

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

CRIMES COMMITTED AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION VIOLATE THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION IN STJ JURISPRUDENCE

Airto Chaves Junior ¹
Thiago Santos Aguiar de Pádua ²

Resumo

A pesquisa procura verificar se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima. O método utilizado é o indutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfica e análise de precedentes. Ao final, conclui-se que as justificativas para o reconhecimento do injusto a partir da incidência da Súmula 599 do STJ consolidam uma desorientação jurisprudencial, pois a relevância penal de condutas é verificada a partir de critérios alinhados tão somente à pessoa do agente.

Palavras-chave: Bem jurídico, Intervenção mínima, Atipicidade, Súmula 599 do superior tribunal de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to verify if the arguments used by the Superior Court of Justice in the analysis of the typicity of the fact in crimes against Public Administration violate the Principle of Minimum Intervention. The method is the inductive, supported by bibliographic research and analysis of precedents. At the end, it is concluded that the justifications for the recognition of the offence derived from the incidence of Precedent 599 of the Superior Court of Justice consolidate a jurisprudential disorientation, because the penal relevance of behaviors is verified using criteria that are only aligned to the person of the agent.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Property, Minimum intervention, Atypicity, Precedent 599 of the superior court of justice

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali.

² Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, a qual consolida orientação jurisprudencial que impede a incidência do princípio da insignificância aos fatos que encontram tipicidade formal aos delitos praticados a Administração Pública. Objetiva-se verificar se os argumentos de que se vale o STJ para impedir a análise da tipicidade material do fato nesses casos viola o Princípio da Intervenção Mínima, que tem no Direito penal o último recurso de intervenção do Estado.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com a análise do bem jurídico como limite à intervenção penal no âmbito político-criminal. Na sequência, trata-se dos postulados da intervenção mínima, os quais orientam uma política criminal orquestrada nas naturezas fragmentária e subsidiária do Direito Penal, excluindo-se aquelas condutas que não lesam ou, então, que afetam muito superficialmente o bem jurídico penalmente tutelado. Por fim, analisa-se os precedentes que deram origem à Súmula 599 do STJ, os quais sedimentaram uma orientação de *prima ratio* em matéria penal no Brasil para esse grupo específico de infrações penais.

A pesquisa é encerrada com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados acerca do objetivo geral e do questionamento proposto.

Quanto à metodologia, a fase de investigação denota a utilização do método indutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfica e análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O BEM JURÍDICO PENAL COMO LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL

Atualmente, o posicionamento doutrinário majoritário admite que o Direito Penal é um instrumento protetor dos bens jurídicos, vertente esta que encontra defensores, por exemplo, na Alemanha (ROXIN, 2013), na Espanha (MUÑOZ CONDE, 2001), na Itália (FERRAJOLI, 2002) e no Brasil (TAVARES, 2018). Trata-se de uma concepção do funcionalismo penal teleológico, valorativo ou moderado desenvolvido pelo penalista alemão Claus Roxin.

O Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, proposto por esse autor, implica em um conceito de Bem Jurídico crítico com a legislação, “[...] na medida que pretende demonstrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”. Neste íterim, Bem Jurídico pode ser compreendido como “[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2013, pp. 18-20).

Porém, essa ideia de proteção de bens jurídicos pela via do Direito Penal necessita ser enfrentada, pois, conforme anota Paulo César Busato (2017, pp. 15-17), o Direito Penal oferece

uma proteção meramente simbólica de Bens Jurídicos, já que só será legítimo intervir *ex post factum*. Nesse sentido, a missão do Direito penal é a realização do “controle social do intolerável”, identificado pela existência “[...] de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade”, sendo esta a justificativa da imposição de uma norma jurídico-penal.

Por isso, a Criminologia Crítica (BARATTA, 2004) desacredita a capacidade preventiva de qualquer etapa da criminalização. A norma penal não possui nenhum efeito determinante na prática ou não de crimes. Porém, “ainda assim, promovem-se esquemas de justificação para que se legitime esse projeto legislativo criminalizador de viés punitivo, mesmo que a esfera prática de proteção reste relegada a uma solução puramente artificial” (CHAVES JUNIOR, 2018, p. 120).

O bem jurídico, então, deve operar como um limite, muito mais do que mera justificativa, para a intervenção penal, a partir da sua “função *teleológico-sistemática*” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 402).

Sendo assim, ao invés de tratar o Bem Jurídico Penal como objeto de proteção em um dado conceito, melhor seria tê-lo como “[...] ônus argumentativo necessário a partir do qual, legitimamente, um tipo penal pode ser criado e a ação adequada formalmente a este tipo pode ser, no plano concreto, considerada relevante a ponto de ser legítima a imposição da pena [...]” (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 18).

Recorda-se que “[...] a origem e o sentido do bem jurídico em nosso modelo constitucional deve operar como um limite ao poder estatal (função negativa), não devendo jamais ser entendido em sentido contrário”. Logo, não há obrigação do legislador penal criminalizar condutas e nem do Direito penal atuar em casos ao único argumento da danosidade social. Afinal, não se trata do único e o mais eficaz meio de intervenção do ordenamento jurídico (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 214).

