



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO LATU SENSU
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

KLEDSON WILLY DOS SANTOS FERREIRA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CRISE DE INTERVENÇÃO MÍNIMA
DO DIREITO PENAL**

Salvador

2022

KLEDSON WILLY DOS SANTOS FERREIRA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CRISE DE INTERVENÇÃO MÍNIMA
DO DIREITO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito, como premissa para obtenção do título de Pós-Graduado em Ciências Criminais.

Orientador: Pablo Domingues Ferreira de Castro

Salvador

2022

RESUMO

A presente monografia consubstancia uma breve análise sobre a aplicação do Princípio da Insignificância nas ações penais que envolvem crimes contra a Administração Pública e discutir a influência do expansionismo e simbolismo do Direito Penal nesse processo. Nessa perspectiva, busca-se examinar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, em especial dos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esta pesquisa, de maneira linear, também tem por objetivo entender o porquê a aplicação desse instituto ainda possui tanta divergência, levando em consideração a finalidade do Direito Penal, como *ultima ratio* do Estado, bem como as garantias constitucionais, processuais e penais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, investigar a interferência da expansão do Direito Penal e da sua função simbólica mostra-se de extrema importância para compreender este fenômeno.

Palavras-chave: Administração Pública; Crimes; Expansionismo Penal; Princípio da Insignificância; Tribunais Superiores; Simbolismo Penal.

ABSTRACT

This monograph substantiates a brief analysis of the application of the Principle of Insignificance in criminal actions involving crimes against the Public Administration and discusses the influence of expansionism and symbolism of Criminal Law in this process. From this perspective, we seek to examine the doctrinal and jurisprudential position, especially of the Superior Courts, the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ). This research, in a linear way, also aims to understand why the application of this institute still has so much divergence, taking into account the purpose of Criminal Law, as the ultima ratio of the State, as well as the constitutional, procedural and criminal guarantees that permeate the Brazilian legal system. In addition, investigating the interference of the expansion of Criminal Law and its symbolic function is extremely important to understand this phenomenon.

Keywords: Public administration; crimes; Penal Expansionism; Principle of Insignificance; Superior Courts; Penal Symbolism.

LISTA DE ABREVIATURA

ACr – Apelação Criminal

AgRg – Agravo Regimental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1. Origem Histórica

2.2. Conceito e Princípios relacionados

2.2.1. Princípio da Intervenção Mínima

2.2.2. Princípio da Adequação Social

2.2.3. Princípio da Proporcionalidade

2.2.4. Princípio da Legalidade

2.2.5. Princípio da Ofensividade ou Lesividade

2.2.6. Princípio da Fragmentariedade

2.2.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

2.3. Requisitos do Princípio da Insignificância

3. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O BEM JURÍDICO TUTELADO

3.1. Bem Jurídico-penal

3.1.1. Classificação do Bem Jurídico

3.1.2. Funções do Bem Jurídico

3.1.3. O Bem Jurídico dos Crimes contra a Administração Pública

4. REFLEXOS DO EXPANSIONISMO PENAL

4.1. Da “Administrativização” do Direito Penal

4.2. Do Direito de Intervenção

4.3. Direito Administrativo Sancionador

5. REFLEXOS DO SIMBOLISMO PENAL

5.1. Deslegitimação do Poder Punitivo

5.2. A garantia de um Direito Penal Mínimo no Estado Democrático de Direito

6. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

6.1. Posicionamento do STJ

6.2. Posicionamento do STF

6.3. A insegurança jurídica trazida pela divergência dos tribunais superiores.

7. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O Princípio da Insignificância, também conhecido como Princípio da Bagatela, é uma construção doutrinária e jurisprudencial, não possuindo previsão constitucional ou infraconstitucional. Dessa maneira, por mais que existam requisitos para a sua aplicação, demonstrados mais adiante, ainda há uma camada de subjetividade envolto deste instituto.

Este trabalho tem o fito de investigar todas as nuances que percorrem essa subjetividade, tendo em vista os entendimentos contrários dos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). A motivação desse estudo foi justamente essa problemática.

O conceito de bem jurídico-penal também será aprofundado. Lembrando que a criação de tipos penais vem da necessidade de proteger determinados bens, que se encontram sob tutela jurídica. Assim, estabelecer os parâmetros de seleção desses bens e valores tão essenciais para sociedade é um encargo árduo e intenso, pois exige estudo, entendimento dos valores humanos e a concretização deles no mundo real.

Além disso, busca-se aqui investigar a influência da função simbólica do Direito Penal e da sua expansão nas decisões dos magistrados e como esses institutos contribuem para uma crise de intervenção mínima do Direito Penal. Fará necessário discorrer sobre cada um desses temas para que se possa diferenciá-los.

No Direito é sabido que há relatividade em diversos âmbitos, contudo, no Direito Penal, em especial, essa relatividade pode se tornar prejudicial para um Estado Democrático de Direito. Não se podem restar dúvidas quanto à aplicação de um princípio penal, pois, a sociedade precisa ter confiança quanto à competência e imparcialidade do judiciário e do sistema penal como um todo.

Neste ensaio, primeiramente, será apresentado o Princípio da Insignificância: sua origem, a natureza jurídica, a sua correlação com demais princípios do Direito Penal e sua relevância para a atual conjuntura de regras penais. É importante destacar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca dele, a partir de livros e julgados, para assim, entender-se o motivo da divergência quando se trata de crimes contra a Administração Pública.

Posteriormente, adentrar-se-á especificamente nestes delitos, apresentando suas espécies, a ligação com os princípios administrativos, o bem jurídico visado e

seus agentes, a influência de outros aspectos penais e diferenças com outros tipos penais.

Ademais, esta monografia fará uma análise, com breves considerações, das decisões e das súmulas proferidas pelas Cortes Superiores, com a intenção de indicar a melhor maneira de solucionar o desentendimento acerca desse instituto. Sendo nesse ínterim o centro de toda essa discussão, sempre que possível, as sentenças e acórdãos serão confrontados para uma melhor explanação sobre a causa e a raiz do problema.

Por fim, na conclusão, serão expostos os resultados da pesquisa e a solução encontrada, de maneira concisa e objetiva, a fim de contribuir para a comunidade acadêmica e jurídica, com vistas ao melhor entendimento para um Estado garantidor de direitos e princípios fundamentais.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os princípios são verdadeiros norteadores do Direito. Mesmo aqueles que não estão positivados no ordenamento jurídico, ajudam na interpretação da norma jurídica, conduz o legislador na sua função legiferante, além de funcionar como suplementação da lei. No Direito Penal, eles atuam principalmente na preservação dos direitos fundamentais e foi nessa perspectiva que surgiu o Princípio da Insignificância.

Em que pese a conceituação de princípio como sendo enunciado geral que rege uma ordem jurídica, possui vetores de interpretação e organização, com o fim de equilibrar, ponderar e direcionar o sistema jurídico, contribuindo com as aplicações normativas de todo o direito, não somente o Direito Positivo. (FERRAJOLI, 2002)

2.1. Origem Histórica

Sua origem ainda é um pouco incerta, com algumas dúvidas quanto à sua primeira aparição. Porém, é fato que tal princípio, primordialmente de cunho civilista, foi formulado e efetivamente introduzido no mundo jurídico por Claus Roxin, em 1964, haja vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. Assim destaca os doutrinadores André Estefam e Victor Gonçalves:

Em sua concepção moderna, o princípio da insignificância ou bagatela foi desenvolvido por Claus Roxin, como meio de aperfeiçoar a tese de Hans Welzel, segundo a qual lesões insignificantes deveriam ser excluídas da seara do Direito Penal.

[...]

Remotamente, contudo, inspira-se no velho adágio latino *de minimis non curat praetor*, identificável no direito romano. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p.171)

Atualmente, com a adoção da teoria da imputação objetiva, que atribui relevância à afetação jurídica como decorrência normativo do crime, esse princípio ostenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima. (JESUS, 2011, p.53)

2.2. Conceito e Princípios relacionados

Utilizado como causa de extinção de tipicidade material, este princípio restringe a atuação do Direito Penal que, diante disso, não deve ser invocado em situações em que não há uma violação real a um bem jurídico segurado. Dessa maneira, é ressaltado por Cezar Bitercourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (BITERCOURT, 2012, p.49)

Por este princípio, compreende-se que o Direito Penal não deve ocupar-se de bagatelas, pois o crime não é uma mera desobediência à lei penal imposta pelo Estado, mas também uma conduta que cause grave ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma. Assim, a insignificância da afetação exclui a tipicidade e só pode ser verificada a partir da análise conglobada da norma, no sentido de que a finalidade da ordem normativa é garantir a paz social. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.487)

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteado por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prever todas as situações em que a ofensa ao bem jurídico tutelado dispensa a aplicação de reprimenda em razão de sua insignificância. Assim, sob o aspecto hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade.

[...]

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal. (CUNHA, 2020, p.83)

A sua aplicação encontra diversas barreiras na justiça brasileira. Esse princípio não é admitido, por exemplo: em crimes praticados com emprego de violência a pessoa ou grave ameaça, tendo em vista que os reflexos daí resultantes

não podem ser considerados insignificantes, ainda que a coisa subtraída demonstre ínfimo valor econômico; aos crimes previstos na Lei 11.343/2006 - Lei de Drogas, seja qual for a qualidade do condenado; ao crime de posse de droga em estabelecimento militar, definido no art. 290 do Decreto-Lei 1.001/1969 - Código Penal Militar e também não se admite o postulado da insignificância no tocante ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, pois cuida-se de crime de perigo abstrato e atentatório à segurança pública. (MASSON, 2011, p.27-29) O grande obstáculo que será estudado mais adiante será em relação a sua aplicação nos Crimes contra a Administração Pública.

Consoante com o que já foi mencionado, o princípio da bagatela não está explicitamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, desse modo, encontra-se seu fundamento jurídico em outros princípios, em especial os princípios: da intervenção mínima, da adequação social, da proporcionalidade, da legalidade, da ofensividade ou lesividade, da fragmentariedade e da dignidade da pessoa humana; motivo pelo qual se mostra imprescindível citar a sua relação com os outros princípios de Direito Penal.

2.2.1. Princípio da Intervenção Mínima

O primeiro princípio que será aqui destacado é o da Intervenção mínima. Ele preceitua que a interferência do Direito Penal deve ser a menor possível. Ou seja, será o último recurso ou instrumento a ser usado pelo Estado na ocorrência de condutas ilícitas. O Direito Penal somente será invocado quando não for possível a aplicação de outro ramo do Direito, como por exemplo, administrativo, civil, trabalhista, tributário. O Direito Penal somente deve atuar quando as demais alternativas não forem suficientes para proteger os bens jurídicos conflitantes. (NUCCI, 2020, p.105)

O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas do controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário). (CUNHA, 2020, p.80).

Por conseguinte, este princípio orienta e limita o poder do Estado fazendo com que a criminalização de uma conduta só seja legitimada se constituir meio

necessário para proteção de determinado bem jurídico. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, essas serão utilizadas. (BITENCOURT, 2012, p.44)

Segundo CAPEZ (2020, p.96) a intervenção mínima possui dois destinatários principais, o legislador e o operador do Direito:

Do legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do direito deverão ser catalogados como crimes em modelos descritivos legais.

Ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico. Assim, se a demissão com justa causa pacífica o conflito gerado pelo pequeno furto cometido pelo empregado, o direito trabalhista tornou inoportuno o ingresso do penal. Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de movimentar a máquina persecutória do Estado, tão assoberbada com a criminalidade violenta, a organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário.

Logo, o Direito Penal é subsidiário, isto é, na solução de um caso concreto, só terá lugar, caso outras esferas não apresentarem uma resolução apropriada para determinado caso que exija a atuação estatal. (BATISTA, 2007, p.84)

2.2.2. Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social, idealizado pelo jurista alemão Hans Welzel, determina que, ainda quando uma ação compreenda um determinado tipo legal, esta deverá ser julgada atípica se for aceita socialmente, ou seja, “se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”. (PRADO, 2019a, p.174)

De acordo com BITENCOURT (2012, p.46-47), esse fenômeno acontece, pois, por mais que algumas condutas sejam típicas, estas precisam de uma relevância por serem habituais, *in verbis*:

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, (...) certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

Em vista disso, um comportamento que se adequa a determinado tipo penal, porém é materialmente irrelevante, em razão do desvalor da ação, correspondendo ao socialmente permitido, não opera a definição típica material.

Nesse contexto, ressalta-se que o referido princípio possui duas funções: a primeira, restringe o âmbito de abrangência do tipo e limita sua interpretação, excluindo as condutas que são socialmente aceitas; e a segunda, orienta o legislador na hora de selecionar os bens considerados relevantes, além de fazer com que este examine as normas penais e remova do ordenamento aquelas que possuem condutas delituosas que já foram perfeitamente consentidas pela sociedade. (CUNHA, 2020, p.101)

Tal princípio exprime-se em condutas já tipificadas, mas que, com o avanço do tempo e da sociedade, passaram-se a ser toleradas, de modo que é usado como método de análise e readequação das leis penais (CAPEZ, 2020, p.92). Nesse ínterim, a adequação social descarta desde logo a conduta do âmbito de incidência do tipo penal, colocando-a entre as condutas socialmente permitidas, isto é, ações materialmente atípicas.

