

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A MORAL ADMINISTRATIVA ENQUANTO BEM JURÍDICO-PENAL:  
UM ASPECTO LEGITIMADOR DA INTERVENÇÃO CRIMINAL**

Análise do expansionismo do Direito Penal à luz da Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça.

RAQUEL DO AMARAL MARTINS

Rio de Janeiro  
2022

RAQUEL DO AMARAL MARTINS

**A MORAL ADMINISTRATIVA ENQUANTO BEM JURÍDICO-PENAL:  
UM ASPECTO LEGITIMADOR DA INTERVENÇÃO CRIMINAL**

Análise do expansionismo penal à luz da Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

Rio de Janeiro  
2022

## CIP - Catalogação na Publicação

M386m      Martins, Raquel do Amaral  
A MORAL ADMINISTRATIVA ENQUANTO BEM JURÍDICO  
PENAL: UM ASPECTO LEGITIMADOR DA INTERVENÇÃO  
CRIMINAL Análise do expansionismo penal à luz da  
Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça. /  
Raquel do Amaral Martins. -- Rio de Janeiro, 2022.  
66 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Moral administrativa. 2. Princípio da  
Insignificância. 3. Bem jurídico-penal. 4. Crimes  
contra a Administração Pública. 5.  
Administrativização do Direito Penal. I. Santoro,  
Antonio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

RAQUEL DO AMARAL MARTINS

**A MORAL ADMINISTRATIVA ENQUANTO BEM JURÍDICO-PENAL:  
UM ASPECTO LEGITIMADOR DA INTERVENÇÃO CRIMINAL**

Análise do expansionismo penal à luz da Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

**Data da Aprovação:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

---

Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro - Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, àquela que me fez encontrar sentido e nutrir paixão pelo curso de Direito, Marie. Agradeço ao meu dedicado pai, Marcos, à minha carinhosa mãe, Rafaela, ao meu irmão Rodrigo e aos meus avós Maria Bernardete e Mario Roberto. Essa conquista não seria possível sem nenhum de vocês.

Aos meus pais, Rafaela e Marcos, por sempre investirem muito não só na minha educação, como em qualquer busca por conhecimento, por me ensinarem a importância da leitura e o poder da arte e da imaginação. Sempre senti a presença de vocês durante cada fase da graduação e nunca vou conseguir traduzir em palavras minha gratidão por todo o esforço e a torcida. Saibam que nenhuma palavra ou atitude de carinho passou despercebida e eu sou extremamente grata por ser filha de vocês.

Ao Rodrigo, presente em toda a minha trajetória, sempre me incentivando a buscar respostas para suas perguntas mirabolantes e curiosidades infundáveis. Saiba que serei sua melhor amiga nos seus melhores e piores momentos. Obrigada por cuidar de mim.

À Marie, por acreditar em mim, por insistir incansáveis vezes na minha própria capacidade e, principalmente, por me impedir de desistir diante de qualquer dificuldade. Com você ficou muito mais fácil e prazeroso perseguir meus sonhos, pois em todos os cenários do futuro eu vejo você e assim caminho com a certeza de que seguiremos juntas, encontrando forças uma na outra para construirmos nosso futuro. Para você, dedico não só minha profunda gratidão, mas também meu amor.

Aos meus queridos avós, Maria Bernardete e Mario Roberto, por terem me proporcionado alguns dos momentos mais felizes da minha vida. Vocês são verdadeiros cristais e eu nunca vou esquecer do apoio especial no final desta graduação.

À Lucimara, pela sua presença e ajuda indispensável ao longo dos últimos anos. Sem o seu trabalho extremamente cuidadoso e prestativo eu jamais teria conseguido chegar até aqui e salva. Obrigada por estar sempre disponível e conseguir fazer com que eu enxergasse uma saída nos meus momentos mais sombrios.

À Lara e Bárbara, por cultivarem comigo uma relação de amizade forte o suficiente para suportar todos os altos e baixos da graduação e por formarem uma rede de apoio responsável por evitar que qualquer uma se perdesse em meio a tantas incertezas e ansiedades. Foi um privilégio ter vocês como alívio cômico e porto seguro dentro e fora das salas de aula.

Também agradeço à Vitória, Karina, Sofia e Rebeca, que resistem e se divertem comigo desde a época do Ensino Médio e que, mesmo tomando rumos acadêmicos distintos, não permitiram que nenhum laço de amizade se desfizesse, me propiciando, assim, toda a segurança na qual continuo encontrando o refúgio necessário para permanecer em paz.

À Clarice, uma pessoa muito especial que me acolhe e me alegra mais do que percebe. Eu esperava obter algumas conquistas da faculdade, mas não ter a sorte de te encontrar. Obrigada por ser absolutamente tudo para quem é tudo para mim. Estou ansiosa para o (breve) futuro, no qual nós todas estaremos finalmente reunidas.

A todas as minhas supervisoras e supervisores em estágios de áreas criminais, não só pela enorme contribuição teórica e prática, como também por reiterar durante todos os expedientes a certeza do futuro que pretendo seguir. Aqui, não poderia deixar de agradecer também à Eliane Dias por ter sido a porta de entrada para minha primeira experiência em um ambiente profissional que me introduziu a novas vivências e determinou o campo do direito que me cativou.

Finalmente, à Faculdade Nacional de Direito pelo aprendizado de excelência que somente ela poderia me proporcionar. Terei sempre muito orgulho do privilégio de poder ter estudado em uma instituição escolhida a dedo por sua qualidade acadêmica e senso crítico inigualáveis. Agradeço sobretudo aos ilustres professores de Direito Penal, Processual Penal e Criminologia, com os quais tive a honra de aprender não somente letras de leis e teorias doutrinárias, mas também importantes posicionamentos que não só auxiliaram na minha formação, como também me tornaram uma pessoa melhor, mais consciente e responsável.