Daí o conceito material de crime, que limita “[...] o poder de punir, na exata medida em que se afasta do direito penal a *forma* sem a *matéria*” (BRANDÃO, 2015, p. 16). A proteção de bens jurídicos, “[...] cumprida a partir da determinação do conteúdo material do delito, impede, assim, que qualquer tipo de interesse ou convicção moral cuja violação não tenha repercussão social negativa relevante possa servir de fundamento de incriminação [...]” (BECHARA, 2014, p. 71). Por consequência, o bem jurídico, como critério dogmático, tem sua função essencial na capacidade de mostrar que o “[...] direito penal não pode ser aleatório, que assume pela primeira vez de forma racional a sua legitimação” (SILVA PEREIRA, 2003, p. 310).

Assim, “negar a função limitadora do bem jurídico significa, portanto, esvaziar sua função dogmática, convertendo a estrutura do delito em construção meramente espiritualizada, a possibilitar uma aplicação desmedida e autoritária do Direito Penal” (BECHARA, 2014, p. 144). Ou seja, “[...] a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção *fragmentária* e *subsidiária* da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela *vontade do poder*, ou pelas *expectativas normativas* como *objetos* de criminalização [...]” (SANTOS, 2012, p. 16). Observa-se, portanto, que o bem jurídico é um ponto central na imposição de limites à intervenção penal.

3. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL

O Princípio da Intervenção Mínima “[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes” (BITENCOURT, 2020, n. p.). Na perspectiva deste princípio, que tem fundamento nos preceitos da Constituição da República, a conduta, embora se enquadre perfeitamente no preceito primário do tipo, não representa ofensa relevante ao bem jurídico penalmente tutelado para configurar um injusto típico. Assim, “pode-se dizer que nem todos os bens jurídicos requerem uma tutela penal, nem todos que a requerem precisam dela em todos os casos que enfrentem qualquer tipo de dano ou ataque” (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 116).

A criminalização, então, será limitada em dois níveis. No primeiro deles (criminalização primária), exercida pelo legislador, só será legítima a proibição de determinados comportamentos quando estes representarem conteúdo lesivo aos bens jurídicos penalmente tutelados, pois não há como delimitar o poder punitivo do Estado sem esse “pressuposto material que lhe trace os contornos da estabilidade” (TAVARES, 2002, p. 180).

Já no segundo nível (criminalização secundária), exige-se do intérprete da lei um procedimento mental denominado “*juízo de tipicidade*” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2008, p. 385), que significa uma valoração do comportamento, nos âmbitos formal e material.

A tipicidade formal, aqui mencionada, “é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal”. Somente após um juízo desse mérito, positivo ou negativo, e a delimitação do âmbito do punível (aferição material) pelo intérprete da lei, é que se revelará se a conduta é penalmente típica (quando preenchidos os aspectos formal e material), sendo aí estabelecidas “as fronteiras e os contornos da intervenção penal” (PRADO, 2017, n. p.).

Para tanto, é na “gradação qualitativa e quantitativa do injusto” que o fato insignificante impedirá o reconhecimento da tipicidade penal da conduta (TOLEDO, 1994, p. 134) e, conseqüentemente, a imputação de qualquer responsabilidade penal ao agente. Nesse sentir, o bem jurídico funciona como “[...] o critério hermenêutico que motiva o afastamento da tipicidade formal, quando não se reconhecer a sua violação ou a sua exposição a perigo” (BRANDÃO, 2014, p. 85).

Deve-se recordar, no entanto, que a intervenção penal é fragmentária, pois direcionada somente aos casos de ataques mais graves e intoleráveis aos bens jurídicos penais (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 115).

Ainda, a proteção de bens jurídicos será subsidiária. Afinal, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos previstos na Constituição da República, senão aqueles mais relevantes. Logo, não existe uma obrigação para o legislador sancionar penalmente toda conduta que lesione um bem jurídico, nem é o Direito penal o único meio de sua proteção, mas sim o último e o mais grave instrumento voltado para esse objetivo (MUNÕZ CONDE, 2001, p. 563).

São os critérios da lesividade, fragmentariedade e a subsidiariedade, portanto, desdobramentos do Princípio da Intervenção Mínima, já que constituem um filtro político-criminal das condutas que justificam a intervenção mínima do Direito penal.

Nesse panorama, observa-se que o bem jurídico é o referencial obrigatório da intervenção mínima, “[...] evitando-se um raciocínio pragmático superficial que, por meio da pretensão de maior eficácia do controle de determinadas situações, lance mão da intervenção penal em quaisquer hipóteses” (BECHARA, 2014, pp. 377-379).

No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado como princípio da insignificância ou bagatela, nomenclatura que foi utilizada por Claus Roxin (2002, p. 73) na obra *Política criminal y sistema del derecho penal*. Porém, a terminologia não parece apropriada para demonstrar o sentido e orientação do referido princípio.