Desta feita, tanto o princípio da adequação social quanto o princípio da insignificância estão relacionados com a tipicidade, mais notadamente com a materialidade do tipo penal. Entretanto, eles não podem ser confundidos, tendo em vista que, ao passo que a adequação social é formada pela aprovação social da ação realizada, o princípio da insignificância é constituído pela tolerância do sistema penal e do povo em face de um ato de irrelevante consequência ao bem jurídico tutelado. Logo, conquanto os dois se relacionem com a tipicidade material, o primeiro se regula pelo desvalor da ação, à medida que o segundo age sobre o desvalor do resultado.

2.2.3. Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade sempre existiu em vários ramos do Direito, como na aplicação das penas no ordenamento jurídico penal, como também, nos casos na esfera cível, como meio de coibir os atos praticados pela administração pública do Estado na ordem administrativa.

Trate-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a seção penal cumpra a sua função, deve-se ajustar a relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Esse mandamento foi aprofundado na teoria geral da pena. (CUNHA, 2020, p.126)

Nesse sentido, observa-se a primordialidade de um princípio que oriente e regule as relações entre os indivíduos e desses com o Estado, para que se busque situações mais justas.

No Direito Administrativo, Fernanda Marinela classifica este princípio da seguinte maneira:

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte. Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar a finalidade legal e, conseqüentemente, a própria lei. (2016, p.111-112)

No Direito Penal, o professor Guilherme Nucci conceitua a proporcionalidade como:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa. (NUCCI, 2020, p.109)

O princípio se faz presente como balanceador de determinadas sanções, que devem ser consideradas ou relacionadas aos seus respectivos delitos, de forma ajustada.

Possui grande ligação com o princípio da legalidade, pois a atuação do Estado deve ser efetuada de acordo com a legislação, devendo assim seguir a ideia da proporcionalidade, já que as decisões judiciais seguem os limites contidos na lei, sempre garantindo, da melhor forma, os direitos fundamentais.

O fundamento do princípio da insignificância reside também na ideia de proporcionalidade, considerando-se que a pena guarda relação com a gravidade do

crime, e que nos casos de mínima afetação ao bem jurídico, o conteúdo do injusto revela-se tão ínfimo que não subsiste razão para a aplicação da pena.

Dessarte, a proporcionalidade é usada como forma de equilíbrio entre dois ou mais princípios constitucionais que venham a ter determinado conflito no caso concreto, determinando, em cada caso, qual deva prevalecer. Observa-se que tal princípio desempenha papel muito importante na limitação da atuação do poder público. Por isso, representa ferramenta de extrema importância na condução do Direito Penal.

2.2.4. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984. (GRECO, 2017, p.175)

Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.

Rogério Greco (2009, p.123) faz uma breve explanação acerca desse assunto:

Hoje em dia, não se sustenta um conceito de legalidade de cunho meramente formal, sendo necessário, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer, a Constituição. Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado. Deverá, outrossim, verificar o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal, não contradiz os princípios expressos e implícitos constantes de nossa Lei Maior.

O princípio da legalidade possui uma função de garantia aos cidadãos e está expressamente previsto no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição da República Federativa do Brasil. Reforçando essa garantia, o mesmo artigo, no inciso XXXIX, traz a mesma descrição ao que se refere o artigo 1º, do Código Penal: “Art. 1º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Portanto, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal aplicada, sem que, anteriormente, tenha sido instituído por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, fazendo com que o Estado possua uma limitação no que tange a liberdade individual. (TOLEDO, 2002, p.21)

Deste modo, a lei atribui a possibilidade de criar deveres, direitos e impedimentos, estando os indivíduos dependentes desta legislação. Nesse princípio, a lei deve ser obedecida e respeitada, pois, representa garantia, prevista pela Constituição e os indivíduos estarão protegidos pelos atos cometidos pelo Estado e por outros indivíduos.

Ensina, a esse respeito, Moraes (2006, p.36):

Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem de uma vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão eis a lei.”

Com o passar dos anos, a concepção que se tem de garantia pelo Direito Penal vem expandindo-se. De modo que, o Princípio da legalidade é primordial na criação de um Direito Penal racional e harmonizável com o Estado Democrático de Direito. (SANCHES, 2018, p.96)

2.2.5. Princípio da Ofensividade ou Lesividade

O princípio da ofensividade ou, como também é chamado, princípio da lesividade, é originário do Iluminismo, época a partir da qual se avançou a percepção de que apenas algumas das ações que violassem os direitos (bens jurídicos) de outras pessoas poderiam ser consideradas como infrações, com a intenção de frear abusos decorrentes da expansão desmedida do direito punitivo. (PAGLIUCA, 2014, p.13)

Levando em consideração que a função do Direito Penal é garantir às pessoas uma existência livre, tranquila e protegida, assim, este Direito deve estar restringido a tipificar como delitos apenas aqueles comportamentos que atingem os bens jurídicos que, no que lhe concerne, são definitivamente substanciais para a vida de todos. (ROXIN, 2009)

Assim sendo, o princípio da ofensividade apoia-se numa dicotomia que envolve delitos que são lesivos e não lesivos, de modo que apenas as condutas lesivas ao bem jurídico tutelado, podem ser considerados como penalmente significantes. Por certo, o Estado não estará facultado a agir, tipificando ações, quando estas forem inábeis de ferir ou colocar em perigo real o bem resguardado pela lei penal.

Neste diapasão, instrui Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.50):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Urge acentuar, ainda, que o princípio em comento possui quatro funções básicas, consoante leciona Nilo Batista (2007, p.92): impedir a incriminação de condutas que não são externalizadas, como os pensamentos e desejos; impedir a incriminação de ações que não extrapolem a esfera do próprio autor, como se auto lesionar e tentar o suicídio; impedir a arguição de estados ou condições existenciais, isto é, não permitir que o indivíduo seja punido por ser quem é; e impedir a incriminação de ações que não atingem qualquer bem jurídico, como aquelas moralmente rejeitadas pela sociedade.

Posto isso, tal princípio possui efeitos que refletem tanto no espaço da atividade legiferante, uma vez que o legislador deve incorporar, na elaboração da lei penal, a exigência indispensável de que contenha conteúdo lesivo a bens jurídicos relevantes, quanto no campo da atividade interpretativa, pois constrange o intérprete da norma a função de identificar e analisar minuciosamente, no caso concreto, a referida lesividade.

com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar da incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros. Não se pode punir alguém pelo simples fato de não gostar de tomar banho regularmente, por tatuar o próprio corpo ou por se entregar, desde que maior e capaz, a práticas sexuais anormais. Enfim, muitas condutas que agredem o senso comum da sociedade, desde que não lesivas a terceiros,

não poderão ser proibidas ou impostas pelo Direito Penal. (GRECO, 2017b, p.133)

Nessa esteira, observa-se a ligação do princípio da insignificância com o princípio da lesividade uma vez que, se a finalidade do direito penal é garantir uma vivência livre e segura da população, não há como se condenar comportamentos que abstratamente se configurem sem importância em relação ao bem jurídico resguardado.

Então, ainda que a conduta tipificada preveja a lesividade, se no caso concreto esta for tão somente insignificante, tal conduta não deve ser apontada como infração, precisamente em razão da ausência de ofensividade.

2.2.6. Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade decorre dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade. Com efeito, segundo Rogério Greco (2017b, p.139), o caráter fragmentário do Direito Penal demonstra que, uma vez escolhidos os bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade e determinada a lesividade das condutas que os ofendem, estes bens passarão a fazer parte de uma reduzida parcela que é tutelada pelo Direito Penal, dando origem, desta maneira, a sua natureza fragmentária.

De mesmo modo expõe o professor Luiz Regis Prado (2019a, p.167):

A função maior de proteção dos bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo o ordenamento jurídico dela se ocupa. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.

É importante frisar que muito embora o sistema jurídico brasileiro preocupa-se com diversos bens e interesses particulares e coletivos, ao Direito Penal cabe somente a menor fração quando se trata da proteção dos mencionados bens, ou seja, não é possível utilizar este ramo do direito para a proteção de condutas cuja ofensa não se demonstra suficientemente agressiva. Justamente por esse motivo é que o Direito Penal tem um caráter fragmentário, tendo em vista que de todas as

ações proibidas e bens protegidos, apenas a menor parte é abrangida por este ramo do Direito.

De acordo com os professores André Estefam e Victor Gonçalves (2020, p.193), a fragmentariedade:

é uma característica de que é dotado o Direito Penal, justamente por conta do princípio da intervenção mínima.

[...]

Significa que cabe ao Direito Penal atribuir relevância somente a pequenos fragmentos de ilicitude. Existem, assim, inúmeros comportamentos cujo caráter ilícito é conferido pelo ordenamento jurídico, mas somente uma pequena parcela interessa ao Direito Penal, notadamente a que corresponde aos atos mais graves, atentatórios dos bens mais relevantes para a vida em comum.

Sendo assim, o caráter fragmentário do Direito Penal estabelece que este não deve estipular sanções para todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas apenas para aquelas realmente graves praticadas contra os bens mais relevantes. Cabe destacar que é neste contexto que o princípio da insignificância e o da fragmentariedade se correlacionam, uma vez que, diante a insignificância da lesão sofrida por determinado bem jurídico, a conduta que ensejou a ínfima violação deve ser desde logo afastada da esfera punitiva da lei penal.

2.2.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto explicitamente no artigo 1º, inciso III, da CF/88, sendo, assim, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O princípio em destaque, na esfera do Direito Penal, impossibilita que o poder punitivo estatal empregue sanções que causem danos físicos ou psíquicos dos condenados ou que atinjam sua dignidade, evitando, desta maneira, que sejam criadas penas de cunho cruel e desumana.

Nas palavras de NUCCI (2020, p.97):

O Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito.

Entretanto, cabe destacar que a pena privativa de liberdade, encontrada no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser declinada sob o fundamento de que esta ataca a dignidade humana. A sanção criminal que restringe a liberdade do indivíduo somente pondera a esfera de dignidade do condenado, em razão de seu anterior atentado a um direito alheio. Lembrando que esta pena deve estar precedentemente prevista em lei, como também deve ser garantido à pessoa o contraditório e a ampla defesa, a pena deve ter prazo determinado e o seu cumprimento deverá ser realizado em local com condições adequadas à saúde e à segurança do preso.

O professor Rogério Sanches Cunha (2020, p.124) traz alguns exemplos concretos deste princípio:

a Lei 13.769/18, que estabelece regras especiais para a progressão de regime de pena da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. O art. 112 da Lei de Execução Penal, que trata da progressão de regime, passou a contar com o g 3º, que estabelece a progressão a partir do cumprimento de 1/8 (um oitavo) da pena, cumulado com alguns outros requisitos.

Os professores André Estefam e Victor Gonçalves (2020, p.139) explicam o princípio da seguinte forma:

A doutrina tende a vislumbrar dois aspectos ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Penal; um deles voltado ao crime, outro vinculado à pena. São eles: a proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas (afinal, o Direito é que está a serviço da humanidade, e não o contrário); e a vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório.

[...]

O Direito Penal, num ambiente jurídico fundado na dignidade da pessoa humana, em que a pena criminal não constitui instrumento de dominação política ou submissão cega ao poder estatal, mas um meio para a salvaguarda dos valores constitucionais expressos ou implícitos, não deve criminalizar comportamentos que produzam lesões insignificantes aos bens juridicamente tutelados.

Donde se conclui que condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas (materialmente) atípicas.

Deste modo, tem-se que a sanção, como resposta à prática de um delito, não viola o princípio, desde que seja orientada a garantir a dignidade do sancionado. E é exatamente neste contexto que o princípio da insignificância se encontra com o princípio da dignidade humana, tendo em vista que, se a ação praticada foi de risco ou lesividade insignificante, então qualquer resposta penal que restrinja os direitos

fundamentais do agente (como a liberdade) será uma lesão injustificada à dignidade da pessoa humana.

2.3. Requisitos do Princípio da Insignificância

O STF, no julgamento do HC 107.082, entendeu que: “A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe”

Nesse mesmo sentido, na apreciação do HC 123.108, declarou o Ministro Roberto Barroso:

A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

Destarte, o STF desenvolveu quatro condições, cumulativas, para sua aplicação, de tal modo que a apreciação concreta da insignificância do comportamento não fique restrita ao aspecto econômico do prejuízo sofrido pela vítima, mas seja pautada por uma análise global da conduta e do agente. Tais preceitos são impostos como requisitos objetivos são eles: a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a mínima ofensividade da conduta; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (HC 136.896/MS)

O doutrinador Paulo Queiroz (2015) ainda tece algumas críticas aos tais requisitos exigidos pelo STF, que para ele soam redundantes:

Mas tais requisitos são claramente tautológicos. Sim, porque, se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.

Conquanto, apenas a presença desses requisitos não é suficiente para a aplicação do princípio da bagatela. Para o próprio STF, é imprescindível ainda uma verificação casuística do cumprimento dos requisitos subjetivos, quais sejam: o valor

sentimental do objeto, o seu valor para a vítima, a situação econômica dela, além das circunstâncias e o resultado do crime, de forma que seja possível aferir, de maneira subjetiva, se a lesão causada foi efetivamente significativa. (STF HC 97.051, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 30.06.2010)

Identificados ambos os requisitos, objetivos e subjetivos, entende-se que tal princípio deva ser aplicado, para que seja evitada a condenação indevida e desnecessária de uma pessoa que, muito embora tenha causado um dano a um bem jurídico protegido pelo direito penal, em uma análise conglobada da norma, praticou um ato que não teve “significância” para a ordem jurídica. (ZAFFARONI, 2011, p.489)

3. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O BEM JURÍDICO TUTELADO

Inicialmente, é necessário apontar alguns elementos sobre os Crimes contra a Administração Pública antes de adentrar na problemática central desta pesquisa. Previstos no Título XI, artigos 312 ao 359-H do Código Penal Brasileiro, subdividem-se em: crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, praticados por particular contra a administração em geral e estrangeira, em licitações e contratos administrativos, além dos crimes contra a administração da justiça e contra as finanças públicas.

