poderia criá-lo ou interpretá-lo, reduzindo-se sua função à mera declaração daquilo que o legislador previamente houvesse determinado e, portanto, os juízes nada mais seriam do que *a boca que pronuncia as palavras da lei* (VIDAL, 2006, p. 184)

Todavia, essa interpretação restrita proveniente do princípio da legalidade encontra-se em transformação,

É preciso repensar criticamente o modelo formal de legalidade sustentado pelo Estado. Tal modelo vem funcionando como fonte primordial, senão única, de legitimação do Direito. Quanto a esta visão formalista do ordenamento jurídico, é preciso desconstituir a tradição hegemônica desta cultura engessada [...] Ao lado deste parâmetro de legalidade formal, deve-se perguntar pelos juízos de valor envolvidos (LOPES, 2006, p.103).

E foi em razão dos valores envolvidos que "[...] o magistrado federal Gerson Godinho da Costa abriu a discussão sobre a possibilidade de o juiz promover, excepcionalmente, uma readequação da conduta típica a distintos patamares de pena" (FELDENS, 2005, p. 196).



Tal discussão apareceu tendo em vista que em

[...] uma ação penal na qual o réu era acusado de guardar consigo algumas cédulas falsas, uma das quais inexitosamente tentara introduzir em circulação, Costa reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do Art. 289 do Código Penal (reclusão de 3 a 12 anos), porque a exprimir hipótese de sanção manifestadamente excessiva para o caso concreto, fazendo aplicar, à espécie, as sanções do Art. 293 do CP (reclusão de 2 a 8 anos) (FELDENS, 2005, p. 196).

A decisão em comento demonstra que nem sempre os limites de pena fixados na norma irão prevalecer quando irem contra os direitos fundamentais, todavia trata-se de uma exceção, a qual somente será aplicada

[...] excepcionalíssimamente e sempre por meio de uma decisão adequadamente fundamentada, a qual comprove existir um excesso ou irrazoabilidade manifesta que, por constitucionalmente indesejáveis, desmagnetizem o fato da norma penal originariamente prevista, para o fim de adequá-lo a uma hipótese residual (FELDENS, 2005, p. 195).

O próprio Kelsen reconheceu a impossibilidade de que a aplicação do Direito possa ser feita de forma completa, ou seja, de que as normas, em geral, possam ser tão completas e determinadas que nenhuma margem de atuação reste a quem as aplica (1998, p. 388).

Por certo, reconhecia que “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”, de forma que, tanto o ato de criação quanto o de aplicação do direito é “[...] em parte determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”. (KELSEN, 1998, p. 388-389).

O efeito disso é a “[...] insuficiência do princípio da legalidade penal como técnica positivista de emoldurar o direito, resultando claro que ele é extremamente *dúctil* para conter somente a norma, desprendida de valores” (VIDAL, 2006, p. 188).

Essa insuficiência encontra-se estritamente ligada às mudanças sociais. “A dinâmica das transformações na sociedade contemporânea, com a superação cotidiana de paradigmas, e a apresentação de novidades tecnológicas que colocam em novo patamar as relações sociais impactam a formatação do sistema penal” (BOTTINI, 2011, p. 111).

Dessa forma, com o intuito de sanar “O descompasso entre a rapidez na produção de novos produtos e a lentidão no desenvolvimento de instrumentos



capazes de determinar as consequência possíveis de sua utilização" (BOTTINI, 2011, p. 112), acaba o legislador trazendo

[...] à tona técnicas legislativas já conhecidas, mas pouco utilizadas anteriormente, transformando-as no elemento característico do chamado direito penal do risco: crimes de perigo, de omissão e culposos [...] que colocam em xeque preceitos e conceitos dogmáticos consolidados [...] (BOTTINI, 2011, p. 116).

Ademais,

[...] a incapacidade do legislador de abrigar na descrição típica todos os aspectos dos comportamentos apontados como arriscados, e a dificuldade de atualizar os dispositivos legais diante da velocidade do desenvolvimento científico, da dinâmica da evolução tecnológica, acarreta na normatização acentuada dos elementos típicos (BOTTINI, 2011, p. 116).