Dentre o corpo docente, deixo o meu muito obrigada final ao meu orientador, Antônio Eduardo Ramires Santoro, por aceitar minha proposta e por sua disponibilidade, atenção e paciência nesses semestres letivos pandêmicos.

*“Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos da liberdade”.*

Carl Ludwing von Bar

*“De nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”.*

Claus Roxin

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de investigação a Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a inaplicabilidade do Princípio da Insignificância no âmbito dos crimes contra a Administração Pública. Para a análise crítica do entendimento fixado foram formulados dois questionamentos: 1. Há especial relevância que fundamente a elevação da moral administrativa a um grau de instrumento penalizador (eis que capaz de afastar uma possível absolvição)? 2. Poderia haver eficácia na edição da súmula através de uma potencial contenção ou prevenção de crimes dessa natureza? Para alcançar as respostas, a metodologia utilizada fundamentou-se em perspectivas teóricas advindas de fontes bibliográficas e textos acadêmicos sobre o tema. Finalmente, como resultado do estudo, concluiu-se que o critério de relevância não se faz presente, eis que este fora forjado pela ocorrência de fenômenos como a "Administrativização do Direito Penal" e a emergência de um movimento denominado esquerda punitiva. Por sua vez, também foi erradicada qualquer probabilidade da Súmula se mostrar eficaz, em razão da impossibilidade de uma medida penalizadora reduzir a criminalidade. Também contribuíram para esse resultado negativo a seletividade inerente ao direito penal, que não pode ser afastada nem mesmo com o aumento do rigor punitivo direcionado às classes até então imunes ao sistema penal e, por fim, a adoção de uma teoria constitucional do bem jurídico, que confere extrema vagueza aos termos contidos na Carta Política e acaba por obstar sua proteção na seara criminal, como é o caso do conceito nebuloso de moral administrativa.

**Palavras-chave:** Moral administrativa. Princípio da Insignificância. Bem jurídico-penal. Crimes contra a Administração Pública. Administrativização do Direito Penal.



## ABSTRACT

The present study has as object of investigation the Precedent No. 599 of the Superior Court of Justice, which establishes the inapplicability of the Principle of Insignificance in the context of crimes against the Public Administration. To critically analyze the stand fixed, two questions were formulated: 1. Is there any special relevance that justifies the elevation of administrative morality to the level of a penalizing instrument (since it is capable of ruling out a possible absolution)? 2. Could the issue of the precedent be effective through potential containment or prevention of crimes of the same nature? To reach these answers, the methodology applied was based on theoretical perspectives derived from bibliographical sources and academic texts on the subject. Finally, as a result of the study, it was concluded that the criterion of relevance is not present, since it was fabricated by the occurrence of phenomena known as "the administrativeization of criminal law" and the emergence of a movement referred to as "the punitive left". In turn, any likelihood of the Precedent being effective was also eradicated due to the impossibility of a penalizing measure being able to reduce crime. Also contributing to this negative result was the inherent selectivity of criminal law, which cannot be eliminated not even by increasing the punitive rigor directed towards the classes immune to the criminal system until then and, finally, the adoption of a constitutional theory of legal asset, which confers extreme vagueness to the terms contained in the Constitution and ends up hindering its protection in the criminal sphere, as is exemplified by the unclear concept of administrative morality.

**Keywords:** Administrative morality. Principle of Insignificance. Criminal Juridical Asset. Crimes against Public Administration. Administrativeization of Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 NOÇÕES INICIAIS SOBRE A REDAÇÃO DA SÚMULA 599/STJ.....</b>	<b>6</b>
1.1 Proteção do bem jurídico: função do Direito Penal e limite à intervenção criminal.....	7
1.2 A (in) evolução histórico-conceitual do bem jurídico-penal .....	11
1.3 Critérios principiológicos de delimitação frente à teoria do bem jurídico-penal .....	24
1.4 Tutela da Administração Pública <i>versus</i> Direito Penal Mínimo .....	29
<b>2 JUSTIFICATIVA APRESENTADA PARA A EDIÇÃO DA SÚMULA 599/STJ....</b>	<b>32</b>
2.1 Administrativização do Direito Penal sob o paradigma da Sociedade de Riscos.....	33
2.2 Clamor social por uma pretensa democratização do sofrimento: a Esquerda Punitiva .....	37
<b>3 INEFICÁCIA PRÉ-ANUNCIADA DA SÚMULA 599/STJ.....</b>	<b>40</b>
2.3 Redução da criminalidade através de políticas criminalizadoras .....	40
2.4 A seletividade inerente ao Direito Penal .....	42
2.5 Constitucionalização do Direito Penal .....	47
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo foi norteado pela edição da Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a inaplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes cometidos contra a Administração Pública. De acordo com a Corte Especial, ainda que a conduta delituosa importe na subtração de um valor irrisório, tal axioma não pode ser empregado, uma vez que a norma penal incidente nesses casos busca tutelar não somente o patrimônio atingido, mas também a moral administrativa.

Em linhas gerais, indaga-se aqui se existe motivação específica para que a essa “moral administrativa”, enquanto bem jurídico tutelado por esse segmento moderno do Direito Penal, seja atribuído um tratamento mais rígido do que aquele aplicado aos demais delitos.

Detalhadamente, entende-se a expressão “tratamento mais rígido” como afastamento impositivo da possibilidade de aplicação de um princípio basilar do Direito Penal, cuja importância é essencial para a defesa do réu, eis que afasta a tipicidade da conduta por ele praticada, fazendo com que esta deixe de constituir crime e, conseqüentemente, absolvendo o acusado.

Dito isso, adianta-se que busca pela dita motivação específica dividiu-se na análise de dois critérios: o de relevância e o de eficácia da edição da Súmula.

Em um primeiro momento foi atribuída maior importância a um exame objetivo do critério de relevância, orientado pela indagação a respeito de existir ou não, no âmbito do Direito Penal, espaço para que seja atribuída tamanha importância à tutela de bens imateriais e abrangentes, de caráter supraindividual como a moralidade.