Estes crimes também podem ser chamados de funcionais. Os crimes funcionais dentro da classificação geral dos crimes estão inseridos nas categorias dos crimes próprios ou funcionais. Na categoria dos crimes próprios exige-se uma qualidade do sujeito ativo que é ser funcionário público. Já a dos crimes funcionais também há como sujeito ativo o funcionário público, porém, possui uma subdivisão em funcional próprio e funcional impróprio. No crime funcional próprio a condição de funcionário público é essencial para que haja delito, sem essa circunstância não existe crime, como, por exemplo, o crime de prevaricação tipificado no artigo 319 do CP. Já no crime funcional impróprio, eliminando a condição de funcionário público, o delito é desclassificado para um outro de natureza diversa, é o caso do crime de peculato-furto que, se ausente a qualidade de funcionário público, haverá a desclassificação para crime de furto. (JESUS, 2011, p.257)

Nada obstante, o Código Penal conceituou o que é funcionário público para efeitos penais. O caput do artigo 327 do CP dispõe que “considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Nesse mesmo sentido, o § 1º do mesmo artigo, com redação dada pela Lei n.º 9.983/2000 equipara ao funcionário público “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada, para a execução de atividade típica da Administração Pública.”

Na visão de Rogério Greco (2017a, p.743), essas infrações são mais nocivas para a população em geral do que os outros tipos penais. Porque tais delitos

conseguem atingir a sociedade indiretamente e promover grandes tragédias, fora os prejuízos causados à Administração Pública.

Tais delitos conseguem inclusive afrontar princípios administrativos, como o da Moralidade e o da Impessoalidade, que diante disso influenciam nas orientações jurisprudenciais e doutrinárias.

A moralidade administrativa não pode ser confundida com a moralidade comum. Aquela está intrinsecamente ligada à função do agente público e preocupa-se com o interesse da coletividade. Segundo Fernanda Marinela:

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. (MARINELA, 2016, p.94)

Já o Princípio da Impessoalidade, com base nessa mesma autora:

O princípio da impessoalidade estabelece que a atuação do agente público deve basear-se na ausência de subjetividade, ficando esse impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais, próprios ou de terceiros. A impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve aplicar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica, representando, nesse aspecto, uma faceta do princípio da isonomia. (MARINELA, 2016, p.87)

Com base nesses princípios, os agentes públicos sempre devem agir de forma ética e moral. Além disso, seus atos precisam ser transparentes e previstos legalmente, para que assim o serviço público seja mais eficiente e, especialmente, nenhum crime seja cometido.

3.1. Bem Jurídico-penal

Toda norma penal incriminadora visa a proteger um bem jurídico por meio de proibições de determinadas condutas. Os tipos penais descrevem as ações que, caso praticadas, violaram bens jurídicos protegidos pelo Estado, e as suas consequências.

A ideia de bem jurídico-penal surgiu com a filosofia penal iluminista e com o nascimento do Direito Penal moderno. Essa filosofia penal iluminista possuía como

premissa a garantia dos bens individuais diante da discricionariedade judicial e da magnitude das penas. De tal forma, formulou-se um sentido material de delito: uma “violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa ou ao Estado”. (PRADO, 2019b, p.21). Nesse contexto, o direito subjetivo configura-se como um eficaz instrumento para garantir a liberdade do cidadão frente ao arbítrio penal estatal.

Johann Birnbaum é apontado como o elaborador do conceito de bem jurídico-penal que se afasta dessa perspectiva iluminista, respaldada pelos pensamentos de Feuerbach. Para Feuerbach, o crime seria uma afronta ao direito subjetivo, dependente dessa forma a um princípio material, a manutenção da liberdade individual. Era uma maneira de definição da incriminação e do juízo estatal, visto que o delito deixa de ser entendido como uma lesão de um dever para com o Estado. De maneira diferente, Birnbaum passa a julgar o crime como sendo uma ofensa a bens jurídicos. (TAVARES, 2002, p.183)

Desta feita, é possível assentar que Birnbaum foi quem substituiu o conceito de direito subjetivo pela noção de bem jurídico penal e identificou a indispensabilidade para o Direito Penal de um bem intrinsecamente ligado a uma realidade valiosa para o indivíduo ou a sociedade e que pudesse ser lesado pela ação criminosa. (TAVARES, 2002, p.184)

Já Karl Binding, representante do positivismo jurídico, considera o bem jurídico um pré-requisito formal da norma incriminadora, traduzindo o delito no dano a um direito subjetivo do Estado. Determina uma relação entre as normas e os bens jurídicos, em virtude das agressões aos direitos subjetivos apenas se produziriam quando atingissem bens jurídicos. Sendo assim, o bem jurídico é contemplado como um objeto valorado pelo legislador, e o poder estatal o responsável pela sua proteção. A norma seria então a instituidora do bem jurídico-penal. (TAVARES, 2002, p.187)

Na visão de Franz von Liszt, também conectado à herança positivista, o bem jurídico seria o núcleo da teoria do delito e um interesse juridicamente protegido, independentemente do desejo do legislador. Assim, o interesse do qual se gera o bem jurídico é anterior à norma, se encontra num momento precedente, sendo aguardado que a norma o abarque devido a sua essencialidade dentre os anseios humanos. O bem jurídico subsiste enquanto fenômeno desvinculado da norma penal, uma criação da experiência humana e imprescindível para o indivíduo

particular e para toda a sociedade. O seu aspecto positivista fica por conta da carência de regras que proporcionem o julgamento ou a contenção da seleção de um certo bem pelo legislador como objeto de proteção. (TAVARES, 2002, p.188)

No começo do século XX, desponta a ideia neokantista do bem jurídico, fruto de uma releitura da obra de Immanuel Kant. Observa-se a substituição da noção de pessoa (indivíduo) pela noção de conjunto, que apesar de retratada como baseada em um juízo isento e normativo puro é permeada de um evidente caráter autoritário. Verifica-se a superação do conceito material de bem pela concepção de valor, não de um valor individualista, mas de um valor culturalista, demonstrado nas proibições da norma. (TAVARES, 2002, p.189)

Logo após a Segunda Guerra Mundial, há uma revalorização do sentido de bem jurídico, na lógica de se apontarem os limites da intervenção penal. As duas principais vertentes teóricas que surgiram foram as sociológicas e as constitucionais. (SILVEIRA, 2003, p.48)

Inicialmente, as teorias sociológicas apresentam variadas concepções; geralmente, buscam identificar o conteúdo do bem jurídico a partir do dano social. No entanto, Régis Prado (2019b, p.51) assevera que:

nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros.

Posteriormente, na atual fase da ciência jurídica, a valoração constitucionalista é um juízo ao qual todos os setores do Direito devem ser submetidos, em especial o penal. Desta feita, é imprescindível que o bem jurídico penalmente tutelado tenha, ao menos implicitamente, respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe decência jurídica. Assim, tem-se como impensável a tutela penal de bens não consagrados constitucionalmente como objeto de proteção jurídico-penal, ou, por outro lado, que colidam com os valores sob a égide da Carta Maior. (BIANCHINI, 2002, p.43)

Destarte, as teorias constitucionais do bem jurídico buscam instituir critérios capazes de limitar a atividade legiferante em matéria penal. Por certo, Régis Prado (2019b, p.85) realça que:

“(...) o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo direito penal como ante o direito penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. (...) A conceituação material do bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva a categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra bem como um valor. Esta circunstância é intrínseca a norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico”.

As teorias constitucionais do bem jurídico são distinguidas em: teorias constitucionais amplas e teorias constitucionais de caráter restrito. A diferença entre elas é basicamente quanto a maneira de vinculação da norma constitucional: para as primeiras, a Constituição serve de critério para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem, no entanto, ser taxativa; para as segundas, o texto constitucional determina, efetiva e taxativamente, que bens jurídicos devem ser penalmente tutelados. (PRADO, 1996, p.44)

Alice Bianchini (2002, p.44) resume o conceito das teorias constitucionais amplas nestes termos:

a Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional. Ampla margem de liberdade, pois, é concedida ao legislador na sua tarefa criminalizadora. Esta liberdade é regrada por princípios como o da necessidade, o do merecimento e a ordem constitucional.

As teorias constitucionais restritas, nas palavras do professor Régis Prado (1996, p.45):

orientou-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional.

Essas teorias buscam conciliar, de um lado, os direitos do agressor que serão restringidos; e, de outro, os direitos da vítima e da sociedade. Desse jeito, o primeiro somente poderá ter seus direitos e garantias fundamentais restringidos quando houver sido atacados direitos igualmente fundamentais da segunda. Assim, a

aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destinam a tutelar os valores abrangidos na CF/88. (BIANCHINI, 2002, p.47)

Por fim, em decorrência da norma penal possuir como finalidade o controle social, faz-se necessário à sua comunicação constante a todos, acerca das imposições e proibições que deverão ser aceitas e atendidas pelos membros da comunidade para evitar as perturbações do sistema. Segundo os ensinamentos do professor Juarez Cirino (2012, p.56), o bem jurídico é o critério de criminalização porque constitui o objeto de proteção penal. Como exemplos de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, têm-se: a vida, o patrimônio e a liberdade.

3.1.1. Classificação do Bem Jurídico

Numa sociedade complexa e altamente conflituosa, um número crescente de atividades atinge, de um lado, os cidadãos particulares, mas, de outro, também a coletividade, grupos de pessoas cujas relações apresentam peculiaridades e uma importância incomum. Diante desta situação diferentes tipos de bens jurídicos acabam surgindo.

O autor Gianpaolo Poggio Smanio (2000, p.216) propõe a seguinte classificação de bens jurídicos penais: o primeiro de natureza individual, "são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular". Por exemplo: a vida, a incolumidade física e o patrimônio; o segundo de natureza coletiva, "que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares". Seriam aqueles de vontade pública. Como a proteção à incolumidade pública e à paz pública; e o terceiro de natureza difusa, "que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares". Neste caso, trazem um litígio social que contrapõem diversas classes dentro da sociedade. O meio ambiente, saúde pública e a economia popular, por exemplo.

Em resumo, a distinção entre os bens jurídico-penais de natureza individual e os de natureza coletiva e difusa é que estes são indivisíveis em relação aos titulares

e os detentores não têm disponibilidade, enquanto os primeiros são divisíveis quanto aos seus possuidores e as pessoas têm disponibilidade.

No que diz respeito aos bens jurídicos de natureza difusa há uma conflituosidade social que contrapõem os grupos dentro de uma sociedade. Por exemplo, é o que ocorre com a proteção ao meio ambiente e às relações de consumo, questões em que há polos opostos, geralmente, representados pelo embate entre pessoa jurídica de direito privado e população civil na tutela ao meio ambiente, e pela contenda entre fornecedores e consumidores na proteção das relações de consumo. Tal não acontece com os bens jurídicos coletivos em sentido estrito.

A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente “bens jurídicos”. [...] A repreensão à violação de uma norma (moral ou ética) não pode ser suficiente ao legislador como fundamento da conduta humana merecedora de pena. Ele precisa antes provar a lesão de um bem jurídico: apresentar uma vítima desta conduta e indicar quanto a esta a lesão de bens, de interesses. (HASSEMER, 2005, p.56)

Ainda sobre os interesses difusos, inexistente uma ligação associativa entre os titulares, mas sim uma relação fática entre eles, que não são determinadas individualmente. Outro aspecto é a indivisibilidade do bem, não comportando a partilha entre os titulares que, apesar de pertencer ao todo, nunca será exclusivamente de um indivíduo.

Os bens jurídicos coletivos em sentido estrito decorrem de um ajuste coletivo em que há uma unanimidade social pela proteção. O conflito que aqui pode acontecer é entre o Estado, responsável pela “*persecutio criminis*” ao infrator da lei penal, ou seja, à pessoa que com sua ação lesiona o bem jurídico penal coletivo. (CRUZ, 2019)

3.1.2. Funções do Bem Jurídico

Para este trabalho, merece destaque também as funções do bem jurídico. Segundo Luiz Regis Prado (2019b), essas funções surgiram por meio de um processo evolutivo ético e moral. Com base no autor, aquelas vistas como mais importantes são:

a) Função dogmática: é uma função doutrinária de reconhecimento do sistema penal vigente, ou seja, ela valoriza o papel central que ocupa o bem jurídico na formação do delito, e sua consideração de modo predominantemente objetivo. (PRADO, 2019b, p.44) Em inúmeros momentos o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime. (BATISTA, 2007, p.96)

b) Função garantista ou limitadora: o bem jurídico é construído como conceito limite na extensão material da norma penal. Sobre essa função, informa-se que o legislador é formalmente livre de penalizar ou não uma conduta, mas não fundamentalmente é árbitro da sua escolha. (PRADO, 2019b, p.44)

c) Função teleológica ou interpretativa: entende-se como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico. Envolve compreender o real sentido do tipo legal abstratamente previsto. (PRADO, 2019b, p.45)

d) Função de orientação político-criminal: procede numa visão metajurídica que utiliza o conceito de bem jurídico como parâmetro de certas especificações conducentes no plano da política criminal. Logo, o conceito de bem jurídico funciona como medida de legitimação da norma penal, indicadora das valorações que presidirão a seleção do legislador. (PRADO, 2019b, p.45)

e) Função individualizadora: como condição de medição da pena, no momento de sua definição, considerando a gravidade do dano ao bem jurídico. Segundo Roberto Garofoli, citado por PRADO (2019b, p.45), essa função também pode ser considerada uma função garantidora, baseada em reavaliar a real ofensa a um interesse digno de tutela, validando assim a incriminação de uma ação na ótica de um Direito Penal do fato.

f) Função sistemática ou classificatória: como peça decisiva na formação dos capítulos da parte especial do Código Penal. Os títulos da parte especial são organizados com alicerce no critério do bem jurídico em cada caso pertinente, visto que o bem jurídico se encontra no ponto central de todos os tipos penais do ordenamento jurídico e sendo uma imposição para o legislador orientar sua atividade na proteção destes bens. Em resumo, com base nos ensinamentos de Mario Romano, citado por PRADO (2019b, p.45), essa função surge como guia à reunião dos delitos em uma ordem legal que representa uma hierarquia de princípios.

g) Função Crítica: por fim, têm-se essa função que se manifesta no campo do Direito, na medida em que, a partir da identificação do bem jurídico, se pode indagar

o porquê de a opção legislativa ter se dado na escolha daquele bem jurídico e não de outros. Investigando dessa forma as finalidades do legislador, tendo como base o objetivo do Direito Penal. Nos ensinamentos de BATISTA (2007, p.96):

Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

Diante o demonstrado nesse capítulo, infere-se que a função elementar do bem jurídico é a de delimitar a norma penal e de garantir a dignidade do indivíduo perante o Estado.