Vislumbra-se com isso que a atual produção legislativa tem procurado flexibilizar o princípio da legalidade com o objetivo de acompanhar a evolução da sociedade, principalmente em razão do desenvolvimento e da força das normas constitucionais garantidoras.

A dificuldade para retratar no texto legal a complexidade e a dinâmica das relações sociais intensifica o uso de tais técnicas, em um processo de lacunização consciente da norma penal, com a intenção de ampliar o espaço complementar ou interpretativo dos elementos típicos e garantir a atualidade da regra pela adaptação de seu conteúdo (BOTTINI, 2011, p. 116).

Como demonstrado, tem buscado o direito penal dar maior abertura às interpretações, ou seja, transfere, dentre outros, ao poder judiciário o papel de complementar os textos legais, acarretando no que se tem chamado de politização da jurisdição (BOTTINI, 2011).

Em decorrência disso, é notório que o papel do juiz mudou, deixando de ser um mero aplicador da lei e passando a ter atividade tipicamente legislativa, através de orientações e interpretações sobre o texto legal. "A decisão judicial não é mais apenas a aplicação técnica da lei diante de princípios e marcos doutrinários gerais, mas a definição e a escolha de estratégias de controle social pelo instrumento penal (BOTTINI, 2011, p. 125).

Pelo todo exposto, verifica-se que o estrito cumprimento do princípio da legalidade não se mostra mais adequado. Deve servir como orientação, mas não como uma máxima imutável.



No que tange ao crime equiparado de moeda falsa, diante da problemática de conter uma penalização desarrazoada, busca-se uma resposta mais rápida para solucionar o problema, e esta resposta é apresentada através da flexibilização da legalidade, por meio do judiciário.

Como já citado, o próprio judiciário já se deu conta da excessiva punição ao crime em destaque, e por isso mesmo, fez uso do instituto da readequação típica, para que o princípio constitucional da liberdade prevaleça-se.

Neste conflito entre princípios, legalidade versus liberdade, o que deve ocorrer, na verdade, é um juízo de ponderação entre os bens, e tomando-se por base o tribunal federal constitucional alemão, que coloca como centro do sistema de valores da constituição a dignidade humana (ALEXY, 2010) pode-se afirmar que o princípio da liberdade irá prevalecer.

Finalmente, conclui-se que quando o magistrado for aplicar a penalização pelo crime presente no Art. 289, §1º do Código Penal, deverá fazer um juízo de ponderação, entre a penalidade estampada no texto legal e a intensidade com que ela ferirá o direito a liberdade daquele indivíduo. Contudo, essa ponderação deverá ser motivada e limitada pelo princípio da proporcionalidade, propondo-se assim uma flexibilização da legalidade, condicionada à proporcionalidade entre a conduta e a resposta do Estado, conforme será explicado no próximo tópico.

2.2 A PROPORCIONALIDADE NA FORMA DE PUNIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 289, §1º, DO CÓDIGO PENAL

O Título X do Código Penal, definidor dos crimes contra a fé pública, é composto por 22 artigos que definem condutas que ferem ou possam vir a ferir o bem jurídico protegido. Contudo, dentre esses 22 delitos, o único que possui o patamar mínimo de pena fixado em 3 anos é o crime de moeda falsa (art. 289) e, conseqüentemente, o delito a ele equiparado (§1º).

Diante disso, pergunta-se qual a motivação para que o patamar mínimo do delito equiparado seja diferente dos demais, sendo que se trata de conduta posterior? Assim como por que da criação de um parágrafo primeiro, com mais nove condutas a serem consideradas, sendo que podia o legislador tê-las colocado juntamente com àquelas descritas no *caput*?



Na verdade, o que se percebe é que aparentemente entendeu o legislador que as condutas do §1º eram diferentes das do *caput*, por isso, as definiu em parágrafo diverso. Contudo, não fez a mesma diferenciação ao cominar o mesmo patamar de pena.