Por sua vez, o critério da eficácia foi avaliado de forma complementar, mediante o exame da possibilidade de contenção e prevenção dos crimes de natureza econômica no âmbito da Administração Pública. Ou seja, sopesou-se se o afastamento da aplicabilidade do Princípio da Insignificância nesse rol de delitos poderia se mostrar suficientemente capaz de reduzir a sua incidência ou ao menos concretizar a responsabilização penal dos respectivos infratores.

O resultado obtido após a análise de ambos critérios respondeu o problema ora formulado na pesquisa de modo a fundamentar um posicionamento contrário à edição e manutenção da Súmula. Isso porque de ambos os questionamentos anteriormente citados, tanto no que concerne à justificativa apresentada para a sua redação quanto à finalidade com ela perquirida, foram obtidas respostas negativas.

Em termos mais ilustrativos, a manutenção da Súmula estava condicionada à presença de dois requisitos. Primeiro, uma justificativa hábil fundada na possibilidade de se alcançar, através de sua introdução categórica na jurisprudência objetivos práticos, como a redução da criminalidade de colarinho branco<sup>1</sup>. Em seguida, a relevância da moral administrativa enquanto bem jurídico, eis que, em razão de sua hipotética extraordinariedade, demandaria uma tutela penal.

Assim, a ausência de qualquer um dos critérios supracitados apontaria para um possível afastamento do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, e foi justamente esse o resultado encontrado, cuja obtenção ocorreu em razão do desmembramento do objeto deste trabalho em três capítulos, descritos a seguir.

Inicialmente, visando uma melhor compreensão do texto, foram expostas algumas considerações a respeito das noções jurídico-dogmáticas que norteiam os principais conceitos abordados pela Súmula. Nesse sentido, empreendeu-se em uma exposição sobre o bem jurídico, princípios limitadores da intervenção penal (no qual se insere a criminalidade de bagatela) e, por fim, a Administração Pública como bem penalmente protegido pelo legislador.

O estudo, então, buscou uma explicação sobre o que se considera bem jurídico-penal a partir da análise de sua dupla função, tanto de objeto de proteção que repercutem no surgimento de leis incriminadoras, como de limite material a eventuais arbitrariedades legislativas. Como complemento, ainda pretendendo uma melhor definição do termo, debruçou-se sobre diferentes teorias que, ao decorrer do tempo, buscaram encontrar um sentido que melhor servisse à

---

<sup>1</sup> Os crimes de colarinho branco (“*white collar crime*”) são aqueles definidos por Edwin Sutherland em obra homônima, publicada no ano de 1939 (*White Collar Crime: The Uncut Version*) São entendidos como pelo autor como uma criminalidade dos poderosos, organizada no sentido de ter uma série de maneiras de escapar das garras do sistema penal. Nesta pesquisa, debruçar-se-á mais especificamente, sobre o debate envolvendo agentes públicos e empresários tidos como corruptos ou corruptores.

compreensão do sistema penal ora imposto pelas forças estatais e ao qual poderiam direcionar as críticas pertinentes de cada momento histórico.

Uma vez concluída a compilação de ideias a respeito do bem jurídico, o Princípio da Insignificância foi a segunda noção abordada, à qual foi atribuída a natureza jurídica de um critério delimitador da intervenção criminal. Nesta oportunidade, também foi conveniente indicar demais mandamentos constitucionais (expressa ou implicitamente descritos no texto) que orientam e, simultaneamente, impõem limites à atividade persecutória estatal.

Em último lugar, a moral administrativa foi analisada a partir da apresentação de conceitos que circunscrevem a capitulação dos bens jurídicos abrangidos pelo Direito Penal. Aproveitou-se a oportunidade para realizar uma contraposição do reconhecimento da moral administrativa como bem jurídico-penal às concepções que formam o que se entende atualmente por Direito Penal Mínimo. Com isso, buscou-se evidenciar a verdadeira intenção do legislador ao resguardar determinado objeto sob o manto de um tipo penal, interesse esse que, no recorte deste trabalho, denuncia a preocupação com a manutenção da ordem e das instituições estatais.

Encerrada essa exposição, procedeu ao exame do objeto específico deste estudo, a iniciar-se pela discriminação do critério de relevância da motivação – ou melhor, de relevância da justificativa apresentada – para a edição da Súmula nº 599 pelo Superior Tribunal de Justiça. Isto é: a dimensão da importância atribuída ao bem jurídico-penal moral administrativa, que torna a sua necessidade de proteção capaz de fundamentar o afastamento de um princípio orientador do direito de defesa, eis que hábil a restringir a aplicação da norma criminalizadora.

Na tentativa de melhor estudar essa justificativa, o segundo capítulo foi dividido em três principais acontecimentos de perspectiva histórica, jurídica, social e política, que singularmente já bastariam para explicar uma supervalorização da moral administrativa.

Analisou-se, de início, o fenômeno de administrativização do Direito Penal<sup>2</sup> no âmbito da sociedade pós-industrial<sup>3</sup>, logo denominada sociedade de risco<sup>4</sup>. O motivo dessa análise foi o entendimento de que a expansão penal guarda relação com a crise contemporânea da teoria do bem jurídico, eis que contribuiu para a erosão da capacidade do bem ser um critério delimitador da atividade penal legiferante. Como consequência, diversos bens jurídicos passam a ser abarcados pela tutela penal, o que ocasiona o surgimento de um excesso vulgar de normas criminalizadoras.

Em seguida, procedeu-se ao exame de um fenômeno de origem social, mas com importantes consequências políticas, impulsionadas sobretudo por movimentos e partidos de esquerda: a reação popular à sensação de impunidade da classe delinquente detentora de poder. Em razão desse cenário, foram promovidas diversas alterações e inovações legislativas com o escopo de aumentar o rigor punitivo direcionado a determinados infratores que, por sua vez, incorrem em crimes de capitulação semelhante, dentre os quais estão aqueles contra a Administração Pública.