Paulo César Busato (2017, p. 61), por exemplo, atribui críticas à questão terminológica da “insignificância” ou “bagatela”, por não refletir o princípio orientador da intervenção penal. O uso das referidas expressões transmite a ideia da discussão sobre a criminalização ou não de comportamentos insignificantes e associa o princípio à pouca importância, além de induzir o leitor a concluir que o objeto material é o que determinará a necessidade de intervenção penal. Por outro lado, o termo “intervenção mínima” é coerente com a proposta aqui delineada, pois vincula, inclusive foneticamente, a intervenção penal ao mínimo necessário diante das circunstâncias do caso concreto.

Não bastasse essa incoerência terminológica verificada tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, observa-se alguns problemas na compreensão e nos critérios hermenêuticos utilizados para a aplicação do referido princípio no Brasil. Exemplo disso é o que a doutrina convencionou como “bagatela própria e imprópria¹”.

Essa anomalia criada pela doutrina moderna deve ser lida criticamente. Não há que se fazer essa distinção e não apenas pela nomenclatura “bagatela” ser bastante desapropriada, mas porque o Princípio da Intervenção Mínima, conforme já verificado, se refere à análise das condutas que encontram relevância a partir do grau de ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado e que não pôde ser tratado por outros meios de controle social, tornando necessária a intervenção de *ultima ratio* do Direito penal.

Veja-se que há um filtro político-criminal que despacha liminarmente condutas materialmente atípicas em matéria penal, mas em momento algum se discute o merecimento ou não de imposição de pena. Referido princípio instrumentaliza uma interpretação restritiva nos tipos penais, voltada para que se “[...] mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico” (ROXIN, 2000, p. 47), mas sem adentrar propriamente nesse mérito.

A deturpação de sentido do Princípio da Intervenção Mínima é tão latente que se assemelha a imposição de limites político-criminais à pretensão punitiva do Estado (intervenção mínima) com a imposição de pena em razão da prática de determinada infração penal (punibilidade), como se fossem medidas idênticas no ordenamento jurídico.

Inclusive, a bagatela imprópria parece ser uma esquizofrênica causa de extinção da punibilidade pela via do perdão judicial (Art. 107, IX, CP) já que o instituto apenas poderia ser estabelecido pela lei (taxativo). Então, tem-se que essa construção doutrinária da bagatela própria, para condutas materialmente irrelevantes, e bagatela imprópria, nos casos de desnecessidade de aplicação da pena, não merece prosperar.

Quanto à aplicação do Princípio da Intervenção Mínima, de maneira geral, os precedentes apontam para os vetores interpretativos fixados no Habeas Corpus 84.412-0/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004) pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de

¹ Na infração bagatelar própria, a conduta nunca adquiriu relevância penal, em razão da inexistência de desvalor da ação ou de desvalor do resultado. Aqui, portanto, se exclui a tipicidade material e, conseqüentemente, a tipicidade penal. Já na infração bagatelar imprópria, há relevância da conduta inicialmente posta, porém, verifica-se mais à frente que a aplicação da pena se tornou desnecessária (GOMES, 2006, p. 47). Na verdade, conforme aquilo que se apresenta, essa ideia de “infração bagatelar imprópria” mais se aproxima ao instituto do perdão judicial, sobretudo, porque não interfere na tipicidade do fato, mas na punibilidade do agente.

reprovabilidade; d) inexpressividade da lesão jurídica. No âmbito dos Tribunais Superiores, a adoção desses critérios passou a ser matéria sedimentada em meados do ano de 2008².

No entanto, essas balizas, que servem como critérios hermenêuticos para a aplicação do princípio no Brasil, são totalmente desvirtuadas dos postulados da intervenção mínima, a exemplo da “[...] possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamando à determinação da existência do fato criminoso aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito penal do autor” (BUSATO, 2017, p. 62).

Acresce-se, ainda, que tais vetores são “tautológicos”, pois se houver mínima ofensividade da conduta, todos os outros critérios serão preenchidos por um desencadeamento lógico sobre a mesma ideia, mas expressada por meio de palavras diferentes (QUEIROZ, 2020, p. 97). Ou seja, se a conduta expressa mínima ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado, evidentemente também não comportará nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica.

Por essa breve exposição, tem-se que, se este princípio, com os dilemas que enfrenta, é o responsável pela orientação da intervenção penal, não surpreende que a sua aplicação no Brasil seja completamente contrária à proposta inicial, figurando o Direito penal como *prima ratio* da intervenção estatal em diversos casos.

Este trabalho, porém, abarca essa análise para um grupo bem específico de infrações penais, conforme se verificará a seguir com o estudo da Súmula 599 do STJ e os precedentes deste Tribunal, sobretudo aqueles que permitiram que fosse firmada tal orientação.