Pierangeli ao tratar do crime de moeda falsa adverte que o fato da pena alcançar 12 anos de reclusão "[...] não deixa de ser um resquício da legislação romana e da Idade Média, onde este delito era considerado como *lesa majestade* e punido com penas crudelíssimas, invariavelmente a de morte, inclusive em épocas recentes" (2007, p. 691).

Na verdade, a punição do crime é apresentada de maneira elevada porque "[...] ao lado da fé pública gravitam outros interesses privados que são atingidos" (PIERANGELI, 2007, p. 691). Dentre esses interesses encontra-se o do Estado, pois quando falsifica-se ou introduz-se em circulação moeda falsa, lesiona-se o privilégio do Estado em controlar e monopolizar a criação da moeda que detém (PIERANGELI, 2007). Assim, por ser um delito que atinge diretamente uma função do Estado, este tratou de incriminá-lo de maneira diversa (mais gravemente), tornando-o desproporcional às garantias fundamentais que prega constitucionalmente.

Tal atitude pode ser justificada pelo fato de o Código Penal vigente ser de 1940, enquanto que a Constituição é de 1988. A referida Constituição trouxe mudanças³ consideráveis ao sistema jurídico brasileiro, pois após grande período de ditadura, instituiu-se um Estado democrático com inovações de grande valia como o estabelecimento dos direitos fundamentais, e este é o ponto, visto que no momento que o Estado criminaliza de forma desproporcional um delito, acaba por adentrar demasiadamente na esfera de liberdade do indivíduo.

No caso em comento, pune-se o indivíduo devido à ofensa ao bem jurídico da fé pública, lembrando que "A seleção dos bens jurídicos que estabelecerão a danosidade social é um problema delicado e ao mesmo tempo urgente" (BUSATO, 2012, p. 131). O ponto de referência para a seleção dos bens jurídicos é a Constituição, contudo esta contempla não apenas bens jurídicos

³ "Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais" (SARLET, 2009, p. 66).



individuais como também os coletivos⁴, inclusive estabelecendo hierarquias aos valores e interesses entre eles, os quais vão depender do modelo de Estado adotado pelo país (BUSATO, 2012, p. 132-133).

Nossa preferência é em favor da hierarquização dos valores e interesses individuais frente aos coletivos. O que se identifica com uma teoria monista personalista que reconhece a existência dos bens jurídicos coletivos só enquanto servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo. Uma tal preferência se ajusta aos pressupostos democráticos de proteção do indivíduo (BUSATO, 2012, p. 133).

Se a preferência é pela hierarquização dos bens jurídicos individuais, certo é que os interesses do Estado não podem primar frente aos interesses individuais. Porém,

[...] ainda que as Constituições reconheçam como exclusiva a proteção de Direitos fundamentais da pessoa, como por exemplo, a liberdade e a segurança no trabalho, este reconhecimento não se congratula com a estrutura sistemática que seguem alguns Códigos Penais ao dar uma importância primária à proteção do Direito de propriedade (BUSATO, 2012, p. 133).

O Código Penal brasileiro se encaixa no rol de códigos que dão maior importância aos bens materiais do indivíduo. Exemplo claro disso encontra-se no crime equiparado de moeda falsa, pois para se proteger a credibilidade da moeda, autoriza o Estado uma privação da liberdade do indivíduo de forma mais severa que no crime de sequestro (Art. 148, CP), ou ainda, nos casos de lesão corporal seguida de morte (129, §3º, CP). No primeiro crime, a pena de reclusão é de um a três anos, e no segundo, embora o patamar mínimo seja de quatro, o máximo é de 12 anos. Por esta razão, há que se questionar a penalização do Art. 289, §1º, eis que o fato de atingir um bem jurídico coletivo não parece ser motivo suficiente para ter uma pena maior que em crimes que põe em perigo o bem maior que a Constituição brasileira prima, a vida.