Encerrada a primeira parte, voltou-se ao estudo do segundo critério, ou seja: a eficácia da proteção da moral administrativa através do afastamento do Princípio da Insignificância nos crimes em que ela configura bem tutelável. Neste item, o exame empreendido teve como origem a compreensão de que a Corte Superior editou a Súmula nº 599 visando refrear o cometimento das infrações contra a Administração Pública, ou ao menos concretizar uma efetiva responsabilização penal.

Contudo, foi revelado que a consecução de tal finalidade era tão irreal que, desde a sua concepção estava destinada a falhar. Neste trabalho, a ideia que orientava o referido objetivo da edição da Súmula foi desmantelada na medida em que se recorreu às noções partilhadas com a Criminologia Crítica a respeito das disfunções do sistema de justiça penal. Assim, foi

---

<sup>2</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 236 p. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha.

<sup>3</sup> Termo caracterizado por Daniel Bell como a junção de cinco dimensões: a mudança de uma economia de produção de bens para uma de serviços, a preeminência da classe profissional e técnica, a centralidade do conhecimento teórico como fonte de inovação e de formulação política para a sociedade, o controle da tecnologia e a distribuição tecnológica e, por fim, a criação de uma nova “tecnologia intelectual” que orienta a tomada de decisões nesse novo paradigma social (1977).

<sup>4</sup> Expressão cunhada por Ulrich Beck em obra homônima (2011).

concluído que o aumento e a criação de novas políticas criminalizadoras, por mais que causem uma falsa percepção de segurança, não possuem o condão de reduzir a criminalidade.

Feita alusão a essa máxima, sucedeu à constatação de que a seletividade é um fator inerente ao Direito Penal, de forma que qualquer subterfúgio legislativo ou judicial para equilibrar uma balança meramente imaginária entre a criminalidade de massa<sup>5</sup> e a criminalidade dourada<sup>6</sup> já se mostra irrealizável na origem.

Por fim, foi examinada a amplitude e a vagueza demasiada como característica dos princípios constitucionais tidos como indicadores na identificação de bens jurídicos de acordo com as teorias orientadas pela Carta Política. Nesta oportunidade, também foi abordado outro desacerto da redação da Súmula que guarda relação com um problema de matriz constitucional: a abrangência excessiva de suas descrições. Nesse sentido, discorreu-se brevemente acerca da indefinição do conceito principal ao qual a Súmula se refere (moral administrativa), o que reforçou o argumento de que sua eficácia estaria comprometida por não ser possível delimitar os casos em que a mesma haveria ou não de ser aplicada.

A metodologia empregada no trabalho aqui empreendido consistiu na pesquisa bibliográfica, com a revisão literária de doutrinas críticas atinentes ao tema. Buscou-se construir um diálogo entre os diferentes autores citados de modo a, por meio de um método dedutivo, alcançar a resposta ao problema anteriormente exposto a partir da interrelação entre os conhecimentos sintetizados.

Já no que tange à relevância do tema abordado, esta justifica-se mediante o crescente movimento de expansionismo penal atrelado à administrativização e constitucionalização da área. Conforme será detalhado, o conjunto dos referidos fenômenos representa considerável ameaça à faceta garantista do Direito Penal, uma vez que retira do mesmo seu caráter de *ultima ratio*, fazendo com que ele seja utilizado como mero instrumento de solução de problemas cuja origem reside em fatores de ordem social.

---

<sup>5</sup> Relacionada às infrações penais mais recorrentes no cotidiano da população, os denominados delitos de rua, que comumente atingem bens jurídicos individuais, sobretudo de caráter patrimonial.

<sup>6</sup> Também denominada “cifra oculta da criminalidade”, refere-se aos delitos econômicos ou aos demais que afetam bens supraindividuais de caráter difuso, que guardam relação com as características da sociedade pós-moderna.

Como resultado de todo esse empreendimento, foi possível compreender que, apesar da moralidade ser um bem jurídico relevante, não há nada que a eleva ao *status* de objeto penalmente tutelável. Desse modo, sua proteção deve se restringir ao âmbito administrativo, de forma que, não havendo lesão material resultante de determinada conduta tida como criminosa, não deverá haver óbice à aplicação do Princípio da Insignificância.

## **1 NOÇÕES INICIAIS SOBRE A REDAÇÃO DA SÚMULA 599/STJ**

Como já fora indicado, toda a pesquisa aqui empreendida tem como objeto basilar de estudo a Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça, a qual determina que o Princípio da Insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública, cujo objetivo é resguardar não apenas o aspecto patrimonial da lesão ao Estado, como também a moral administrativa. Ela depreende três principais noções acerca das quais é válido empreender um entendimento mais denso, pois servirão de fundamento para que se possa ser desenvolvido o raciocínio perquirido pelo trabalho.

Destarte, será forçoso compreender o que significa, para o Direito Penal, o resguardo indicado na Súmula enquanto propósito de uma tipificação penal. Essa análise, por sua vez, motivará a necessidade de analisar densamente o bem jurídico, entendendo-se este como o responsável por guiar aquilo que será ou não objeto da tutela efetivada pelo Estado através da aplicação de sua força repressiva criminal. Em outras palavras, a tudo aquilo que o Direito Penal pretende resguardar dá-se o nome de bem jurídico, razão pela qual o primeiro passo desta pesquisa consiste em compreender quais são os requisitos e limites para sua definição.

Logo após, o Princípio da Insignificância será analisado de acordo com a sua natureza jurídica e em conjunto com um panorama axiológico preenchido por mandamentos que visam esvaziar o poder indiscriminado dos legisladores responsáveis por elaborar normas penais.

Restará, então, buscar compreender ao que a Corte Superior se refere quando menciona a necessidade de proteger a chamada moral administrativa, expressão esta que não se encontra positivada em legislação alguma. Nessa análise apartada, a tutela da Administração Pública, presente tanto na capitulação dos delitos que atentam contra esse bem jurídico como também na própria edição da súmula, será posta em oposição aos fundamentos de um Direito Penal Mínimo, orientado pela menor penalização possível. Ao realizar essa contraposição será



demonstrada a incompatibilidade entre a tutela penal da máquina pública e a aplicação de um ideário garantista.