4. SÚMULA 599 DO STJ: A VEDAÇÃO DA ANÁLISE DA TIPICIDADE MATERIAL DO FATO NAS CONDUTAS QUE ENCONTRAM TIPICIDADE FORMAL AOS DELITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os precedentes originários que deram embasamento à Súmula 599 do STJ dispõem a seguinte orientação: “não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015c)³. A justificativa, portanto, é a tutela da moral administrativa que, por ser insuscetível de valoração econômica, supera qualquer dimensão material.

² A partir do REsp 956.898/RS, julgado em 23/08/2007, a quinta Turma do STJ alinhou o seu entendimento conforme as demais Turmas deste Tribunal e do STF quanto à aplicação dos critérios fixados no HC 84.412/SP.

³ Anota-se outros precedentes do Tribunal no mesmo sentido: AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 342.908/DF, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 572.572/PR, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 614.524/MG, Recurso em Habeas Corpus nº 51.356/SC, AgRg no Habeas Corpus nº 188.151/SP, AgRg no Agravo

Exemplo disso pode ser extraído do Recurso Especial 1.062.533/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009)⁴, sob relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, onde se decidiu pela tipicidade da conduta do recorrente que, na condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos, avaliados em R\$ 13,00, de uma Secretaria Municipal de Saúde. Naquela ocasião, não obstante o reconhecimento do valor irrisório do caso em comento e do bem jurídico “patrimônio público” no crime de peculato (Art. 312, CP), “o recorrente aproveitou-se de sua função pública para subtrair os bens”, atingindo “a moral administrativa e a fé pública, o que é inaceitável”. Assim, por afetar esses três bens jurídicos e, ainda, diante da “alta reprovabilidade da conduta”, não incidiria o princípio da insignificância.

Esses argumentos que dão sustentação ao precedente e, por consequência, a edição da Súmula objeto de crítica, não convencem, mormente quando outros ramos do Direito, ou seja, outros segmentos de controle de comportamentos dos servidores, podem, com igual ou melhor resultado, buscar atingir a proteção dos valores ali anotados. O próprio Direito Administrativo, neste ponto, é a melhor das opções, levando-se em conta a subsidiariedade penal. Afinal, uma política criminal que se queira válida em um Estado democrático, “deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali onde se verificarem lesões insuportáveis das condições comunitárias [...]” (DIAS, 2017, p. 287). Desse modo, além da subtração de bens avaliados em treze reais não lesionar de forma significativa a Administração Pública (inclusive o Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa possibilidade⁵), certamente há outros instrumentos de controle para comportamentos tão inexpressivos.

O fato é que, aparentemente, a responsabilidade penal é diagnosticada em razão da pessoa do agente, ou seja, por ser o autor do fato, servidor público. Explica-se.

O exercício de cargo público é condição inerente ao crime de peculato (crime *funcional*). Desse modo, caso a conduta não fosse perpetrada por funcionário público, nem mesmo se trataria de comportamento formalmente típico. Especialmente por isso, a condição de servidor público não pode alcançar relevância à tipicidade material, pois é elementar do tipo. Não se trata, portanto, de critério para se analisar a relevância material da conduta, mas a tipicidade formal do fato, avaliação que escapa do precedente referido acima.

de instrumento nº 1.105.736/MG, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 648.194/SP, Habeas Corpus nº 274.487/SP.

⁴ Outro caso similar e que demonstra o Direito Penal de Autor no ordenamento jurídico brasileiro por este Tribunal é o Habeas Corpus 192.242/MG, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp, que tratou sobre um caso envolvendo a prática do crime de furto de quatro unidades de chocolate Bis, totalizando R\$ 0,40 (quarenta centavos de Real), supostamente cometido por um policial militar. Conforme: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011).

⁵ Ver, por exemplo, caso análogo julgado pelo Supremo Tribunal Federal (mesmo prejuízo patrimonial à Administração Pública), em que foi reconhecida a aplicação do princípio da insignificância, por maioria, com a consequente absolvição do impetrante: (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012).

Vê-se, então, que ao serem consideradas as características intrínsecas do agente (funcionário público) para sustentar um juízo completo de tipicidade penal, abandona-se o Direito penal de *Fato*, no sentido de que uma conduta exteriorizada possa ser alvo de castigo, para incidir o Direito penal de *Autor*⁶ (*Täterstrafrecht*), o que representa uma explícita manifestação de um poder punitivo autoritário.

Conforme o Direito penal de culpabilidade (*de Fato*), somente a conduta humana, como primeiro marco da pretensão punitiva, bem como o resultado por ela produzido, podem sustentar a interferência penal na liberdade do indivíduo (HASSEMER, 2005, p. 282). Não são legítimas, dessa forma, as incriminações voltadas à sua personalidade.

É que “o Direito penal somente se ocupa de fatos: somente fatos podem ser penalmente castigados” (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 103), pelo que é irrelevante o cargo público ocupado pelo agente para se reconhecer a significância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, até porque uma conduta insignificante praticada por servidor público não adquire importância ao se verificar essa condição pessoal. Isto é, “não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime” (QUEIROZ, 2020, p. 104) e é essa lógica que deve permanecer em um Estado Democrático de Direito.