Diante disso, embora em um Estado democrático de direito, ainda verificam-se alguns traços dos Estados absolutistas, visto que o sistema é erguido sob a égide da economia e não sob a figura do homem. Em outras palavras, a "[...] forma de controle social sempre reflete o *modelo de Estado* adotado" (BUSATO, 2012, p. 134), deste modo, em um Estado capitalista como o atual, a economia é

⁴ Ao mesmo tempo em que protegem interesses individuais clássicos como a vida, a liberdade, a saúde; também contemplam a proteção de valores coletivos que têm importância individual para a vida em comum e para o desenvolvimento do sistema, tais como o meio ambiente, a saúde pública, a liberdade sindical ou a fazenda pública (BUSATO, 2012, p. 131-132).



quem aparentemente dá as cartas. Desta forma, em "Uma ordem social como a nossa, ainda que proclame normativamente liberdade e igualdade, põe de manifesto uma realidade onde esses valores aparecem fortemente condicionados pelos desequilíbrios econômicos" (BUSATO, 2012, p. 135).

Por esta razão, no momento em que legislador estabelece penas desproporcionais, fere direitos fundamentais, os quais

[...] constituem para além de sua função limitativa do poder [...] critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos" (SARLET, 2009, p. 59).

O direito fundamental ferido pela desproporcionalidade no crime equiparado de moeda falsa é o da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este direito é indissociável dos direitos de igualdade e liberdade (SARLET, 2009). Assim, ao privar demasiadamente um indivíduo de sua liberdade, o legislador está desrespeitando a sua dignidade.

Tal fato apenas corrobora o entendimento de que

O Direito Penal funciona como controle social que trabalha a favor da liberdade de mercado, centrado na defesa do patrimônio e na proibição de tudo que afeta ao Estado que é o garantidor último do modelo de exploração. Para isto, se vale de todos os recursos de que dispõe, ainda que isso implique no sacrifício de garantias fundamentais [...] (BUSATO, 2012, p. 142).

Embora constata-se o desrespeito ao texto constitucional, não pode o sistema e até mesmo a sociedade se conformar com isso. Precisa-se tutelar por um direito penal justo e em conformidade com as regras previstas no ordenamento. Dentre tais regras, destaca-se a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, principalmente quando o juiz se depara com casos de visível lesão a direitos fundamentais, em virtude de que "[...] a tutela penal deve estar positivamente controlada pelos direitos fundamentais da Constituição" (LOPES, 2006, p. 125).

O princípio da proporcionalidade enquanto proibição do excesso visa impedir que se aplique "[...] ao indivíduo ônus que são, quanto aos objetivos



perseguidos, em sentido instrumental, desnecessários e, sob aspectos normativos, inadequados" (NEUMANN, 2008, p. 207).

Ulfrid Neumann ao tratar do princípio em comento no direito penal alemão, afirma que

Limitação segura do direito penal só logra um princípio da proporcionalidade que não seja compreendido como mera regra de inteligência, mas sim como princípio de justiça: é fundamentalmente injusto impor ao cidadão ônus desproporcionais. Isto vale também e justamente no campo das sanções penais, que, por definição, oneram o indivíduo mais gravemente que outras intervenções estatais (2008, p. 211).

A sanção cominada ao parágrafo primeiro do Art. 289 é uma nítida exemplificação de onerosidade em comparação com outras intervenções penais, e como bem destaca Gerson Godinho da Costa, juiz federal no Estado de Santa Catarina,

Esmiuçando a hipótese em que não é atingida a credibilidade da moeda, configura-se despropositado considerá-la mais nociva do que crimes contra a ordem tributária ou contra o sistema financeiro nacional. É ilógico que prevaleça como orientação do sistema penal, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade que reputa mais gravosa a conduta do inábil falsificador ou repassador do que aquela praticada pelo sonegador de tributos, a qual normalmente pressupõe algum tipo de falsificação, como nos casos dos incisos I, II, III ou IV do Art. 1º da Lei n. 8.137/90, cuja pena privativa de liberdade é de 02 (dois) anos a 05 (cinco) anos. Ou ainda, certificada a relevância de delitos como a gestão fraudulenta e a evasão de divisas (respectivamente artigos 4º e 22 da Lei n. 7.492/86), é manifestadamente excessivo que aludido agente resulte punido com sanção mínima idêntica ou superior a essas (2003, p. 148).