### **1.1 Proteção do bem jurídico: função do Direito Penal e limite à intervenção criminal**

O conceito de bem jurídico-penal se altera com o passar do tempo e, conseqüentemente, conforme a reorientação das filosofias políticas e sociais adotadas nos diferentes momentos históricos. Essa modificação constante será destrinchada em item posterior eis que, antes disso, é necessário estabelecer algumas premissas a respeito da utilização daquilo que se denomina “bem jurídico” no âmbito do Direito Penal.

Primeiro, cumpre ressaltar que o referido conceito se faz presente também em outras áreas do direito, como no Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Ambiental e outros. Contudo, como a intervenção penal atinge de maneira mais severa os direitos fundamentais dos indivíduos, tanto pela possibilidade de privação da liberdade quanto pelo caráter estigmatizante da penalização, cumpre desenvolver um conceito mais restrito para esse segmento específico da ciência jurídica, razão pela qual adota-se o termo “bem jurídico-penal”<sup>7</sup>.

Dito isso, antecipa-se também que as doutrinas penais atualmente em voga e vigentes em diferentes épocas divergem acerca da adoção de teorias do bem jurídico-penal, na medida em que essas discordam a respeito da utilização do referido objeto como um fundamento para a criação de novos tipos penais e como um instrumento de limitação aos excessos do poder estatal em matéria criminal.

Relevante citar o entendimento de Ferrajoli, de acordo com o qual configura um fator de deformação do problema do bem jurídico “a ideia de que uma resposta à questão axiológica externa sobre “o que proibir” tenha de fornecer um critério positivo de identificação dos bens jurídicos que requerem tutela penal e, portanto, um parâmetro ontológico de legitimação apriorística das proibições e das sanções penais.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 2016. 243f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. pp. 126-127.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradução Sebastião Nascimento. p. 377.

Desse modo, sua contribuição para o debate acerca do bem jurídico negou a busca infundável por uma conceituação exata e concentrou-se na sua função, de notável relevância para o direito penal:

Na realidade, não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. O que significa que uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente - e não adiantaria nada que nos dissesse - que uma determinada oposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode nos oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos de deslegitimação - que não são somente a irrelevância ou o esvaziamento do bem tutelado, senão, também, a desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas destituídas de caráter penal, a inidoneidade das penas na consecução de uma tutela eficaz, Ou, inclusive, a ausência de lesão efetiva por ocasião da conduta proibida - para afirmar que uma determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação, ou a tem escassamente. Mas, por outro lado, isto é tudo o que se pede à categoria do "bem jurídico", cuja função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito<sup>9</sup>.

Sem prejuízo à colocação de Ferrajoli, ainda representa uma contribuição bastante positiva para o presente trabalho um resgate histórico-conceitual a respeito das posições adotadas por diferentes doutrinadores a respeito do bem jurídico.

Contudo, não é cabível utilizar desta oportunidade para analisá-las de forma crítica de modo a optar pela eleição de uma, visto que a premissa deste estudo já parte da adoção de uma teoria do bem jurídico-penal constitucionalmente orientada. Em outros termos, o objeto de estudo – ou seja, a utilização da moral administrativa como bem jurídico a ser penalmente tutelado com tamanho rigor que torna possível o afastamento de um princípio basilar do direito – tem como pressuposto a moral administrativa como objeto de proteção pelo sistema criminal.

Ou seja, a adoção da teoria do bem jurídico guia o sentido por detrás deste trabalho, pois não fosse a proteção da moral, os delitos abrangidos pela Súmula nº 599 sequer haveriam de ser capitulados na legislação penal.

Em outras palavras, ainda que não seja o entendimento majoritário entre as vozes reconhecidas da vertente criminológica crítica, a discussão que se pretende conceber aqui não tem como objeto geral de estudo a eficácia da utilização do bem jurídico como instrumento de

---

<sup>9</sup> Ibid.

limite material ou objeto cuja ferramenta de proteção é o Direito Penal, e sim a evidente supervalorização da moral administrativa.

Parte-se, então, da premissa que o bem jurídico impulsiona a criação de novos tipos penais pelo legislador, que o faz com a finalidade de protegê-lo contra eventuais agressões. Sem prejuízo, ele também serviria como instrumento de garantia penal, limitando o exercício do *ius puniendi* estatal aos valores que se pretende resguardar, tidos então como seus componentes teleológicos. Desse modo, a verificação da ofensa de um bem jurídico seria um critério político-criminal delimitador do poder punitivo.

Ocorre que, como será apurado adiante, a referência a tais valores comunitários representa um potencial risco à eficácia desse critério limitador, pois concede ao bem jurídico a prerrogativa de abarcar pontos de vista tão maleáveis que poderiam até mesmo constituir óbice ao Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, os autores opositores à teoria do bem jurídico-penal apontam que sua suposta acepção crítica jamais foi capaz de apresentar ao legislador ordinário um critério capaz de orientar (e delimitar) o processo de tipificação das condutas.

Contrariamente, os defensores da referida teoria vão de encontro à objeção apresentada de que o conceito de bem jurídico seria demasiadamente vago e nebuloso. Entendem, pois, que o argumento de que a teoria não possuiria capacidade de rendimento na prática não é suficiente para afastá-la. Isso porque, de acordo com a linha de pensamento adotada, todos os princípios jurídicos fundamentais também são revestidos de uma difícil definição, o que não os torna imprestáveis<sup>10</sup>.

Feitas essas ponderações, também se notou muitas discussões entre doutrinadores que, buscando delimitar o conceito de bem jurídico-penal, procuram critérios e fontes de orientação.