Assim sendo, a presença do bem jurídico não deve ser vista como proporcionadora da incriminação ou criminalização, mas ao contrário, deve ser observada como um limitador que impeça o surgimento de um cenário onde não haveria segurança jurídica, composto por um Direito Penal de políticas autoritárias e em que o bem jurídico se encontraria longe do seu real significado e de suas verdadeiras funções.

3.1.3. O Bem Jurídico dos Crimes contra a Administração Pública

Nos Crimes contra a Administração Pública, o bem jurídico visado é, em uma visão mais ampla, a própria Administração Pública e o seu patrimônio, o interesse coletivo e a moral administrativa, conceito este que apareceu pela primeira vez em um dispositivo legal no ano de 1930 no Decreto nº 19.398 e recebeu destaque posteriormente na Constituição Federal de 1988. (PINTO, 2019)

Sob uma perspectiva mais restrita, pode-se defender a ideia de que o bem jurídico tutelado por esses tipos penais é a integridade do funcionamento da Administração Pública e a confiança nesta. Visto que, tais crimes causam uma quebra da igualdade e lisura que tem que haver nos processos de participação social.

Nesse enredo, o Princípio da Insignificância surge com a finalidade de analisar o grau de exposição, de ofensividade, ao qual foi submetido um bem jurídico resguardado na prática de uma conduta que, em regra, é proibida. No

entanto, quando se trata de um ato que atente contra a Administração Pública, observa-se uma divergência dos tribunais superiores na aplicação desse princípio.

Observemos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PECULATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

2. O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar de sua seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

3. Trata-se, na hipótese, de crime em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, tornando irrelevante considerar a apreensão de 70 bilhetes de metrô, com vista a desqualificar a conduta, pois o valor do resultado não se mostra desprezível, porquanto **a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral da Administração.**

4. Ordem denegada.

(STJ. HC: 50863/PE. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Sexta Turma. Julgamento: 04/04/2006. DJe: 26/06/2006).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não se admite, em regra, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a administração pública, **haja vista buscar-se, nesses casos, além da proteção patrimonial, a tutela da moral administrativa.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ. AgRg no Ag: 1105736/MG. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgamento: 07/12/2010. DJe: 17/12/2010).

À época destes julgados, inobstante o entendimento no STJ no sentido do não cabimento de incidência do princípio da bagatela aos crimes contra a Administração Pública, por atentar contra a moral administrativa, o STF chegou a proferir pensamento na direção contrária:

Habeas Corpus. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. **Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.** 4. Ordem concedida.

(STF. HC: 104286/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento: 03/05/2011. DJe: 20/05/2011).

Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. **Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade.** Precedentes. 4. Ordem concedida. (HC 107370, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe: 21/06/2011).

Nesse sentido, o Desembargador do Tribunal Regional Federal, 3ª Região, José Lunardelli, no julgamento do ACr 3195-50.2003.4.03.6181/SP, entendeu que a posição de não aplicar o princípio da insignificância nessas situações, pelo motivo do bem jurídico tutelado não ser somente o patrimônio, mas também a moralidade da Administração Pública não pode ser admitido de maneira dogmática, devendo ser verificado as circunstâncias particulares de cada caso, com base na plausibilidade, na justiça e na própria razão da norma.

Corroborando com essa ideia, CAPEZ (2020, p.86) ensina que:

Com relação à aplicação desse princípio, nos crimes contra a administração pública, não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clipes ou uma borracha, apropriando-se de tais bens. Como o Direito Penal tutela bens jurídicos, e não a moral, objetivamente o fato será atípico, dada a sua irrelevância.

Entretanto, isso não quer dizer que a moralidade da Administração Pública deva ser ignorada. É entendimento pacífico que a Administração e os agentes públicos precisam basear-se em princípios éticos e morais, como previsto na Carta Magna. Questiona-se apenas o fato de que, se o bem jurídico atingido for a moralidade, não há possibilidade de aplicabilidade dos princípios penais. Porém, falar que não existe dano irrelevante à moralidade afronta a proporcionalidade e a razoabilidade, uma vez que possibilita a correlação entre uma pessoa que furtou uma folha de papel em branco e uma pessoa que rouba dinheiro público. A aplicação da insignificância mostra-se, assim, como uma resposta para evitar o injusto.

Destarte, seguir a linha de raciocínio do STF é o mais coerente. Cumpre destacar a necessidade da concepção de um posicionamento jurisprudencial homogêneo, de maneira que se evite uma situação de insegurança jurídica. Todavia, dispensar a sanção penal não quer dizer que a pessoa não possa ser penalizada de outro meio pelo crime. Reforça-se que existem diversos caminhos mais razoáveis

para sancionar a lesão causada, preservando, assim, a dignidade da pessoa humana.

Por consequência, revela-se importante observar o aspecto subsidiário do Direito Penal, podendo uma pena administrativa ou de natureza jurídica diversa ser posta e apresentar um resultado mais justo ao caso concreto, de modo que mesmo não sendo aplicada a sanção penal, a pessoa pague pelo ilícito cometido e, em embargo, não venha sofrer consequências além do dano causado.

4. REFLEXOS DO EXPANSIONISMO PENAL

O fato de a moral administrativa ser considerado bem jurídico a ser tutelado e que merece maior proteção do Estado é reflexo direto do processo expansionista do Direito Penal pelo qual o ordenamento jurídico-penal brasileiro tem passado nos últimos anos.

Novos bens jurídicos penais vêm surgindo por conta de realidades que antes não existiam ou que não eram criminalizadas, intituladas por Silva Sánchez (2013, p.33) de “novos interesses ou novas valorações de interesses preexistentes”. Nesse contexto, o Direito Penal começou a preocupar-se com matérias que em momentos anteriores não eram de seu interesse.

Nesse cenário, os princípios penais da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade são mitigados e precedentes surgiram impossibilitando a aplicação do Princípio da Insignificância. Porém, há casos em que a rejeição do princípio em comento por conta do argumento sustentado pelo Superior Tribunal resulta em desproporcionalidades que não deveriam ser admitidas no mundo jurídico.

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que biscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível de instrumentalidade (da proteção efetiva). (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.29)

Exemplificando, em relação ao crime de Corrupção Passiva (art. 317, do CP), o professor Guilherme Nucci (2020, p.1453-1454) possui a concepção de que é plenamente possível a aplicação do princípio. Para ele, pequenos mimos ou lembranças entregues a funcionários públicos, por exemplo, em datas comemorativas como Réveillon, Natal e Páscoa, não configuram conduta penalmente relevante, não sendo suficiente para caracterizar o tipo penal da corrupção passiva.

Os crimes contra a Administração pública, assim como as outras infrações de índole difusa (ou coletiva) e causadoras de perigo abstrato deveriam ser tuteladas pela própria Administração Pública, por meio de um sistema jurídico de garantias

materiais e processuais mais flexíveis, sem risco da privação de liberdade do infrator.

Para Hassemer (2008), esta seria a melhor maneira de combater a criminalidade moderna, responsável pelos crimes repletos de novos contornos, condutas delitivas que demandam tratamento mais amplo e célere. Esse caminho evitaria a impunidade e a sua transformação do Direito Penal em uma figura meramente simbólica.

Esse sistema poderia ser chamado de “Direito interventivo”, como forma de expressar seu interesse preventivo e sua pertinência com situações de grandes riscos e ameaças. Ele substituiria o Direito Penal nas áreas em que este só poderia ser empregado ao preço de renunciar a suas condições vitais. (HASSEMER, 2008, p.314)

Não se pode confundir essa ideia com o abolicionismo do Direito Penal. Ambos discutem a sua legitimidade, porém de formas e perspectivas diferentes. O primeiro (direito penal mínimo) propõe a diminuição do âmbito da intervenção estatal, enquanto o segundo (abolicionismo), a total exclusão de tal instrumento de controle. A noção garantista do Direito Penal incentiva justamente o direito penal mínimo, a diminuição da intervenção do estado em contrapartida ao aumento das garantias do cidadão. (CUNHA, 2020, p.43)

Sintetizando, o Estado Democrático de Direito necessita imperiosamente de um movimento oposto ao de expansão do Direito Penal e as competências da Justiça Penal, em que prevalecem os sentimentos de vingança apoiados na opinião pública e na mídia sensacionalista. Tal senso direciona uma correta compreensão de que uma democracia efetiva exige uma maior proteção dos direitos dos cidadãos e, de outro lado, um maior controle dos deveres do Estado. (TOLEDO; ASSIS, 2015, p.263)

Resta demonstrado que o Direito Penal tem se distanciado de seus princípios constitucionais, como *ultima ratio*. Passou a ter alcance punitivo antes mesmo da efetiva necessidade de proteção de bens jurídicos, de maneira preventiva a evitar uma ofensa futura, o que deveria ser responsabilidade da Administração pública, ou seja do Direito Administrativo.

Certamente há dúvidas entre o que deve ser protegido pelo Direito Penal e o que deve possuir proteção administrativa.

Dessarte, mostra-se basilar definir de maneira distinta as funções do Estado e estabelecer os limites constitucionais do objetivo do Direito Penal, para que assim não se distancie das suas finalidades.

Entende-se que o Direito Penal deve se manter focado na tutela do “núcleo duro”, isto é, as lesões ao bem jurídico mais danosas à sociedade e ao Estado. Deixando para outro ou até um novo ramo do direito, atuar preventivamente em novos delitos, bem como atuar, de forma rápida e eficiente, na repressão dos ilícitos praticados.

4.1. Da “Administrativização” do Direito Penal

Em matéria de crimes contra a Administração Pública, o controle administrativo sobre as atividades dos particulares revela-se mais intensa. Muitos desses são classificados como crimes de perigo abstrato, ou seja, se consumam com a mera situação de risco a que fica exposto o objeto material do delito, são utilizados de forma subsidiária, para suprir lacunas deixadas pelo tratamento ineficaz das normas administrativas ou, por vezes, como sanção à violação do controle administrativo primário. (CUNHA, 2020, p.223)

Assim sendo, a simples quebra de um regulamento administrativo adquire grande importância, desde que seja insuficiente a sanção administrativa, justificando-se uma intervenção penal.

Ao se emaranhar as esferas, o Direito Penal assume a função de suporte na gestão ordinária da Administração Pública. Deste modo, o direito penal torna-se instrumento de políticas públicas, sob um olhar puramente funcional, ajudando o governante a realizar seu plano de administração, independentemente da presença de uma conduta apta a causar ofensividade a bem jurídico relevante. (SILVEIRA, 2006, p.143)

Manifesta, à vista disso, a ilegitimidade do processo de “administrativização” do Direito Penal, já que a sua missão se restringe exclusivamente à proteção de bens jurídicos relevantes diante de graves ofensas. Ademais, representa distintamente a inconstitucionalidade do uso exagerado da repressão penal na instância administrativa.

Não há aqui uma defesa de ausência do Direito Penal nesta esfera. Somente se analisa uma reformulação desta aplicação, preservando a sanção penal àquelas

condutas que ofendam bens jurídicos, ainda que estas ações se encontrem no âmbito de ação do Direito Administrativo.

Neste íterim, pode-se concluir que novas nuances são atribuídas ao Direito Penal com a finalidade de suprir os anseios da sociedade por segurança. O estudo neste capítulo dirige-se, então, à utilização do aparato penal no combate dos novos riscos e na garantia de um sentimento de segurança dos cidadãos.