Na verdade, em que pese a fixação da pena feita pelo legislador limite a aplicação do juiz, este ao se deparar com casos como o tratado neste trabalho, com vistas a cumprir o que prescreve a Constituição, pode cominar a pena em patamar inferior, pois como afirma Roxin

É imprescindível àqueles que lidam com o Direito Penal adotar, claramente, uma teoria que sirva de base para legitimar a aplicação da pena. Com efeito, não se pode, em tal operação, adotar a postura de um autômato, de alguém que, sem ser criterioso, permita-se aplicar a pena em conformidade apenas com o texto legal, valendo-se, para tanto, de justificativas superadas ao longo do tempo, como, por exemplo, o brocardo *dura lex sed lex*, ou, ainda, o *fiat justitia, pereat mundus*. Em verdade, este posicionamento conduz à mais torpe das injustiças: àquela que é praticada em conformidade com a lei formal, e que, por não ser comprometida com valores sociais, com ideias como proporcionalidade, intervenção mínima, subsidiariedade da resposta, deve, diuturnamente, ser combatida (2004, p. 01).



Assim, deve-se combater penas que não correspondem a ofensividade da conduta praticada. No crime equiparado de moeda falsa é possível identificar condutas que estão longe de ofender a credibilidade da moeda ou relações econômicas, muito embora, também atinjam a fé pública. Contudo, no momento em que falsifica-se um documento público (art. 297), o mesmo bem jurídico será atingido, não se justificando penalizações distintas.

Ademais, são contraditórios os entendimentos do atual sistema jurídico. Isso porque no que tange à crimes tributários, bem como previdenciários e de descaminho⁵, tem-se entendido a aplicação do princípio da insignificância em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com base na previsão dos artigos 1º, I, e 2º da Portaria nº 75, de março de 2012. Contudo, se um indivíduo, por exemplo, repassar uma moeda falsa no valor de R\$ 20,00 (vinte reais), a ele não será aplicada a benesse da insignificância e, conseqüentemente, terá uma condenação de no mínimo três anos. Porém, se esse mesmo indivíduo importar mercadorias do exterior, iludindo o pagamento em tributos em R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), a ele não será cominada nenhuma punição. Dessa forma, não parece plausível uma penalização de 3 anos aos crimes equiparados de moeda falsa, sendo que na maioria das vezes são poucas as moedas introduzidas em circulação, fato que notoriamente não afetará o sistema econômico, principalmente levando-se em consideração a portaria supracitada, em que tomou-se por entendimento que a quantia de R\$ 20.000,00 é insignificante.

Nesse sentido, dispõe decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Sendo elevada a pena mínima no crime de moeda falsa (03 anos), os casos de menor importância, que constituem a maioria absoluta dos julgamentos dos tribunais federais, devem merecer dosagem sem excesso de rigor, a fim de que fiquem simetricamente alinhados às sanções corporais fixadas para as demais infrações penais e também para que se atenda ao princípio da proporcionalidade (TRF4. Apelação Criminal n. 2000.71.00.267513/RS. Sétima Turma, Porto Alegre, RS, 17 de setembro de 2002).

O fato de o legislador aplicar uma penalização alta, não é garantia alguma da diminuição dos delitos, pelo contrário, apenas demonstra um exercício arbitrário de suas funções

⁵ O valor mínimo para que se proceda à execução fiscal, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – antes de 22 de março de 2012 -, e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – após 22 de março de 2012, é também o critério empregado para o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância não somente em crimes tributários, mas também crimes previdenciários e de descaminho, conforme STJ, REsp 573.398, rel. Min. Felix Fischer, DJ: 13/10/09.