A forma mais bem-sucedida – adotada em um passado recente e até mesmo na atualidade por alguns pensadores – de impor limites ao conceito de bem jurídico-penal pretende reduzir essa margem de discricionariedade legislativa a partir da utilização do próprio texto constitucional. Há quem afirme, então, que as denominadas “teorias constitucionalistas”,

---

<sup>10</sup> BAPTISTA, op.cit. p. 127

estudadas a seguir, foram bem sucedidas em estabelecer um consenso mínimo razoável em torno do conceito, ao fixarem a Constituição “com uma hipótese de trabalho necessária, um inevitável ponto de partida”<sup>11</sup>.

Ainda assim, também é válido o apontamento de que o conjunto de valores constitucionais fornece um critério tão somente formal e abstrato para a identificação dos bens jurídicos cuja relevância se eleva a ponto de serem aptos a receber tutela penal. Isso se dá em grande parte devido ao grande número de abstrações contidas nas orientações da Constituição. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias salienta que a noção de bem jurídico ainda não foi determinada com nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado<sup>12</sup>.

Em razão desta persistente dificuldade, é importante reafirmar sempre que possível que a teoria do bem jurídico-penal (ou qualquer outra com a mesma finalidade) jamais será capaz de conferir legitimidade à intervenção criminal caso não se mostre capaz de vedar o cometimento de excessos na função legiferante.

Por isso, conclui-se que a crescente proliferação de novos tipos penais a partir do abarcamento de condutas que visam tutelar um número cada vez maior de bens pode significar grande perigo ao Estado Democrático de Direito. Tal problema se agrava quando a tais bens jurídicos são atribuídas características supraindividuais, difusas e abstratas, cuja definição goza de extrema vagueza. Esse é o problema enfrentado atualmente, principalmente quando é atribuída à Constituição a função crítico-limitativa aos atos do legislador penal, a qual padece de descrições exatas de princípios e valores.

Fato é que as diversas correntes filosófico-políticas adotadas desde o século XIX, no período da Ilustração, até aquelas atualmente em voga, guiadas por limites de ordem constitucional, moldaram as diferentes definições de bem jurídico adotadas pelos sistemas jurídico-penais. Desse modo, o conceito (ou a negação do seu conceito) é tida como a pedra de

---

<sup>11</sup> FRANCO (2007 apud BAPTISTA, 2007, p. 127).

<sup>12</sup> DIAS (1999 apud BAPTISTA, pp. 128-129).

toque para mensurar o grau de arbitrariedade e eventuais cometimentos de excessos do legislador em um determinado contexto social.

Sendo assim, necessário proceder a um apanhado das referidas concepções, complementadas pelas críticas e reconhecimentos referentes a cada tese defendida.

## **1.2 A (in) evolução histórico-conceitual do bem jurídico-penal**

Frente à constatação do desenvolvimento histórico pela qual transcorre a concepção de bem jurídico, é necessário estabelecer o desenvolvimento de seu conceito – até hoje não demarcado, bem como seu papel de orientador da tipificação penal e seu potencial caráter crítico-limitador nessa mesma atividade.

Necessário, contudo, afastar a utilização do termo “evolução” como um sinônimo para uma sucessão de melhorias de tal modo que a teoria mais recente sempre seria mais eficaz que aquela que a antecedeu. Pelo contrário, o uso do termo remete à proliferação de diferentes linhas de pensamento, cujo vocábulo supracitado apenas indica que ocorreu de acordo com uma ordem cronológica. Inexiste, pois, qualquer relação de congruência entre a estrutura temporal e as diferentes doutrinas penais.

Haverá, assim, aspectos positivos e negativos em todos os movimentos teóricos apresentados a seguir, os quais explicam, em nível mais ou menos detalhado, o sistema penal a partir da definição de bem jurídico. Tais acertos e desacertos, por sua vez, não acompanharão o contorno linear de tempo.

Em razão disso, adianta-se que o bem jurídico será encarado a partir de uma perspectiva garantista, como função limitadora do Direito Penal, ora como um fundamento para incriminação e arbitrariedade do poder punitivo estatal. Isso ocorre porque a aludida "evolução" nada mais é que não uma adequação do conceito de bem jurídico às características político-sociais de cada época.

A análise se inicia no século XVIII, com o movimento da Ilustração, marco inicial deste pretendido exame. Até então, o conceito de crime estivera primeiramente ligado à noção de pecado no âmbito da sociedade feudal na Idade Média e, logo após, associado à ideia de um

conflito privado, o que ocorreu com o advento do mercantilismo. Em seguida, a era absolutista relacionou a definição de delito com um ato de desobediência à vontade do soberano.

Nas palavras do jurista Franco Bricola:

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva<sup>13</sup>.

Os ideais jusnaturalistas e contratualistas, como doutrinas responsáveis por impulsionar filosoficamente a derrocada do Antigo Regime e o surgimento do Estado de Direito, contribuíram para a origem da noção de bem jurídico-penal<sup>14</sup>. Objetivando limitar a atuação e o autoritarismo do estado sobre os seus cidadãos, a razão iluminista imperou para que fosse possível circunscrever um conceito de delito diretamente ligado à noção de danosidade social. Assim, as leis penais não mais permaneceriam reféns da arbitrariedade do legislador.

Nesse sentido, Feuerbach (1755-1833) inaugurou a fase do pensamento criminal dedicado à contenção de uma reprimenda social que objetivava, por meio de instrumentos sancionadores, tutelar interesses da Igreja Católica ou do soberano. Rompendo com o ideal vigente até então, foi ele autor do que se considera atualmente como o primeiro conceito material de crime, concebendo a denominada doutrina jurídica privatista.

Feuerbach entendia que a função da lei penal era a tutela do direito subjetivo alheio, mais especificamente de qualquer uma das faculdades jurídicas inerentes à liberdade garantida pelo contrato social.