Aliás, se o princípio da intervenção mínima implica, necessariamente, numa análise de “níveis de intervenção” (TAVARES, 2018, p. 76-77), seja na criminalização primária ou secundária, não é possível aferir nada além da ofensa ao bem jurídico. Nesse sentido, a perseguição penal à determinados grupos de pessoas, nesse caso, os servidores públicos, desvirtua o propósito do Direito penal de Fato em um Estado de Direito, fazendo com que essa intervenção penal, ao invés de ponderada e mínima, seja atribuída quase que automaticamente, bastando a subsunção da conduta à descrição contida no tipo penal. Em outras palavras, sempre que houver perseguição a pessoas, e não àqueles fatos praticados por elas, é bem possível que se esteja diante de um Direito penal Máximo.

Por isso, não parece razoável a edição e incidência da Súmula 599 do STJ. Não há amparo dogmático ou exegese possível para se sustentar a tipicidade material do fato em razão da mera condição de autor da ação, embora seja possível a análise das suas condições pessoais quando da dosimetria da pena (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 30-31), salvo se considerar por completo o abandono do Princípio da Intervenção Mínima no trato dessa questão funcional que, somente a partir de uma análise de *prima ratio*, é deslocada para o campo penal.

⁶ Sobre o Direito penal de Autor ou do Inimigo, ver: (JAKOBS; MELIÁ, 2006).

Dessa forma, a intervenção penal mínima não deve ser ponderada no autor do delito, pois além de não ter relação nenhuma com a tipicidade material (ofensividade da conduta) e nem limitar qualquer pretensão punitiva, torna o Direito penal um instrumento voltado contra pessoas, e não a determinados comportamentos praticados por essas pessoas. E essa orientação é bastante evidente quando o mesmo Tribunal (STJ) admite a incidência do princípio da insignificância para os autores de crimes tributários federais e de descaminho, quando a lesão ao erário público não ultrapassa a marca dos R\$ 20,000 (vinte mil reais)⁷.

Nesse sentido, veja-se que no crime de descaminho (Art. 334, CP), passível de cometimento por qualquer particular, a tipicidade penal é avaliada em ambas as dimensões (formal e material), reconhecendo-se a insignificância dos fatos que não gerem lesões consideráveis, muito embora referida infração penal se encontre no rol dos crimes contra a Administração Pública (Capítulo II do Título XI⁸ da Parte Especial do Código Penal)⁹.

Denota-se, a partir disso, flagrante incoerência desencadeada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois, diante de situações similares (condutas formalmente típicas praticadas contra a Administração Pública), aplica-se orientações completamente diferentes. E isso provoca insegurança jurídica sobre o tema¹⁰, além de reforçar a hipótese do reconhecimento da insignificância com base nas características do autor, e não na lesão ao bem jurídico provocada por sua conduta.

Evidentemente, esse segmento jurisprudencial que afasta, em absoluto, a análise do conteúdo material de condutas insignificantes e lesões graduáveis ao bem jurídico é manifestamente oposto ao Princípio da Intervenção Mínima, já que se permite a incriminação de qualquer conduta formalmente típica, mas desde que esteja na mira do processo de incriminação um servidor público.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt (2020, n. p.), anota que “tecnicamente, não há que se fazer essa restrição”. A resistência em aplicar o princípio da insignificância para determinados delitos no Brasil, dentre os quais, aqueles praticados contra a Administração Pública em razão

⁷ O Superior Tribunal de Justiça alinhou esse entendimento com o Supremo Tribunal Federal, conforme o Tema Repetitivo 157. Sobre a hipótese, Paulo Queiroz anota que essa orientação do STJ se alinha melhor ao princípio da proporcionalidade do que à insignificância, pois “se o referido valor fosse realmente insignificante, teria de servir de parâmetro para outros crimes, a exemplo dos patrimoniais”, sobretudo porque “se não é necessária/adequada a intervenção menos grave (civil), tampouco será a mais grave (penal)”. (QUEIROZ, 2020, p. 96).

⁸ Este título é inaugurado no artigo 312 do Código Penal sob o título “Dos Crimes praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral”.

⁹ A exemplo: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2019a). Inclusive, este Tribunal já estendeu essa orientação da aplicabilidade do princípio da insignificância para crime tributário estadual. Ver: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2020a).

¹⁰ Especialmente pela divergência deste Tribunal com o Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

da importância do bem jurídico tutelado, não obsta o reconhecimento da atipicidade material. Não basta a importância do bem jurídico penal, pois é necessário que a lesão a este bem contenha similar grau de relevância para a ocorrência de um injusto típico.