O controle social penal tem limitações estruturais inerentes à sua própria natureza e função, de modo que não é possível exacerbar indefinidamente sua efetividade para melhorar, de forma progressiva, seu rendimento. A prevenção eficaz do crime não deve se limitar ao aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos do controle social. Com razão dizia Jeffery: "mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos". A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal (GARCIA PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 136-137).

Em suma, o princípio da proporcionalidade, em virtude de seu vasto campo de aplicação, se mostra um forte aliado aos direitos fundamentais, principalmente no que tange a existência de penas desarrazoadas. Portanto, embora tenha o legislador penal valorado um bem jurídico com vistas a proteger a credibilidade da moeda, não poderia tal bem ser elevado patamar que excedesse o bem da liberdade.

Por isso mesmo, o princípio da proporcionalidade surge visando conceder ao aplicador da lei a possibilidade de readequar o tipo com base na proibição do excesso, buscando adequar a pena a reprovação da conduta. Assim, no caso do delito equiparado de moeda falsa, por conter uma pena desproporcional, possibilita-se ao juiz que faça uma readequação típica, com o intuito de não sobrecarregar o indivíduo com uma pena que não se mostra condizente com demais crimes contra a fé pública. Dessa forma, postula-se por um direito penal justo e proporcional, não se admitindo que este venha a adentrar demasiadamente na esfera de liberdade do indivíduo, tendo em vista a máxima constitucional da liberdade do homem.

De fato, o que se propõe não é um afastamento da lei, mas sim uma interpretação dentro dos limites já fixados pelo sistema, visando a proibição do excesso e a eficácia dos direitos fundamentais (PACELLI, 2011).

Partindo desse entendimento, busca-se corrigir as incongruências legislativas penais "[...] por meio de uma interpretação *sistematizante* - quando se referirá ao próprio sistema, buscando nele a justificativa para a corrigenda - e também limitadora da punibilidade [...]" (PACELLI, 2011, p. 89). Desta forma, a proposta do presente trabalho acerca da readequação típica do preceito secundário do §1º do Art. 289 do CP, nada mais é senão uma interpretação sistematizante, eis que limitada a artigos já presentes na legislação, inclusive no mesmo capítulo e sob a orientação do mesmo bem jurídico. Portanto, não se está defendendo a



substituição do legislador pelo aplicador da lei, pois a própria lei também será limitadora na interpretação legislativa (PACELLI, 2011).

Nesse contexto versa inclusive o Projeto do Novo Código de Processo Penal (PLS 156) que expressa em seu art. 5º o seguinte: "A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição do excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal" (PACELLI, 2011).

Diante disso, fazendo uso das garantias decorrentes do princípio da proporcionalidade, propõe-se uma readequação típica do parágrafo primeiro do delito de moeda falsa, interpretando-o de forma sistematizante com os demais delitos previstos no título X do Código Penal, de modo a colocar o direito fundamental da liberdade em seu nível correto, ou seja, acima da fé pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou abordar o tema fazendo uma análise do artigo 289, §1º do Código Penal frente às peculiaridades dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

O princípio da legalidade constitui uma garantia dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado, condicionando a criação de leis a uma série de requisitos, de modo que esta seja o mais detalhado e claro possível.

Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade, sobretudo em razão da rapidez com que se está evoluindo, o princípio da legalidade também vem se transformando, possibilitando uma margem maior de atuação do magistrado em virtude da complexidade e variedade com que os casos práticos têm se apresentado.

Nesse contexto é que o princípio da proporcionalidade tem se apresentado. Isso porque aliado aos direitos fundamentais propõe que a aplicação das normas penais leve em conta se aquela medida é necessária, pertinente e se a sua pena se mostra proporcional a conduta praticada (proporcionalidade em sentido estrito).



Especificamente ao caso do delito equiparado de moeda falsa, o que se verifica é que o legislador buscou enumerar todas as condutas possíveis que lesionassem a fé pública, apresentando-as em posições distintas no artigo (*caput* e §1º), contudo não fez nenhuma diferenciação entre elas, aplicando a mesma pena a todas.