Conforme melhor elucidado por Tavares:

Na ideia de FEUERBACH, o delito como violação de direito subjetivo significava, em vez de uma lesão de dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido de exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem, quer dizer, então, que o delito pressupunha, antes de tudo, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre seu autor e a vítima, igualdade esta que se via quebrada com a execução desse delito, de forma que uma das partes envolvidas no conflito não mais a pudesse exercer<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, pp. 20-21.

<sup>14</sup> BAPTISTA. 2016. p. 16.

<sup>15</sup> TAVARES (2003 apud BAPTISTA, p. 17).

Ao conceituar crime como a violação de um direito subjetivo, os interesses do indivíduo se tornaram a preocupação central do legislador, e não mais a desobediência perante um Estado notadamente autoritário cujo fim era a manutenção em si mesma.

Apesar disso, a referida teoria ainda não constituía uma definição clara de bem jurídico, a ser apresentada aqui. Contudo, inegável sua importância para o presente estudo, sobretudo em razão do seu papel de ruptura com o arquétipo anterior, uma vez que foi a primeira tese destinada à tentativa de cumprir uma função limitadora da intervenção jurídico-penal.

Após nova mudança de paradigmas, o pensamento de Feuerbach deu lugar à teoria do bem jurídico. Tal mudança se deve, dentre outros motivos ao resgate do conceito de direito subjetivo pelo direito civil e o consequente entendimento de que enquanto o direito privado se via preocupado unicamente com transações econômicas, era papel do direito público lidar com as tensões entre a liberdade do cidadão e o poder estatal<sup>16</sup>.

De igual maneira, o surgimento desta teoria foi fruto da reação contra a ideologia iluminista e aparecimento de linhas de pensamento positivistas. Passou-se a criticar não só a generalização excessiva de direitos subjetivos proposta por Feuerbach, como também a ineficácia de sua doutrina frente ao novo contexto sociopolítico (início da revolução industrial).

As transformações econômicas e políticas da época evidenciaram a necessidade de se produzir uma teoria capaz de abarcar novas tipificações, fruto de leis penais que evidenciavam uma intervenção mais intensa do Estado sobre os indivíduos. Nas palavras de Hormazábal Malarée: “A teoria de FEUERBACH já não mais podia encontrar sustentação, pois, desde sua perspectiva kantiana, deixava de fora do poder punitivo do Estado situações que no novo contexto sociopolítico pareciam exigir a intervenção penal”<sup>17</sup>.

É justamente nesse contexto de superação do pensamento iluminista, que Birnbaum (1792-1877) publica importante crítica à concepção feuerbachiana de crime como lesão de direitos subjetivos. Nela, percebeu-se a clara substituição do direito subjetivo vulnerado pelo conceito bem como elemento definidor do delito. Birnbaum é, então, o primeiro autor a

---

<sup>16</sup> GÜNTHER (2000 apud BAPTISTA, p. 19).

<sup>17</sup> Cf. HORMAZÁBAL MALARÉE (apud BECHARA, 2004, p. 94).

empregar o conceito de bem à definição do delito, reafirmando que a lesão não atinge um direito meramente abstrato.

Nesse sentido, leciona Prado sobre a definição de bem:

Birnbaum (1792-1877) – que introduz o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo – observa ser decisivo para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade, e que possa ser lesionado pela ação delitiva<sup>18</sup>.

Ocorre que, junto com a sua importante contribuição para o Direito Penal moderno, a teoria de Birnbaum acaba por viabilizar a ampliação da tutela penal, antes injustificada sob o enfoque da lesão de direitos subjetivos<sup>19</sup>. Isso porque, por entender que determinadas ações poderiam significar lesões a bens coletivos do povo, o autor oferece uma brecha para o reconhecimento de delitos decorrentes da defesa, por exemplo, de ideias religiosas ou morais.

Em razão disso, a teoria de bem jurídico capitaneada por Birnbaum gera discussões doutrinárias sobre seu real caráter. Há autores que defendem que o conteúdo vago de bem revela ser uma teoria com o fim de ampliar o objeto das leis penais, de forma que não se prestaria à missão de delimitar a intervenção criminal fundada em arbitrariedades legislativas<sup>20</sup>. Por outro lado, também há quem defenda que a oposição à concepção feuerbachiana do conceito de delito atrelado à lesão do direito revelou uma preocupação real do autor com o caráter liberal da intervenção penal.

A despeito de tal disputa, Tatiana Baptista assenta o entendimento de que:

(...) independente de quais fossem suas motivações, o autor forneceu contribuições reais para a construção de uma teoria do bem jurídico restritiva do poder punitivo. Afinal, deve-se à Birnbaum a busca pelo estabelecimento de uma base ontológica sólida para o objeto jurídico do crime, o qual deveria ser passível de lesão. Além disso, é perceptível em sua doutrina a preocupação com um enfoque no indivíduo e suas relações sociais em concreto, em oposição ao individualismo abstrato de Feuerbach<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> PRADO, 2019, p. 23.

<sup>19</sup> Ibid., p. 96.

<sup>20</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal, (apud BECHARA, 2014, p. 97)

<sup>21</sup> BAPTISTA, 2016, pp. 22-23.



Ainda no século XIX, o racionalismo de Birnbaum, que se contrapunha ao movimento iluminista até então dominante, deu lugar ao positivismo jurídico. Nesse contexto, emerge o pensamento de Karl Binding (1841-1920), que traz como premissa o postulado de que a vontade do Estado ou da autoridade é o antecedente causal das normas incriminadoras.

Binding é reconhecido como autor responsável não só por conceituar bem jurídico, como também por postulá-lo como núcleo do injusto penal, ao atribuir à norma criminalizadora a função de proteger os referidos bens. Nesses termos, o autor define bem jurídico como tudo aquilo que, embora por si não constitua um direito, aos olhos do legislador se reveste de certo valor como pressuposto duma vida sadia da comunidade jurídica, por cuja preservação e funcionamento imperturbado ele manifesta certo interesse<sup>22</sup>.