Inclusive, não se pode ignorar que a utilização deste argumento provoca alguns questionamentos, a saber: àqueles crimes cuja aplicabilidade do princípio da insignificância é permitida, tutelam bem jurídico penal de menor importância? Se sim, quais são os critérios para embasar essa diferenciação, senão por mero capricho dos intérpretes da lei? Há, então, hierarquização de bens jurídicos penais no Brasil e que justifica, aos que alcançam maior importância, qualquer intervenção penal, inclusive nos casos em que não se mostra necessária? Se assim, como sustentar, racionalmente, a diferença entre a prática do crime de furto de uma caneta “Bic” de um supermercado (conduta que pode ser materialmente insignificante, segundo o STJ) e a prática do crime de peculato pelo servidor público que se apropria de uma caneta idêntica do seu departamento de trabalho na Administração Pública?¹¹

Essas inquietações certamente revelam a fissura contida na orientação do STJ a partir do enunciado da Súmula 599 que determina, arbitrariamente, a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes praticados contra a Administração Pública.

Mas não é só. Acresce-se a isso o fato de os precedentes, por vezes, não remeterem à lesão ao bem jurídico, mas à afetação de deveres ou valores por servidores públicos, comportamentos que figuram estritamente no âmbito de disciplina administrativa. É o que se extrai, por exemplo, do Habeas Corpus 50.863/PE (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006), sob relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa. No precedente, noticia-se a apreensão de 70 bilhetes de metrô avaliados em torno de R\$ 60,00, onde, segundo o Relator, se “revelou a quebra do dever de fidelidade para com a Administração Pública, sendo, assim, incabível aplicar o princípio da insignificância, ante o desvalor da conduta que lesou o dever de probidade do funcionário público”.

De forma semelhante, o AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.450.696/SP (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2019b) traz que, para o desvio temporário e não volitivo de produtos alimentícios avaliados na monta de R\$250,00, vigora o enunciado da súmula 599, “sobretudo quando perpetrados no âmbito da Administração Castrense, cujos valores institucionais e o próprio funcionamento estão alicerçados aos rigores da disciplina, da hierarquia, da ordem e da moralidade administrativa”.

¹¹ Exemplo construído a partir daquele exposto na obra de Cezar Roberto Bitencourt (2020, n. p.). Esta última situação hipotética referente à suposta prática do crime de peculato também foi trazida por Juarez Tavares para demonstrar a inexistência de lesão ao patrimônio estatal. Ver: (TAVARES, 2018, p. 231).

Essas violações de deveres ou de regramentos pelos servidores públicos, porém, não merecem uma valoração penal, pois o Direito penal não é apto a impor deveres gerais de obediência ou normas de comportamento que se mostrarem adequadas no âmbito da Administração Pública. É descabido sustentar a incriminação de uma conduta simplesmente em razão de que afetou os “valores institucionais” ou demonstrou que o servidor público se voltou contra a instituição na qual está inserido. Condutas que investem tão somente contra esses “valores” pregados no funcionamento da Administração Pública não autorizam a intervenção penal (que deve ser mínima). Pelo menos três boas razões sustentam essa tese.

Primeiro porque outros ramos do Direito podem figurar no âmbito dessa tutela de forma (mais ou igualmente) eficaz, a exemplo do Direito Administrativo. Segundo, porque a proteção a esse tipo de conteúdo dá suporte a qualquer margem de criminalização por parte do intérprete. Por último, o bem jurídico (Administração Pública), que deve funcionar como limite ao processo de incriminação, é simplesmente ignorado para fins de tipicidade, na medida em que não se analisam os contornos materiais da conduta. Imagine-se, a título exemplificativo, um servidor público que, no contexto de trabalho, imprime uma folha com a fatura do seu cartão de crédito fazendo uso da impressora da repartição (gastando, pois, a tinta fornecida pelo Estado). Praticaria este servidor o crime de peculato-apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1ª parte)? Situações como essas são corriqueiras, tanto no âmbito da administração pública quanto no campo da administração privada e auxiliam a enxergar o quanto é importante ter em conta lesão à administração como critério de referência de tipicidade material. Como a lesão é graduável, não há como ignorar o suposto dano (ou falta dele) provocado pela conduta para fins de tipicidade penal.

A moral, por outro lado, além de não ser bem jurídico-penal, não é passível de graduação. E é justamente neste último ponto que se opera uma fatal subversão deste bem jurídico, pois os votos que compõe os precedentes que dão sustentação à da Súmula 599 do STJ declaradamente buscam abrigo na proteção de outras coisas, a exemplo da “moral administrativa” e “fé pública”. Dois problemas fundamentais aqui.

Em **primeiro lugar**, ainda que a moralidade seja um dos princípios que regem a Administração Pública por força constitucional (Art. 37, CRFB/88), pouco se sabe pelo que se compreende “moral administrativa” em Direito Penal. Daí porque não pode refletir ela como justificativa de qualquer criminalização. E a razão para isso é bastante simples: a função declarada e majoritariamente aceita em Direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos (QUEIROZ, 2020, p. 102) e, certamente, a moral não ocupa esse lugar (GRECO, 2010, p. 174).

Aliás, o fato de admitir que o bem jurídico é um limite à intervenção penal e não mero objeto de proteção ajuda a compreender o erro em punir “infrações” *exclusivamente* morais. O correto seria que tais condutas, se controladas, fossem tratadas por medidas administrativas, e não pela “*ultima ratio* do sistema normativo” (BITENCOURT, 2020, n. p.).