Dessa forma, no momento em que o legislador enumerou todas as condutas, bem como determinou qual seria a sua pena, cumpriu com os mandamentos da legalidade, porém não obedeceu àqueles pertencentes a proporcionalidade, pois muito embora o parágrafo primeiro do delito em comento seja necessário e pertinente para a satisfação das relações sociais, sua pena não se mostra proporcional às condutas apresentadas no artigo, principalmente levando-se em consideração outros delitos presentes no código que protegem bens mais valiosos, como o bem da vida, e têm penas mais brandas.

Isto posto, é possível verificar que existe uma incongruência na valoração da pena, pois a intensidade com que se fere a liberdade do indivíduo com uma pena de 3 a 12 anos se mostra maior do que aquela que fere a fé pública com a guarda, por exemplo, de moedas falsas.

A temática se levanta tendo em vista que a grande maioria dos casos comporta a prática do delito com poucas notas falsificadas, ou seja, casos que, em tese, teriam grau de ofensividade bem menor do que em outros crimes do ordenamento, contudo, embora o juiz constate isso, encontra-se limitado a penalização estabelecida.

Nessas situações de conflito é que o princípio da proporcionalidade ganha força, orientando a interpretação da norma com vistas a preservar os direitos fundamentais através da aplicação do meio-termo.

Apresenta-se como forma de analisar, dentre as medidas previstas na legislação, se aquela se mostra proporcional e eficaz quanto aos objetivos da sua aplicação. Propõe um equilíbrio entre os valores dentro do universo legislativo como um todo.

E é diante da incongruência que se apresenta o artigo 289, §1º do Código Penal que levanta-se a bandeira da flexibilização da norma. Tal posicionamento não tem o condão de afastar o princípio da legalidade, mas de adequá-lo ao direito contemporâneo. Poderia ser feita menção a uma ação direta de



inconstitucionalidade, porém, busca-se por uma medida mais célere, e a flexibilização através da readequação típica, mostra-se o instituto que melhor se adéqua ao questionamento.

Não se propõe, de forma alguma, afastar o princípio da legalidade. O objetivo é proporcionar ao aplicador do direito uma maior liberdade quando se deparar com tipos penais que não se mostram proporcionais a conduta praticada, como é o caso do art. 289, §1º do CP. Trata-se de casos excepcionais, em que a flexibilização só será admitida se houver larga fundamentação e se a solução se mostrar condizente com as normas penais.

Destaque-se que a flexibilização da pena proposta pelo trabalho visa unicamente beneficiar o réu, deste modo a pena pode ser apenas diminuída e não aumentada, principalmente levando-se em consideração outros princípios do direito penal, como o do *in dubio pro reo* ou o da interpretação *in bonam partem*.

Em outras palavras, procura-se sanar a problemática da desproporção do delito equiparado de moeda falsa através de uma flexibilização de sua pena, readequando-a com base nos demais crimes contra a fé pública, ou seja, através de uma interpretação sistematizante justificada pela preservação do direito fundamental da liberdade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 jul. 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coordenadores). **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de direito penal brasileiro**. 3 ed. Curitiba, 2012.

COSTA, Gerson Godinho da. **Princípio da proporcionalidade e individualização da sanção criminal abstratamente cominada**. Revista da AJUFERGS / Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul. N. 01. Porto Alegre, 2003. Disponível em: http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev04/revista_04.pdf. Acessado em: novembro de 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução e nota: Luiz Flávio Gomes. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Forense, 1998.

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEUMANN, Ulfrid. **O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena**. Trad. de Antonio Martins. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 72, p. 205-232, mar./abr. 2008.

PACELLI, Eugênio. Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coordenadores). **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIDAL, Hélvio Simões. **Moral e justiça no Direito Penal. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26815/moral_justica_direito_penal.pdf?sequence=1. Acesso em 14 de set. 2013.