Diante disso, surge uma política de modificação institucional, que inclina para uma expansão do campo de atuação penal a partir de determinadas linhas, quais sejam: a proteção penal de bens jurídicos supraindividuais; a antecipação da tutela penal aos crimes abstratos e delitos cumulativos; e a atribuição de responsabilização criminal às entidades coletivas. (ARAUJO, 2011)

Instaura-se um conflito sobre qual tendência político-criminal seria mais adequada para o tratamento dos novos fatos, visto que, por um lado, o Direito Penal Clássico não consegue resolver de maneira satisfatório os contratempos modernos apresentados pela sociedade do risco e, por outro lado, as adaptações deste direito às novas metas político-criminais implicam um confronto direto com os princípios garantistas tradicionais. (MACHADO, 2005, p.156)

4.2. Do Direito de Intervenção

Em frente dos novos riscos surgidos hodiernamente, cresceu o sentimento de medo da população e, conseqüentemente, a demanda por maior atuação do aparato criminal. Por esse motivo, os legisladores utilizam de artifícios jurídicos encenando proteger a sociedade. A partir daí novos tipos penais são criados, endurecendo o tratamento conferido aos acusados em geral, aumentando as penas, restringindo direitos e garantias individuais, além de outras medidas que, substancialmente, não representam quaisquer perspectivas reais de mudanças no quadro social. (OLIVEIRA, 2008)

Atualmente, é possível observar a utilização frequente da face simbólica do Direito Penal, caracterizada por ferramentas inúteis ao combate das novas formas de infrações. Pois, seguindo essa tendência, o importante é manter um grau de tranquilidade na opinião pública, apoiado apenas na impressão de que o legislador se encontra preocupado com o delito. Compondo a ilusão de que os problemas foram solucionados.

Hassemer informa que a utilização do Direito Penal como método de transformação social e de salvaguardar o futuro da sociedade fere, manifestamente, os princípios garantistas. Ele deixa de realizar sua função de tutelar unicamente os bens jurídicos concretos, para executar vagas e imprecisas atribuições promocionais ou simbólicas. O autor afirma também que, hoje, no Direito Penal do risco, ocorre o oposto, este aparece como instrumento da política criminal. (HASSEMER, 1994, p.49)

Conforme o supramencionado penalista, o Direito Penal deve limitar-se a proibição de ações individuais que causem lesão ou perigo real de lesão a um bem fundamentalmente individualista, não sendo de sua seara propiciar a segurança das gerações seguintes ou a diminuição social dos riscos e do sentimento de medo instaurado na população.

Por esta dura linha de argumentação desdobra-se a forte posição deste autor inversa ao aumento da tutela penal aos bens jurídicos supraindividuais e as novas situações decorrentes da sociedade de risco, para os quais cabe lançar mão de outro ramo jurídico, criado especialmente para tal pretensão, chamado “Direito de Intervenção”. (HASSEMER, 2008)

Compondo-se somente por delitos de lesão, ou de perigo concreto, assim considerado na medida em que o perigo de ofensa, de especial gravidade, apresentar-se evidente em relação a bens jurídicos individuais, admitindo, excepcionalmente, a tutela de bens supraindividuais quando estritamente ligados ao indivíduo, a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública. Tudo isso com observação de normas de imputação de responsabilidade pessoal e dos princípios garantistas, como o da insignificância, o da lesividade, o da subsidiariedade e o da fragmentariedade.

O objetivo do Direito de Intervenção é buscar soluções fora do Direito Penal, que possam liberar o Direito esta última área das demandas inatingíveis (em seu ponto de vista) que se lhes apresentam. Especialmente, para abordar com mais propriedade algumas características hoje incompatíveis com o sistema repressor com o qual contamos – como a acessoriedade administrativa das leis penais, a alta e seletiva cifra negra da criminalidade contra bens jurídicos coletivos, o déficit de execução, e as dificuldades de imputação pessoal de responsabilidade – tendo em vista a crescente criminalidade de empresa. (OLIVEIRA apud HASSEMER, 2012, p.49)

Ao lado da descriminalização de algumas condutas, indispensável para redução do direito penal a um núcleo mínimo de proteção, despontaria um sistema

de direito novo, aplicável pela Administração Pública – tribunais administrativos – e livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade. Mais apto, portanto, a lidar com as situações e as necessidades da sociedade de risco.

O Direito de Intervenção seria uma das opções no controle da criminalidade moderna. Situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com uma diminuição no nível de garantias individuais e com novas formas procedimentais mais concisas, porém, sem a interferência das pesadas sanções do Direito Penal, em especial, as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, à espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude. (MACHADO, 2005, p.197)

Pode-se concluir que essa mudança não significa um afastamento de bens jurídicos sociais ou coletivos por parte do ordenamento jurídico, visto que esses bens permanecerão com o status de bem jurídico penalmente relevante. Acontecerá somente uma seleção, filtragem dos tipos penais que os protegem.

Considerando, ademais, que os ilícitos com menos importância, que não são dotados de dignidade penal, migrarão em direção a um outro ramo jurídico, que não usará a pena de prisão, não haverá necessidade da manutenção de todas as garantias individuais, flexibilizando, inclusive, as regras de imputação de responsabilidade, resultando, inevitavelmente, num sancionamento de natureza não penal, com perspectivas otimistas em relação à sua agilidade e eficácia.

Deve-se ter em mente que o Direito Penal é apenas um dos meios de controle social, nem sempre necessário (dignidade penal), nem sempre eficaz (idoneidade e carência de tutela), mas, sem dúvida, sempre o mais grave. (SICA, 1998, p.16)

Na relação entre o controle administrativo e o Direito Penal, deve haver uma relativa independência, através de um funcionamento alternativo. Em que, seria optado pela seara administrativa no que concerne a assuntos afetos à área de menor relevância penal, com a sua conseqüente descriminalização, ao passo que a atuação penal concentrar-se-ia aos casos extremos em que a sanção administrativa não se afigurar suficiente.

Dispondo de uma finalidade repressiva e, ao mesmo tempo, assecuratória de tutela dos novos bens jurídicos supraindividuais, esse sistema misto necessitaria de

juízos por tribunais administrativos, como proposto por Reale. (REALE, 2006, p.42)

O grande benefício com essa transformação para o combate contra os ilícitos administrativos consiste na possibilidade de atuação preventiva, antecipando-se ao dano, através de tipos abertos, tipos de perigo abstrato e por acumulação, além da oportunidade de imputação de responsabilidade sem a necessidade de se comprovar a existência de dolo ou culpa, bastando a mera ocorrência fática da ação prevista na norma. Na esfera administrativa, dessa maneira, a responsabilidade objetiva torna-se possível, inclusive, com a inversão do ônus da prova para o acusado.

Não obstante, o legislador insiste em utilizar o Direito Penal, excedendo os limites, passando por cima de garantias fundamentais e causando anomalias processuais e materiais. O efeito simbólico do lançamento da pena acaba por produzir efeito reverso do desejado. Causa inoperatividade e seletividade do sistema punitivo, desmoraliza os órgãos de persecução penal, gera sentimento de impunidade e acaba por prejudicar a atuação penal naquelas áreas em que ele se faz efetivamente necessário.

4.3. Direito Administrativo Sancionador

Revisitando um pouco a realidade da Administração Pública brasileira, esta constitui-se de um acúmulo de adversidades, vale dizer, desorganizada, desestruturada, desmoralizada, sensível às influências políticas e econômicas, onde interesse público e privado se confundem. Tudo sob a regência de um sistema corrompido que resulta no sucateamento do patrimônio público em grandes proporções.

Como já observado, sob o prisma da política criminal minimalista, de intervenção mínima, o direito penal apenas deve ser acionado se comprovada a lesividade real de um bem jurídico, impondo-se a produção de um dano ou de um perigo concreto de dano de forma considerada, capaz de atingir as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade do indivíduo.

A realização de um processo de descriminalização ocorre para aquelas condutas que não possuem com suficiente mérito para ostentar a categoria de ilícito

penal, vale dizer, para aquelas condutas que não sejam merecedoras de tutela penal ou não apresentem necessidade de pena. (GOMES, 2002, p.66)

Assim, como já analisado neste trabalho, o processo de “administrativização” de ilícitos penais acarretaria a mitigação de garantias individuais, sugere-se que, após o procedimento de descriminalização, procedesse à jurisdicionalização do campo mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criando-se uma espécie de direito, denominado pela doutrina, dentre outras formas, como “Direito Sancionador Judicial”.

O Direito Sancionador Judicial se situa entre o Direito penal e o Direito administrativo, ou seja, está fora do Direito penal e do Direito administrativo, mantendo com eles apenas alguns pontos de interconexão. (NUNES, 2016)

Também chamado de Direito Administrativo Sancionador (DAS), pode ser tradicionalmente definido como "a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado". (GONÇALVES; GRILO, 2021)

Esta nova área jurídica lembra bastante o Direito de Intervenção proposto por Hassemer (2008), dado que se incumbiria da contenção dos riscos surgidos do processo de renovação da sociedade, atuando nos novos focos de insegurança de maneira preventiva. Por ser de certa maneira mais flexível que o direito penal em relação às garantias materiais e processuais, o direito sancionador judicial usufruiria de sanções menos severas que as penais, renunciando à imposição da pena de prisão.

A Lei nº 8.429/1992 (Lei de improbidade administrativa) é um exemplo da influência do Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Os paralelos encontrados entre as infrações na mencionada lei e o CP (no capítulo dos crimes contra a Administração Pública) bem como as punições previstas pelos institutos penais e administrativos, possibilitam identificar a aproximação do DAS com o Direito de Intervenção. (OLIVEIRA, 2012, p.190)

Tal norma também prevê que as sanções administrativas serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, o que leva grande parte da doutrina e da jurisprudência a afirmarem o caráter independente da sanção administrativa em relação as sanções penais. Outrossim, a rigidez das penas previstas na Lei nº

8.429/92 é de tal modo que provoca uma discussão doutrinária acerca de sua natureza, penal ou administrativa.

Fábio Medina Osório (2000, p.72), por exemplo, na defesa do caráter administrativo da Lei, recorre à interpretação jurisprudencial para determinar que a Lei de improbidade administrativa não se compõe de Direito Penal, mas sim de normas de Direito Administrativo Sancionador.

O estabelecimento da natureza jurídica destes tipos terá importância principalmente na determinação do procedimento judicial a ser empregado e, em especial, na vinculação que a lei manterá com os princípios que regem o Direito Penal.

O grande proveito identificado no uso do direito judicial sancionador, que o diferencia do direito de intervenção, consiste no órgão competente para aplicar as sanções típicas desse âmbito jurídico. Enquanto o direito de intervenção seria aplicado pelo Poder Executivo, por meio dos órgãos integrantes da Administração Pública, o direito judicial sancionador seria executado pelo Poder Judiciário, mediante um processo judicial tradicional, cuja decisão seria proferida por um magistrado especializado, imparcial e independente, comprometido com a verdade material, o que conduziria a uma maior segurança jurídica.

Neste cenário, convém conferir as lições do professor Luiz Flávio Gomes (2002, p.67):

Impor-se-ia então jurisdicionalizar o setor mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criando-se uma espécie de Direito: Direito sancionador. Em outras palavras, seria um juiz o responsável pela aplicação das sanções típicas desse âmbito jurídico (interdições, penas alternativas etc.; nunca pena de prisão).

Em resumo, esse sistema jurídico seria incorporado, inicialmente, pelo direito penal tradicional, incluindo todas as garantias típicas do processo penal, as rígidas regras de imputação de responsabilidade e do nexos causal. Fundado, primordialmente, na pena privativa de liberdade e encarregado da proteção daqueles bens jurídicos individuais, ou supraindividuais quando ligados diretamente ao indivíduo.

Em seguida, o Direito Judicial Sancionador, por renunciar a aplicação da pena de prisão, flexibilizaria as garantias penais e processuais e, desta forma, lidaria com os novos riscos provenientes da modernidade, tutelando bens jurídicos

supraindividuais e voltando a persecução em rumo aos grandes infratores. Por fim, o direito administrativo continuaria aplicado pela Administração Pública, restrito às infrações administrativas comuns.

5. REFLEXOS DO SIMBOLISMO PENAL

Primeiramente, para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p.83), o Direito Penal “se designam - conjunta ou separadamente - duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal.” Assim, é possível afirmar que o Direito Penal é uma soma de normas que o Estado faz uso para prevenção e repressão de fatos que vão contra à segurança pública e à ordem social, determinando os crimes, fixando as responsabilidades e estabelecendo as respectivas punições.

Resumidamente, é um conjunto de normas jurídicas regulamentadoras do poder punitivo do Estado, que definem dadas condutas como infrações e, como consequência das práticas destas, impõem penas ou medida de segurança.

Porém, o Direito Penal vai além do plano de conceitos e definições, retratando a expressão de justiça, muitas vezes, para a sociedade. O ‘símbolo’ é entendido como uma figura ou imagem que representa à vista o que é intangível, metafísico. Ou seja, o símbolo pode ser considerado uma alegoria, uma ideia, uma metáfora. Por conseguinte, o símbolo, sempre reproduz alguma outra coisa. Já, a forma como ele será interpretada, depende, essencialmente, do pensamento daquele que observa. (KERSTENETZKY, 2012)

Com base nos ensinamentos de MASSON (2012, p.11), o Direito Penal possui uma função simbólica que se refere a uma política criminal, indo além da aplicação do Direito Penal do Inimigo, sendo os próprios resultados do efeito externo que a aplicação da lei não produz. Revela-se, assim, como um Direito Penal do Pânico, por qual se identifica um exagero legislativo, que cria figuras penais desnecessárias ou, então, o aumento desmoderado e injustificado das penas para os casos específicos.

Dessa maneira, é possível constatar que o Direito Penal simbólico, comumente, pronuncia-se através propostas que buscam se beneficiar do medo e da sensação de insegurança das pessoas. Nesse ambiente, a finalidade do legislador não é o efetivo resguardo dos bens jurídicos atingidos pelo delito, mas uma forma de agradar a população, dizendo o que ela quer ouvir, fazendo o que ela deseja que se faça, mesmo que isso não surta qualquer efeito na redução da violência e da criminalidade.