Em **segundo lugar**, no que se refere à “fé pública¹²”, tem-se esse mesmo deslocamento, pois se trata de bem jurídico coletivo certamente tutelado em outros tipos penais. O tipo penal que prevê o peculato (previsto no Título XI do Código Penal), por exemplo, não existe para proteger a fé pública (voltada para os crimes do Título X do Código Penal), mas a Administração Pública.

Nota-se assim, que, diante desses dois bens consignados (e desapropriados) em precedentes do Superior Tribunal de Justiça inerente à Súmula 599 do STJ, qualquer conduta perde a sua visibilidade material. Se pela moral administrativa há um interesse pertencente ao Direito Administrativo, não pode ela ser importada para o Direito penal para fins de criminalização de tipos que tem outros bens jurídicos como objeto de proteção. De igual modo, quanto à fé pública, reitera-se que ela não possui lugar nos crimes funcionais aqui tratados, bastando verificar, pela organização dos delitos no Código Penal, o seu direcionamento àqueles crimes que compreendem falsidades¹³ e fraudes¹⁴.

Aliás, é importante recordar que a atribuição de bens jurídicos é papel exclusivo do legislador penal quando da criminalização (primária) de comportamentos, e não no momento da aplicação da lei (secundária). Ou seja, se o bem jurídico fosse algo a ser diagnosticado (ou passível de alteração) pelo aplicador da lei, o Direito Penal perderia a sua razão de ser, pois o processo de criação dos tipos restaria flagrantemente desvinculado a qualquer objeto de proteção, possibilitando, nesses casos, tal como se verifica nos crimes contra a Administração Pública, a escolha de bens jurídicos *a la carte* pelos intérpretes da lei. Daí a relevância de se respeitar aquilo que o legislador penal determinou como objeto de proteção. Consequentemente, se verificado a ausência de lesão ou perigo de lesão relevante a este bem jurídico, impõe-se a exclusão da tipicidade penal da conduta.

¹² Anota-se que mesmo diante da mudança do bem jurídico inicialmente proposto pelo legislador penal, o Superior Tribunal de Justiça logrou êxito ao escolher outro bem para o qual há segmento jurisprudencial bastante consolidado sustentando essa mesma restrição quanto à aplicação do princípio da insignificância. A exemplo: “[...] 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, sendo o bem jurídico tutelado a fé pública, não é possível mensurar o seu valor, razão pela qual, inaplicável o princípio bagatelar. 2. Agravo regimental improvido”. Ver: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2020b).

¹³ Conforme os Capítulos I, II, III, IV do Título X do Código Penal Brasileiro.

¹⁴ Conforme o Capítulo V do Título X do Código Penal Brasileiro.

Por tudo isso, entende-se que é perfeitamente possível reconhecer atípicas penalmente, a partir do Princípio da Insignificância, condutas formalmente típicas, praticadas contra a Administração Pública, mas que não lesam ou, então, que não afetam significativamente o bem jurídico penalmente tutelado.

Sendo assim, observa-se que essa patente desorientação em torno da tipicidade penal cria uma verdadeira “jurisprudência de conceitos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 399) que acaba por autorizar a criminalização de absolutamente qualquer coisa. Por tais constatações, é possível diagnosticar que a orientação articulada pelo Superior Tribunal de Justiça a partir da Súmula 599, de que não se aplica, em absoluto, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, revela a adoção de um Direito Penal *prima ratio* e diametralmente oposta aos postulados de um Direito Penal de matriz democrática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa que aqui se finaliza procurou verificar, por meio do estudo da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, se os argumentos de que se vale este Tribunal para impedir a análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima, que tem no Direito Penal o último recurso de intervenção do Estado.

Assim, a proposta foi responder o seguinte questionamento: a Súmula editada pelo STJ que nega a análise do conteúdo material do fato aos delitos contra a administração pública viola o Princípio da Intervenção Mínima?

Para tanto, num primeiro momento, fora abordado o bem jurídico como um critério negativo no processo de criminalização, o qual limita o legislador penal à proteção de bens jurídicos (criminalização primária) e vincula o intérprete da lei à análise do conteúdo ofensivo da conduta para embasar a ocorrência de um fato típico (criminalização secundária).

Na sequência, foram expostos os postulados do Princípio da Intervenção Mínima, a saber: lesividade, fragmentariedade e a subsidiariedade, os quais estabelecem um filtro político-criminal da intervenção do Direito penal, na medida em que houver ofensa grave ao bem jurídico penalmente tutelado, após todos os outros meios de controle social falharem nesse objetivo.

Dando seguimento ao estudo, foram analisados os precedentes do STJ, sobretudo aqueles que deram origem à Súmula 599 deste Tribunal, os quais impedem a análise do conteúdo material do fato para dois grupos específicos de infrações. Verificou-se dos precedentes, neste ponto, que a relevância penal de determinadas condutas é diagnosticada tão somente a partir de

critérios alinhados à pessoa do agente (servidor público), e não ao fato praticado por ele, consolidando um Direito Penal de Autor.