André Estefam e Victor Gonçalves trazem o Simbolismo Penal como exemplo de instituto atentatório à intervenção mínima:

O legislador moderno, na ânsia de dar resposta imediata às mazelas sociais, tem o hábito de se utilizar, muitas vezes, do Direito Penal, de maneira simbólica e desmedida, produzindo novas incriminações, sem o cuidado de observar que existem outros meios de controle social capazes de dar uma dimensão adequada e proporcional ao conflito. (2020, p.191)

Nessa esteira, quando um fato ganha repercussão, nascem propostas de aumento de pena, de supressão de direitos individuais, de criação de novos tipos penais, mesmo que não seja alternativa adequada para realmente se solucionar com conflitos. Assim, o que o Estado deseja, na verdade, é agir de forma que satisfaça o sentimento emocional de um povo atemorizado.

Esse movimento de expansão do Direito Penal é favorecido, entre outros fatores, pela necessidade que o legislador possui em conseguir votos. Ao procurar os meios mais eficientes, vislumbrou no discurso incriminador um grande potencial para conseguir se eleger ou se reeleger. A população, alarmada pelo sentimento de insegurança, vê nos discursos incriminadores a solução fácil e rápida para o combate ao crime. (ANDRADE, 2014, p.100)

O professor André Lozano Andrade destaca a ligação existente entre o fenômeno da expansão do Direito Penal com a utilização da função simbólica deste e o real interesse presente por de trás das cortinas.

Utilizar o Direito Penal como simbologia para atender os clamores populares não só acaba por retirar do cidadão suas liberdades individuais, como causa descrédito no sistema, o que pode acabar por levar a legitimação, pela população, de toda sorte de abusos por parte das esferas punitivas e persecutórias do Estado. (ANDRADE, 2014, p.114)

Entretanto, essa ideia é somente um dos sentidos do caráter simbólico do Direito Penal. O professor Rogério Sanches Cunha (2020, p.40) ensina que:

Em uma perspectiva de conotação positiva, designa um efeito de assimilação cultural, mediante o qual alguns destinatários das normas aderem voluntariamente a seu conteúdo e as adotam como pauta ética, em decorrência do que se abstêm de praticar as condutas proibidas ou realizam as condutas obrigatórias. Conforme outra acepção, de cunho negativo, designa uma forma de utilização aparente dos instrumentos de controle penal, sem lhes conferir eficácia material. Isto decorre da mera veiculação de normas mediante a edição de leis sem a implementação dos meios do sistema penal necessários para a obtenção de sua eficácia material (informação e educação dos destinatários das normas, estruturação e

exercício do poder de polícia, instrumentalização do Ministério Público e do Poder Judiciário, disponibilização e estruturação de recursos ao sistema de execução penal etc.), acarretando uma intervenção meramente formal (simulada ou aparente).

Juarez Cirino dos Santos (2012, p.12) esclarece que esse tipo de criminalização nada mais é que fruto das condições estruturais estabelecidas pelo capitalismo neoliberal contemporâneo, produzida para satisfazer a retórica da opinião pública e encobrir as responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras.

O Direito Penal realiza funções instrumentais de efetiva aplicação prática e funções simbólicas de projeção de imagens na psicologia popular, mas o segmento legal conhecido como Direito Penal simbólico, caracterizado pela criminalização do risco em áreas cada vez mais distantes do bem jurídico – a pós-moderna criminalização do perigo abstrato –, não tem função instrumental, apenas função simbólica de legitimação do poder político. (SANTOS, 2012, p.450)

O desaproveitamento do Direito Penal Simbólico deturpa as funções primordiais do Direito Penal. Com relação à função primeiramente aludida, através do seu uso exacerbado, os bens jurídicos tutelados passam a ser corrompidos. Na dicção de Guilherme Nucci (2020, p.78): “Há bens tutelados pelo Direito, eleitos pelo ordenamento jurídico como indispensáveis à vida em sociedade, merecendo proteção e cuidado. A partir dessa escolha, o bem se transforma em bem jurídico.” Dentre os bens jurídicos tutelados, somente os mais importantes para o indivíduo merecem a proteção do Direito Penal.

O crime não será solucionado com um número exagerado de leis, mas será controlado se as leis que já existem forem efetivas. De nada adianta servir de maneira paliativa e não apontar soluções. Dessarte o simbolismo penal alcança seu objetivo, apresentando respostas rápidas e simplistas à sociedade.

Nesse enredo, o professor Paulo Queiroz (2008, p.51-53), destaca:

Um direito penal simbólico carece de toda legitimidade, pois manipula o medo ao delito e à insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e infratores, introduz um sem-fim de disposições excepcionais, a despeito de sua ineficácia ou impossível cumprimento, a médio prazo, desacredita o próprio ordenamento, minando o poder intimatório de suas prescrições.

Com a insegurança que a exploração do Direito Penal simbólico causa na sociedade, esta cobra do Estado que proteja de forma mais incisiva cada vez mais bens jurídicos. Com isto, são eleitos como bens jurídicos pelo Direito, valores que não são necessariamente indispensáveis à vida em sociedade, ou até mesmo não são constitucionalmente relevantes. Por conseguinte, a função de guardião dos bens jurídicos do Direito Penal é desvirtuada, pois os próprios bens jurídicos tutelados por tal ramo do Direito o são.

5.1. Deslegitimação do Poder Punitivo

É conhecido que o poder punitivo exercido pelo Estado deve ser entendido como uma questão política fundamental. Ao Estado é cedido o direito de punir, que não pode ser confundido, por certo, com aquela antiga faculdade, dada aos cidadãos, de exercer a vingança privada. Desse modo, tem-se observado o interesse cada vez mais latente da grande massa popular pelo tema do crime e da segurança pública.

Associado a isso, as pessoas vivem em uma verdadeira sociedade do assombramento, com a presença acentuada da manipulação midiática, aliada de uma carga sensacionalista, valorizando a violência e aumentando o interesse pelo crime.

Este tipo de discurso desenvolvido pela mídia constitui-se, de acordo com Aury Lopes Jr. “uma manipulação discursiva em torno da sociologia do risco, revitalizando a falsa crença de que o Direito Penal pode restabelecer a ilusão de segurança”. (2003, p.18)

Desse modo, o Brasil tem se direcionado pelo discurso criminológico midiático, como bem destaca Nilo Batista:

O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado da solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistemático podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado a massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. (BATISTA, 2002, p.273)

Nesse enredo, cumpre ressaltar as lições de André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Wermuth sobre a politização do Direito Penal:

A politização do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança resulta de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios. (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p.22)

Outro ponto bastante relevante quanto à aplicação da Justiça Penal e seus reflexos é a própria efetividade do aparelho punitivo estatal, caracterizado pelo uso de políticas de controle dos comportamentos criminosos por meio da instrumentalização da tutela penal para responder às transformações da sociedade. Entretanto, o que se tem observado na realidade é uma maximização da capacidade funcional do Direito Penal, materializada mediante violações às garantias tradicionais.

Conforme os ensinamentos do professor Alberto Silva Franco, a funcionalização do Direito Penal põe fim no risco de que lhe seja atribuído tarefas que na realidade não pode cumprir, oferecendo, ilusoriamente, à opinião pública expectativas de soluções de problemas que de imediato não se apresentam na prática. (FRANCO, 1997)

O Direito Penal funcional, então, deve ser conciliável com uma intervenção punitiva mínima, de modo que sejam protegidos os bens jurídicos mais relevantes. O referido processo de funcionalização está apoiado em duas vertentes: a função promocional e a função simbólica. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.105)

Na sociedade moderna a legitimação do Direito Penal é usada como instrumento de mudança e transformação social e como determinante de novos valores. Ele intervém nas áreas de conflito, antes dos outros meios de controles sociais serem acionados. Neste aspecto, Francisco Muñoz Conde, citado por Franco (1997), destaca que o Direito Penal exerce um grande deslumbramento na opinião pública e, apesar de existirem outros sistemas de regulação muito mais eficazes, só ele é capaz de despertar tamanha fascínio.

Entretanto, como bem ensina Jorge de Figueiredo Dias (2004), a sociedade de risco, encontrada em diversos Estados, proporcionou uma “inflação penal” com a respectiva elevação dos instrumentos de segurança pública, o aumento das penas

previstas para delitos já criados e a elaboração de novas figuras delitivas. Nessa direção, tem-se que:

A adequação do Direito Penal à sociedade do risco implica por isso uma nova política criminal, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária; e uma nova dogmática jurídico-penal disposta a abandonar e substituir princípios até aqui tão essenciais como os da individualização da responsabilidade penal e a considerar a nova luz questões como as da causalidade, da imputação objetiva, do erro e da culpa, da autoria. (DIAS, 2004, p.128)

O grande problema é que tais propensões têm causado efeitos danosos não compatíveis com a preservação da tutela seletiva dos bens essenciais à vida comunitária, tão logo, o atual momento, protagonizado pela cultura do medo, afetou eminentemente o Direito Penal. O amedrontamento e o atordoamento gerado na população estimularam políticas invasivas e, muitas vezes, antidemocráticas de Justiça Penal.

A modernização da sociedade provocou o surgimento de novas necessidades, novos costumes e novos conceitos. Tal fenômeno, impulsionado pela globalização, trouxe para o Direito Penal um desequilíbrio considerável no conflito entre segurança e liberdade. As mudanças sociais têm sido a potência motriz do expansionismo do Direito Penal e do abandono de seus traços democráticos.

O Direito Penal clássico deixou de ser suficiente e satisfatório para lidar com as novas relações sociais, sendo exigida uma nova roupagem à ordem jurídica, caracterizada pelo crescente desenvolvimento social e econômico. Dessa maneira, a adaptação do Direito Penal atual às novas necessidades de tutela impõe regras de comportamento que se estabelecem como função da pena e que abarquem os novos interesses da sociedade do risco. (SILVA SÁNCHEZ, 2013)

Como dito anteriormente, além dessa função puramente promocional, ao Direito Penal ainda compete a função simbólica. Sabe-se que o Direito Penal, pela forma de repressão aos crimes e pelo fato de ser *ultima ratio*, se reveste de um símbolo. O recurso ao simbolismo mostra-se pertinente e legítimo, uma vez que demonstra a magnitude do Direito Penal.

Porém, de maneira distinta, o Direito Penal simbólico busca solucionar os problemas da criminalidade e da violência de forma simulada, fazendo repercutir na opinião pública o efeito tranquilizador de um legislador atento. Por causa das

grandes crises econômicas, políticas e sociais que vem aterrando a sociedade e produzindo medo e insegurança coletiva, o recurso à função simbólica tem se mostrado bastante incidente nos últimos tempos.

O simbolismo, por certo, é visível na elaboração de normas como reação ao clamor público. Procura-se editar leis de mínima ou nenhuma efetividade que tem o condão apenas de dar uma resposta à população aflita com os relatos sobre o crime. Essas leis são criadas sem qualquer proteção efetiva na norma penal incriminadora, contrariando, desse modo, o Direito Penal mínimo e o princípio da lesividade, visto que certas condutas são punidas de modo desnecessário, antecipando a punição e criminalizando comportamentos que não geram qualquer perigo concreto ou efetivo.

Sobre essa temática, Paulo Queiroz alerta que:

O legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão e uma falsa impressão de segurança jurídica (QUEIROZ, 1999)

A referida funcionalização do Direito Penal não se trata de um processo isento, pelo contrário, está permeado de inúmeras críticas. Alberto Silva Franco (1997) destaca que a funcionalização significa uma violenta agressão ao cerne do sistema penal, qual seja, o seu aspecto formalizador. Neste quesito, está presente a atual tendência Direito Penal: a desformalização. Esse ponto é fundamental, porque o Direito Penal, por lidar com os conflitos mais graves, requer maior formalização, não podendo conceber normas e sanções flexíveis. Exatamente por isso é que a desformalização constitui uma decorrência extremamente perigosa de um Direito Penal Clássico.

A desformalização dos aparelhos do Direito Penal Clássico, como aduz Hassemer (2008), é uma das direções pelas quais se pode realizar a funcionalização do Direito Penal, excluindo ou reduzindo os bloqueios tradicionais do Direito Penal garantista que podem ter fins políticos. Dessarte, ainda não é concebível se afirmar que a desformalização favorece em algum grau o Direito Penal ou, de outro modo, diminui suas garantias formais. O autor afirma que um Direito Penal formalizado pela política criminal encontra a justificativa de sua intervenção junto à opinião pública,

além da oportunidade de se ajustar aos outros instrumentos políticos de solução das adversidades.

Assim sendo, o Direito Penal não pode ser convertido em um sistema de satisfação das expectativas e anseios da sociedade, sob pena de se tornar em um instituto desvirtuado e ineficiente quanto à sua real proposta. A adição de normas penais e a rigidez das penas não têm necessariamente capacidade para solucionar o problema da criminalidade, ainda mais aqueles não-violento, financeiramente motivado.

Diante dessas duas tendências — funcionalização e desformalização — o perfil do Direito Penal moderno é, conforme Alberto Silva Franco:

Por uma ampla política de criminalização em áreas até então excluídas de sua intervenção, deixando de ser o instrumento mais adequado de tutela dos bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais graves a eles endereçados, para tornar-se o instrumento de uma política de segurança. Ao invés de ser utilizado como "ultima ratio" passa a ser adotado como "prima ratio" ou até mesmo como "sola ratio". Essas novas tendências desfiguram o Direito Penal cuja legitimação está vinculada ao estrito respeito aos princípios consagrados formalmente na Constituição Federal (princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da culpabilidade e princípio da humanidade da pena) e ainda, aos princípios não inseridos no texto constitucional (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, princípio da intervenção mínima, princípio da proporcionalidade, etc.), mas que decorrem, implicitamente, do modelo jurídico adotado, ou seja, do Estado Democrático de Direito. (FRANCO, 1997)

Em frente das ponderações aqui feitas, faz-se imprescindível analisar, de maneira mais profunda, a legitimidade do Direito Penal moderno e a sua condição minimalista em um Estado Democrático de Direito.

5.2. A garantia de um Direito Penal Mínimo no Estado Democrático De Direito

Como destacado ao longo desse trabalho, o Direito Penal tem por função essencial a tutela de bens jurídicos, não podendo ser estes considerados fim em si mesmo. Aquele deve salvaguardar a sociedade de ataques a direitos individuais ou coletivos que sejam fundamentais à dignidade e à existência do cidadão e do Estado. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, o Direito Penal tem por função a “proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena”. (SANTOS, 2010, p.5)

Assim, é importante salientar que, em um Estado Democrático de Direito, imprescindivelmente se faz necessário a aplicação de um Direito Penal Mínimo. Apesar dos problemas da sociedade não serem solucionados através do Direito Penal, que até mesmo a criminalidade e a violência o Direito Penal não consegue conter, há uma insistência das esferas de poder, talvez em virtude da grande e preponderante influência das espetacularizações midiáticas dos órgãos de comunicação de massa e da força dos discursos de dura repressão do crime que afagam a sociedade, em fazer uso do Direito Penal de forma imoderada e, por vezes, “propagandista”, como se quisessem passar uma sensação de segurança jurídica e paz social que só com o Direito Penal seria possível atingir.

O Estado Democrático de Direito não pode permitir que a Justiça Penal se sensibilize com a opinião da maioria, que busca uma política criminal de retribuição, caracterizada pelo sensacionalismo jornalístico midiático, antecipando o julgamento e sempre demonizando os acusados.

O jurista Luigi Ferrajoli (2002, p.564) bem ensina que o Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, quando chamado a exercer o controle judicial do crime e o poder de punir, tem o dever político de tutelar os direitos fundamentais, que são bens jurídicos que nenhum agente, público ou privado, está autorizado a lesionar, seja com delitos, seja com punições. Nesse ínterim, atualmente, a Justiça Penal, está pautada nos valores de proteção dos direitos fundamentais, não podendo se submeter a uma política criminal maximalista, de feitio vingativo e que restringe garantias, ainda que pressionada pela maioria.

De acordo com Ferrajoli (2002), na política criminal maximalista, a única certeza de que se tem é a de que nenhum culpado ficará impune. Em contrapartida, na política criminal minimalista, a convicção é a de que nenhum inocente será injustamente penalizado.

O mesmo autor afirma que uma política criminal apropriada para os modelos constitucionais contemporâneos, baseada no respeito aos valores democráticos, tem como finalidade uma dupla função preventiva, qual seja, a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionais.

Contudo, ainda assinala Ferrajoli (2002, p.565), que caso haja alguma impunidade, a adesão por juízes a uma política criminal minimalista e garantista afasta os desejos de represália da opinião pública, da mídia e, até mesmo, de certas decisões legislativas. Este posicionamento também afasta a tendência de

demonização dos acusados e de identificação do julgador com a vítima, assim como a supressão de direitos e garantias fundamentais dos delinquentes, como se estes fossem inimigos da sociedade.

Reflexão indispensável a ser realizada nessa questão é exatamente a de que a interpretação e a aplicação do Direito Penal estão associadas a um projeto político. Isso quer dizer que juízes e tribunais, ao deferir alguma decisão, não apenas devem aplicar a letra da lei, mas, também, devem buscar a justiça que seja adequado com o sistema jurídico-penal, ofertando uma resposta judicial apoiada nos mandamentos constitucionais, que veiculam a política do Estado, ainda que, algumas vezes, possam demonstrar em suas decisões as deficiências do texto que interpretam. Assim, as sentenças judiciais são produzidas pela fusão de conceitos de dogmática jurídico-penal e de julgamentos político-criminais. (GOMES, 2013)

Mais uma vez, Ieciona Ferrajoli (2002, p.687-688) que as respostas judiciais à criminalidade devem ponderar os fins e as premissas político-criminais que estão presentes no quadro de valores que integram o consenso social positivado na Constituição, ainda que os sentimentos da maioria da sociedade lhes exijam outra valoração. Dessa forma, aqueles responsáveis pela interpretação e aplicação do Direito Penal devem se orientar pelo combate ao crime com o mínimo de violações de direitos.

Todavia, a garantia de tais direitos seguida do combate às transgressões é tensionada a todo instante, tendo em vista que fazer política com Direito Penal é sinônimo de um agir politicamente com o mínimo de repressão. Nesse ensaio, uma política criminal efetiva atual é aquela com base na procura por sua própria superação e na busca de opções que sejam menos traumáticas aos direitos dos cidadãos. Conforme assevera Hassemer:

uma boa política social é a melhor forma de política criminal [...] sendo que a política criminal deve não apenas responder mais apropriadamente aos nossos problemas, mas também deixar em paz os direitos fundamentais dos cidadãos, enfrentando as ameaças de nosso tempo não com lesões aos direitos fundamentais, mas com medidas efetivas de proteção e segurança. (HASSEMER, 2008, p.307-309)

Concluindo, o Estado Democrático de Direito precisa urgentemente de um movimento contrário ao de expansão do Direito Penal e das competências da Justiça Penal, em que aumentam os sentimentos de vingança suportados pela

população e pela mídia sensacionalista. Tal pensamento direciona um entendimento de que a real democracia exige uma maior proteção dos direitos das pessoas e, de outro lado, um maior controle das obrigações do Estado. Apenas desse modo é que será possível atingir o equilíbrio entre a maximização da liberdade e a minimização do poder de punir do Estado.

Por fim, resta lembrar que a atividade punitiva do Estado, assentada em uma política social maximalista, deve-se “graças à maximização das expectativas materiais e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las”. (FERRAJOLI, 2002, p.695)

6. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Este estudo, a princípio, busca encontrar o melhor entendimento entre aqueles adotados pelas Cortes Superiores a respeito da aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes contra a Administração Pública, além do melhor meio de se lidar com esses ilícitos penais, levando em consideração todos os institutos já vistos.

Posto isso, será analisado agora os posicionamentos adotados por cada um para uma melhor compreensão do tema.

6.1. Posicionamento do STJ

O entendimento do Superior Tribunal da Justiça é que o Princípio da Insignificância não é cabível nos crimes contra a Administração Pública, conforme os acórdãos já citados anteriormente e esse mais recente a seguir exposto:

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (STJ, AgRg no REsp 1.308.038/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 29/05/2015).

Quanto ao princípio da insignificância, a Turma entendeu não ser possível sua aplicação aos crimes praticados contra a Administração, pois se deve resguardar a moral administrativa. Embora o crime seja militar, em última análise, foi praticado contra a Administração Pública. Precedentes citados: HC 154.433/MG, DJe 20/9/2010, e HC 167.915/MT, DJe 13/9/2010 (STJ, HC 147.542/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 17/5/2011, Informativo nº 473). Súmula 599 (CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017).

A Súmula 599 estabelecida pela Corte da Cidadania (STJ) em 2017 reitera esse pensamento e tem o seguinte texto: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.”

Neste sentido, *in verbis*:

STJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que

a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1275835/SC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 01/02/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para oferecimento da defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão. 2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça. 3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o iter processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação. 4. **Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa,** o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado. (HC 165.725/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 16/06/2011)

Porém, o próprio tribunal já relativizou a referida súmula corroborando com a ideia de que a aplicação desse princípio deve analisada com base no caso concreto, para que a decisão seja razoável e proporcional ao efetivo dano ao bem jurídico.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. INUTILIZAÇÃO DE UM CONE. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. PRIMÁRIO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL DA SÚMULA N. 599/STJ. JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal. 2. Seditou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – **réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.**

(STJ. HC 85.272/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018).

No caso do crime de Descaminho (art. 334, do CP) a jurisprudência do STJ por muito tempo entendeu que o princípio é aplicável quando o valor do tributo não recolhido for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Todavia, a jurisprudência avançou, ao ser pacífica em admitir a incidência do instituto quando o valor do tributo não recolhido for igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com base nas portarias 75/12 e 130/12 do Ministério da Fazenda. O propósito foi o de adequar a jurisprudência do STJ ao entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR DO TRIBUTO INFERIOR A VINTE MIL REAIS. REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social. 2. Nos delitos de descaminho, a reiteração da conduta delitiva, por si só, não impede que o juiz da causa reconheça a atipia material, à luz do princípio da insignificância. 3. O paciente foi denunciado pela suposta prática, em três dias distintos, do delito de descaminho, cujas mercadorias apreendidas e perdidas em favor da Fazenda Pública foram avaliadas em R\$ 253,31; R\$ 174,90 e R\$ 96,83. O valor dos tributos elididos totalizou R\$ 262,53. 4. Embora as três condutas tenham sido praticadas em curto lapso temporal, inexistem informações de eventual existência de outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais em face do paciente; não se revela, portanto, criminoso habitual. 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, que rejeitou a denúncia por falta de justa causa, ante a aplicação do princípio da insignificância. (HC 130453, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017 PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017).

Entretanto, no crime de Contrabando (art. 334-A, do CP), a posição é que independentemente do valor da mercadoria contrabandeada, o princípio não poderá ser aplicado.

Em resumo, por mais que STJ tenha a orientação da não aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes contra a Administração Pública, o mesmo se contradiz quando decide analisar as circunstâncias antes de julgar em certos processos e, desse modo, não faz nenhuma distinção entre tais crimes com os demais delitos que por ventura se submeteriam a sua apreciação sob a égide desse princípio.

A influência da expansão do Direito Penal e da sua função simbólica foi significativa na construção da jurisprudência aplicada pelo STJ por anos e na concepção da Súmula 599. Elevar o patamar do Administração Pública e relativizar princípios foram consequências claras desse fenômeno, que vem repercutindo até hoje. Entretanto, com base nos últimos julgados, fica evidente que a cada dia que passa perde gradativamente mais a sua força e abre espaço para decisões mais proporcionais e garantistas.

6.2. Posicionamento do STF

Diferente do STJ, o Supremo Tribunal Federal demonstra em seus julgados a possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância nos processos que envolvem crimes contra a Administração Pública, apresentando somente algumas ressalvas em determinados crimes. Como exemplo a ser citado, tem-se o crime de sonegação de contribuição previdenciária em que o STF posicionou seu entendimento pela impossibilidade da aplicação do princípio em face do elevado grau de reprovabilidade da conduta, *in verbis*:

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Condenação. 3. Reconhecimento da prescrição. Impossibilidade. Necessidade de esgotamento da via administrativa para deflagração da ação penal e início da contagem do prazo prescricional. Não ocorrência da alegada prescrição. 4. **Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Elevado grau de reprovabilidade da conduta.** Precedentes. 5. Dosimetria da pena. Reprimenda aplicada de forma proporcional e suficientemente fundamentada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 132.706 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 29/07/2016).

Nos crimes que atentam contra a fé pública, tanto o STF quanto o STJ entendem não ser possível a aplicação desse instituto.

Habeas corpus. 2. Crime de falsificação de documento público (art. 311 do CPM). Atestado médico apresentado para justificar ausência ao serviço. 3. Atipicidade da conduta. Falsificação grosseira. Documento que iludiu a pessoa responsável pelo setor de recebimento de dispensas médicas. 4. **Princípio da insignificância. Não aplicação aos crimes contra a fé pública.** Precedentes do STF. 5. Ordem denegada. (HC 117638, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11.03.2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 27.03.2014)

Ainda, nesse âmbito, sobre os crimes contra a fé pública, há decisões que não amparam a aplicação do princípio em epígrafe, em qualquer situação, quando refere-se ao delito de falsificação de moeda, devido à periculosidade sistêmica do comportamento consoante se extrai do seguinte exemplo (STF, HC 93.251), *in verbis*:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. DEZ NOTAS DE PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO. IMPOSSIBILIDADE DE QUANTIFICAÇÃO ECONÔMICA DA FÉ PÚBLICA EFETIVAMENTE LESIONADA. DESNECESSIDADE DE DANO EFETIVO AO BEM SUPRAINDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA. I - **A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto despicienda que não seja razoável a imposição da sanção.** II - Mostra-se, todavia, cabível, na espécie, a aplicação do disposto no art. 289, § 1º, do Código Penal, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. III - Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco, para a imposição da reprimenda. IV - Os limites da culpabilidade e a proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo julgador monocrático, que substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos, em grau mínimo. V - Ordem denegada. (HC 93251, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-03 PP-00497 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 515-517)

Outros julgados entendem ser insignificante a falsidade diante de algumas circunstâncias (STF, HC 83.526), *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de moeda falsa exige, para sua configuração, que a falsificação não seja grosseira. A moeda falsificada há de ser apta à circulação como se verdadeira fosse. 2. **Se a falsificação for grosseira a ponto de não ser hábil a ludibriar terceiros, não há crime de estelionato.** 3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica. 4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu. (HC 83526, Relator(a): Min. 21 JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, DJe 07/05/2004)

Percebe-se que ainda há uma falta de consenso para a aplicação do postulado da insignificância quando se trata de crimes contra a fé pública. Existem julgados que rechaçam a bagatela em qualquer caso, podendo ser citado a título de

exemplo o HC nº 93.251. Já outros admitem a insignificância em delitos que envolvem a falsidade na presença de algumas circunstâncias, e.g. HC 83.526.