A partir disso, instala-se uma flagrante insegurança jurídica na jurisprudência do Tribunal, pois, diante de situações similares (condutas praticadas em desfavor da Administração Pública), condiciona-se o reconhecimento da irrelevância da lesão ao bem jurídico se o réu é ou não funcionário público. E assim sendo, impera uma orientação absoluta pela inaplicabilidade, mesmo que a lesão ao bem jurídico seja flagrantemente irrelevante ou, até mesmo, inexistente. Além disso, foi possível observar a subversão de bens jurídicos para a promoção de outros bens, alheios aquele declaradamente tutelado pela norma penal que se reconhece violar, o que acaba subjugando o bem jurídico como limite à intervenção penal ao ser conduzido como um critério positivo no processo de incriminação, a partir, por exemplo, da prática de meras imoralidades contra a Administração Pública (interesse pertencente ao Direito administrativo) ou de afetação de supostos bens jurídicos que não foram selecionados pelo legislador penal, o que possibilita qualquer juízo de incriminação formulado pelos intérpretes da lei.

Concluída a pesquisa, tem-se uma resposta afirmativa ao questionamento proposto, vez que a direção e as justificativas para o reconhecimento do injusto a partir da incidência da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça consolida uma latente desorientação jurisprudencial pela adoção de um Direito Penal *prima ratio*, impondo-se a intervenção penal em qualquer caso envolvendo delitos contra a Administração Pública. A partir dessa orientação, comportamentos materialmente insignificantes ou impossíveis de gerar qualquer afetação ao bem jurídico ganham relevância penal num trágico universo de lógica burocrática.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). Traducido por Beatriz Lenzi. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal** (Compilación *in memoriam*). Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2004, pp. 299-333.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. v. 1. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis. vol. 35, n. 68, pp. 59-89, jun. 2014. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p59>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de instrumento 1.105.736/MG**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., Brasília, DF, j. 07/12/2010, DJe 17/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.450.696/SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., Brasília, DF, j. 05/09/2019, DJe 17/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 342.908/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., Brasília, DF, j. 18/06/2014, DJe 27/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 487.715/CE**, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., Brasília, DF, j. 18/08/2015, DJe 01/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 572.572/PR**, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., Brasília, DF, j. 08/03/2016, DJe 16/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 614.524/MG**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., Brasília, DF, j. 14/04/2015, DJe 23/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 648.194/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., Brasília, DF, j. 03/03/2016, DJe 14/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1.585.414/TO**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., Brasília, DF, j. 19/05/2020, DJe 25/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 535.917/MS**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., Brasília, DF, j. 14/06/2016, DJe 23/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus 188.151/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., Brasília, DF, j. 23/02/2016, DJe 07/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus 318.849/MS**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., Brasília, DF, j. 27/10/2015, DJe 16/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial 1.752.824/SC**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., Brasília, DF, j. 05/02/2019, DJe 22/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 192.242/MG**, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., Brasília, DF, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 274.487/SP**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., Brasília, DF, j. 05/04/2016, DJe 15/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 317.781/MS**, Rel. Min. Newton Trisotto, 5ª T., Brasília, DF, j. 06/08/2015, DJe 19/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 50.863/PE**, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., Brasília, DF, j. 04/04/2006, DJe 26/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 535.063/SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, Brasília, DF, j. 10/06/2020, DJe 25/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 51.356/SC**, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., Brasília, DF, j. 03/02/2015, DJe 18/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.062.533/RS**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., Brasília, DF, j. 05/02/2009, DJe 09/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgInt no AREsp 758.017/SP**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., Brasília, DF, j. 09/08/2016, DJe 22/08/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 112.388/SP**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., Brasília, DF, j. 21/08/2012, DJe 13/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.412-0/SP**, Rel. Min. Celso Mello, 2ª T., Brasília, DF, j. 19/10/2004, DJe 19/11/2004.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018.

CHAVES JUNIOR, Airto. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da Intervenção Mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos Tribunais Superiores. **Revista Católica Law Review**, Lisboa/Porto, v. III, n. 3, pp. 11-41, nov. 2019.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

DIAS, Jorge Figueiredo. O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Juarez Tavares *et al.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Infração bagatelar imprópria. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano II, n. 6, jul.-set. 2006.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 82, pp. 165-185, jan-fev. 2010.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Colombia: Editorial Temis S. A., 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, pp. 41-51, out./dez. 1994.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: Editora B de F Ltda., 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales (Coord.). **El nuevo derecho penal español**. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzadi Editorial, 2001, pp. 561-574.

SILVA PEREIRA, Maria Margarida. Bens Jurídicos Colectivos e Bens Jurídicos Políticos. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (Org.). **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Portugal: Coimbra Editora, 2003, pp. 293-316.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro** [livro digital]: parte geral, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99912965/v2>. Acesso em: 17 jun. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.