Vale ressaltar que, para a Corte Constitucional, a reincidência específica em quaisquer crimes também afasta a aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, fica claro que em todas essas exceções a Corte Suprema entende que é preciso analisar o caso em questão antes de proferir qualquer decisão, sendo a hipótese favorável fica superado o obstáculo.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (HC 112388, Relator(a):Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 13-09-2012 PUBLIC 14-09-2012).

Deste modo, cumpre ratificar que o STF não cria empecilho quanto da aplicação da insignificância, mas reitera, por sua vez, que a possibilidade de empregar o princípio em apreço é considerada desde que sejam atendidos os requisitos que o permitem.

Nas espécies de crimes funcionais, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como os princípios oriundos da Administração Pública, em especial aqueles dispostos no artigo 37, caput da CF/88, consistentes na moralidade, na legalidade, na eficiência, bem como princípios infraconstitucionais reitores da matéria, como o da honestidade, do interesse público, da lealdade, do decoro, servirão como um norte na aplicação do princípio da bagatela aos crimes contra a Administração Pública.

Como observado, não se encontra, nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, impactos significativos da expansão do Direito Penal e do seu simbolismo. Porém é necessário atentar-se que este ramo do Direito está em constante mudança e o judiciário juntamente com o legislativo não podem dar oportunidade às transformações que vão de contra ao Estado Democrático de Direito.

6.3 A insegurança jurídica trazida pela divergência dos tribunais superiores.

Após as ponderações aqui feitas e as decisões mostradas, fica nítido que não há um consenso acerca desse tema. Ora as cortes superiores são a favor e ora são contra a aplicabilidade do princípio, fato que contribui para uma situação de insegurança jurídica.

Examinando os requisitos objetivos do Princípio da Insignificância, já demonstrados anteriormente, para a aplicação da bagatela, observa-se certa discricionariedade no momento de decidir se a conduta possui um reduzido grau de reprovabilidade, mínima ofensividade, não apresenta periculosidade social e nem expressiva lesão jurídica.

O judiciário precisa levar em consideração que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente indispensáveis à proteção da vida e de outros bens jurídicos que lhes sejam fundamentais, especificamente naqueles casos em que os valores penalmente amparados se exponham a uma lesão, efetiva ou potencial. O Direito Penal não se deve ocupar de ações que produzam resultado, cujo desvalor não represente prejuízo relevante, seja ao ofendido, seja à integridade da própria ordem social ou econômica. (STF, HC 84.412/SP)

É cediço que a Administração Pública brasileira vive uma fase conturbada que não é atual, mas passou a receber muito mais atenção nos últimos anos. Em que constantemente observa-se a ocorrência de desvios de verbas públicas, fraudes e corrupção em todas as esferas de poder. Todavia, a justiça não deve ser influenciada por essas questões e muito menos por pressão populacional e midiática, devendo-se manter imparcial e equânime.

Dito isso, a moralidade administrativa, como bem a ser tutelado, não pode ser invocada sempre que um indivíduo cometer um crime contra a Administração Pública para simplesmente afastar o Princípio da Insignificância. Isso porque a análise do caso concreto deve ser pormenorizada e outros critérios devem ser considerados.

Além disso, saber lidar melhor com este tipo de crime resultaria, mesmo que de forma indireta, em mudanças sociais significativas, considerando o papel do Estado na sociedade. Por isso Winfried Hassemer (2007, p.97) faz a seguinte declaração:

Seria atual, mas equivocado, retirar da periculosidade dos desenvolvimentos corruptíveis então a conclusão de que esses deveriam ser combatidos com meios mais severos que possuímos, ou seja, com os meios penais: novas tipificações, aumento das penas, eliminação dos pressupostos da punibilidade como eventualmente dos acordos ilegais, redução dos requisitos do dolo ou de sua comprovação, agravamento dos instrumentos da investigação como o controle telefônico, investigadores secretos, escutas e testemunhas principais. Isso é o esquema do estímulo – reação que seguimos há anos.

[...]

No entanto, poderia funcionar de outra maneira. Não o direito penal, mas o direito administrativo, o direito do serviço público, o direito tributário e a política financeira, a doutrina administrativa, a psicologia ou a doutrina da administração de empresas seriam as cédulas de referência que deveriam ser questionadas para que o direito penal pudesse representar o papel que lhe foi destinado no Estado de Direito, para que isso restasse como razão última do problema e não se tornasse a primeira ou até mesmo a única razão.

A insegurança jurídica trazida pela divergência de posicionamento dos tribunais superiores juntamente com a confusão criada sobre o objeto e finalidade do Direito Penal causa sentimentos de incerteza que em uma sociedade de risco são maximizados ao extremo e prejudica diretamente o controle social.

7. CONCLUSÃO

O entendimento do STF, apesar de suas exceções, é o mais correto. Discordando da Súmula 599 do STJ, que deve ser rechaçada, reconhece que a aplicação da insignificância é possível mesmo nos casos de crimes contra a Administração Pública, uma vez que esses, mesmo tendo uma natureza jurídica especial e que merece uma tutela mais cuidadosa pelo Estado, não devem ser colocados em um lugar inalcançável.

Mostra-se essencial, no entanto, a análise minuciosa dos requisitos para que possa ser concedida a possibilidade de aplicar o referido princípio, de tal maneira que seja tanto evitado a condenação injusta por parte daqueles que provocaram lesão irrelevante ao ordenamento jurídico, como também que não fiquem impunes aqueles que causaram lesão irrisória no plano patrimonial, mas relevante no âmbito social e moral.

Em que pese às divergências de posições tanto entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quanto internamente, no âmbito das respectivas Cortes, é percebido que a ausência de um entendimento jurisprudencial homogêneo acarreta não só em insegurança jurídica como também na absoluta discrepância entre casos semelhantes.

Porém, como demonstrado, é visto que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem se equiparando ao passar dos anos e resta ao legislador e os demais tribunais de justiça acompanhar esse fenômeno.

Posicionamentos contrários sempre existiram e vão continuar existindo, isso é o que também constitui um Estado Democrático de Direito. Mas sempre que divergências aparecerem, o papel do operador do Direito é buscar uma melhor resposta. Isto não significa que todos devam pensar da mesma forma, significa somente que, apesar do juízo de valor existente em cada um, certos entendimentos têm de prevalecer para que situações injustas aconteçam cada vez menos no universo jurídico.

Nesse roteiro, é importante destacar que para a intervenção penal, a noção de bem jurídico será posto em primeiro lugar de importância e será configurado como um pré-requisito legitimante da proteção penal, já que o Direito Penal somente está facultado e legitimado a intervir quando norteado tão somente para proteção de um bem jurídico-penal. (BIANCHINI, 2002, p.50)

Dessa forma, não se pode usar a função simbólica do Direito Penal para afastar os princípios do Direito Penal, como o da intervenção mínima e o da lesividade. Os princípios, que devem basilar a atuação legislativa e a atividade jurisdicional, não podem ser esquecidos para dar lugar à punição sem fundamento. Condenando-se porque a sociedade, pelos meios de comunicação, clamou.

A criminalização de condutas instigada pelo clamor social, unido a influência dos meios de comunicação, que propagam o pânico por meio de notícias infundadas, são suficientes para relativizar os princípios constitucionais indispensáveis para limitar a intervenção do Estado e para formação de um Direito Penal garantista.

Neste caminho, tem-se que quando ocorre a expansão do Direito Penal (criminalização do perigo) há o crescimento, na realidade, da extensão da punibilidade, o que não obrigatoriamente corresponde à mais segurança e à mais prevenção.

É imperioso a compreensão de que a criação de leis não soluciona a criminalidade, pelo contrário, a intensifica, porque no instante em que as ações que no passado eram consideradas insignificantes tornam-se abarcadas pelo Direito Penal e novos tipos penais são incorporados ao ordenamento jurídico, a tendência é que este se torne intransigente e expansivo. Dessa forma, as respostas são adversas ao que se espera com a inovação legislativa, a ato é tipificado, mas o crime não é solucionado.

Além disso, é importante enxergar que o Estado faz uso da lei de maneira promocional, com a finalidade de servir a interesses políticos e não sociais, isto é, muitas normas penais são criadas e impostas após episódios de grande repercussão social, a fim de salvaguardar-se politicamente e assegurar uma “calmaria” na população, dando a ela o que deseja: mais punições.

Ademais, uma interpretação em sintonia com os princípios que norteiam o Direito Penal, preocupada com os atos cometidos pelo agente, punindo-se pelo fato e não pelo modo de ser do agente, visa coibir excessos e descomedimentos que venham a ocorrer.

Por conseguinte, sustenta-se que a política criminal deve estar estruturada, de maneira a fortalecer outros ramos do direito, em especial, o Direito Administrativo, como maneira de evitar a exacerbação do Direito Penal, eis que a maior incidência deste não indica a redução nas taxas de criminalidade.

Por último, defende-se a instituição do Direito Administrativo Sancionador, vertente do Direito de Intervenção, para amparar os ilícitos que não possuem mais razão de serem tutelados pelo Direito Penal e buscar, assim, uma maior efetividade nas aplicações das penas. Contudo, da mesma forma que este é *ultima ratio* para o Estado, o DAS deve ser a última alternativa para o Poder Público.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. Revista Liberdades, n. 17, p.99-117, 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasedicoes/outrasedicoesexibir.php?rcon_id=214>. Acesso no dia 06/01/2022.

ARAUJO, Felipe Dantas de. **Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção?** Revista de Direito Internacional, Brasília, v.8, n.2, p.205-253, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11. ed., 2007.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

_____, Superior Tribunal de Justiça. HC 50.863/PE. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Sexta Turma. Julgamento: 04/04/2006. DJe: 26/06/2006.

_____, Superior Tribunal de Justiça. HC 85.272/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 1105736/MG. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgamento: 07/12/2010, DJe 17/12/2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.308.038/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, DJe 29/05/2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. HC 165.725/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 16/06/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 84.412/SP, Relator Min. Celso de Mello, DJe 19/11/2004.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 136.896/MS, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/2016, DJe 20.02.2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 107.082, Relator Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJe 26/04/2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 123.108, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 117.638, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 27/03/2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 107.370, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02/04/2011, DJe 12/06/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 130453, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 112.388, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, julgado em 21/08/2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 83.526, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, julgado em 16/03/2004, DJe 07/05/2004.

_____, Tribunal Regional Federal, 3ª Região. ACr 3195-50.2003.4.03.6181/SP. Relator: Desembargador Federal José Lunardelli. Primeira Turma. Julgamento 24.06.2011. DJe 04/07/2011.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – Parte Geral**. Volume I. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CRUZ, Renne Müller. **Bens Jurídicos Penais Difusos e Coletivos**. Revista Jus Navigandi, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71517/bens-juridicos-penais-difusos-e-coletivos>>. Acesso no dia 20/11/2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado – parte geral** / Coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Novas tendências do direito penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, 1997. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3469/>>. Acesso no dia 10/12/2021.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, 2021, p.468. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso no dia 22/10/2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Volume III. 14a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017a.

_____, **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Volume I. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017b.

_____, **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

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

_____, **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____, **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 08, 1994.

_____, **Direito Penal Libertário**. Editora Del Rey, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume I: parte geral**. - 32 ed. - São Paulo, 2011.

LOPES JR, Aury. **Processo penal, tempo e risco: quando a urgência atropela as garantias**. In: Processo Penal: Leituras Constitucionais. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2003

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. **Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-simbolico-criacao-de-leis-mais-rigorosas-diante-do-clamor-social-e-midiatico/>>. Acesso no dia 29/09/2021.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Direito Penal**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Helom. **O que é o Direito Sancionador Judicial**. 2016. Disponível em: <<https://helomnunes.com/2016/04/17/o-que-e-o-direito-sancionador-judicial/>>. Acesso no dia 22/11/2021.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A Expansão Penal e o Direito de Intervenção**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPENDI. Páginas 5.042-5.057, Brasília-DF, 2008.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: O pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: quais os limites do ius puniendi estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa**. Revista Ibero Americana de Ciências Penais, vol 1, n 1, 2000.

PAGLIUCA DOS SANTOS, Thiago Pedro. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PINTO, Aloisia Carneiro da Silva. **Princípio da moralidade administrativa**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 24, n. 5792, 11 maio 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72437>>. Acesso no dia 15/09/2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

_____, **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019n.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico**. Boletim do IBCCRIM, n. 74, jan, 1999. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2408/>>. Acesso em 23/11/2021.

_____, **Princípio da Insignificância**. Set, 2015. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/476/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20constitui,n%C3%A3o%20traduzir%20uma%20viola%C3%A7%C3%A3o%20realmente>>. Acesso em 09/12/2021.

_____, **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. **Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua aceção constitucional**. Disponível em <www.realeadvogados.com.br>. Acesso em 07/12/2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organizado e traduzido por: André Luís Callegari; Nereu Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, Jesús-María Sánchez. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Organizado e Traduzido por: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SICA, Leonardo. **Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: RT, nº 02, jul/dez de 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo**. São Paulo: RT, 2006.

_____, **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Kelvia de Oliveira; ASSIS, Claudio Abel Franco de. **O Simbolismo Penal e a Deslegitimação do Poder Punitivo na Sociedade De Risco: Consequências e Imprecisões**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais. e-ISSN: 2526-0065. Volume 1 - n. 2. p.238–266. Minas Gerais, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1: Parte Geral**. 9 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.