Portanto, conforme análise de Binding, os bens jurídicos são criados a partir de uma eleição de objetos de proteção pelo legislador<sup>23</sup>, que os escolhe por enxergar no mesmo caráter de essencialidade para a manutenção da vida em comum.

Ocorre que, devido à maior amplitude do conceito de bem jurídico, sua utilização como termo de referência para a conceituação de delito tornou possível a tipificação de fatos ofensivos aos costumes ou à religião, por exemplo.<sup>24</sup>

Como consequência, a teoria bindinguiana do bem jurídico possibilitou o esvaziamento de seu conceito, demonstrada aqui pela autora Tatiana Baptista:

(...) no afã de submeter o juiz ao primado da lei, Binding deu carta branca ao legislador para criminalizar o que bem entendesse. Eis o paradoxo da teoria bindinguiana: a despeito de sua pertinência ao ideário liberal, o extremado positivismo e o caráter supraindividual assinalado a todos os bens jurídicos tornavam inexorável o risco de abuso e arbitrariedade<sup>25</sup>.

Com vistas a pôr fim ao estado de insegurança ocasionado pela concepção positivista legalista proposta por Binding, Von Liszt (1851-1919) lança mão de uma vertente naturalista e estabelece o conceito de bem jurídico como conteúdo material do delito a partir de uma

---

<sup>22</sup> BINDING, 1976 (apud BAPTISTA, 2016, p. 26).

<sup>23</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin. 2014, p. 102.

<sup>24</sup> PRADO, 2019, p. 22.

<sup>25</sup> BAPTISTA. 2016. p. 29.

perspectiva sociológica. Assinala, então, que é a realidade social, e não o legislador, que impõe os objetos merecedores de proteção<sup>26</sup>.

Ao fazer isso, Von Liszt possibilita que o bem jurídico seja finalmente considerado como uma fronteira limitadora da intervenção penal, razão pela qual se deve a ele o propósito de fazer da dogmática penal um limite à política-criminal adotada pelo Estado<sup>27</sup>.

Isso acontece porque, de acordo com o autor, a função do Direito Penal é a defesa de interesses humanos, cuja proteção deve ocorrer mediante a edição da norma penal. Tais interesses são enxergados, então, como dados pré-jurídicos, cuja conversão em bem jurídico seria produzida somente mediante a proteção legal.

Além disso, Liszt também é responsável por formular teorias questionando a finalidade e a essência da pena, buscando adequá-la a um critério de justiça e necessidade condicionada, por sua vez, à consecução de sua finalidade, qual seja: a proteção dos bens jurídicos.

A esse respeito, complementa Bechara:

Von LISZT expõe a concepção resumida do conceito material de bem jurídico, questionando se a pena é, como retribuição, uma consequência necessária do crime ou se, como forma de proteção de bens jurídicos, constitui uma criação e uma função da sociedade estatal consciente de suas finalidades. Referida indagação demonstra claramente a preocupação do autor com a delimitação das ações que devem ser declaradas puníveis pelo Estado, ultrapassando-se, desse modo, a interpretação do bem jurídico como mera *ratio legis*. O injusto penal constitui, então, não apenas uma conduta imputável, mas também ilícita, seja sob a perspectiva formal, por representar uma transgressão a uma norma estatal, seja sob o enfoque material, devendo constituir uma lesão ou perigo a um bem jurídico<sup>28</sup>.

Logo, diferentemente do que defendia o positivismo de Binding, a norma não é uma autoridade suprema que define os bens jurídicos de acordo com a materialização do interesse estatal, mas sim a expressão de proteção de determinados interesses humanos já previamente reconhecidos como merecedores de tutela penal.

---

<sup>26</sup> BECHARA, 2014, p. 102.

<sup>27</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 33.

<sup>28</sup> BECHARA, op. cit., p. 103.

Assim, apesar de ambos os autores partirem do mesmo ideal de relevância da norma e do bem jurídico para o Direito Penal, Binding formula sua teoria de forma parcial e arbitrária, pois conceitua o bem jurídico de forma puramente formalista como uma violação do dever de obediência. Em contrapartida, Liszt confere sentido dinâmico aos elementos integrantes da fundamentação do ordenamento penal, destacando que cabe à política criminal a busca, dentro dos interesses existentes em uma sociedade, daqueles que mereçam proteção penal.

Entretanto, há uma crítica ao pensamento de Liszt válida de se mencionar, qual seja: a lacuna, em sua teoria, de quais seriam os bens jurídicos merecedores de proteção ou quais critérios deveriam ser utilizados para encontrá-los. Essa brecha acaba por legitimar ideologicamente o poder de punir estatal, pois, sendo o Estado o único instrumento de legitimação do Direito Penal, na medida em que é ele o responsável por eleger os interesses passíveis de proteção e, portanto, os bens jurídicos a serem inseridos tutelados pela positivação normativa, não há como promover sua efetiva legitimação.

Da mesma forma que ocorre com a teoria de Binding, o conceito de bem jurídico acaba por depender da vontade estatal, ou seja, de uma decisão política a ser tomada pelas classes detentoras dos interesses dominantes. Enquanto este autor entende que o *ius puniendi* estatal é legitimado pela autoridade da norma, Liszt acredita em um interesse social que na verdade se confunde com o interesse do Estado.

A partir do começo do século XX, o Neokantismo emerge como corrente doutrinária responsável por resgatar os ideais metafísicos, defendendo que o direito, como realidade cultural, não pode ser revelado pela simples observação da realidade, devendo ser compreendido como a relação entre o ser (mundo dos fatos) e o dever ser (mundo dos valores).<sup>29</sup> Ancorado em tal entendimento, a Escola Neokantiana desenvolve uma concepção teológico-metodológica de bem jurídico, procedendo à espiritualização do conceito.

Em resumo, o contexto de ascensão e vigência desse movimento filosófico está intimamente ligado ao nacional-socialismo alemão. Pretendia-se, então, a adoção de uma corrente de pensamento apta a compensar o atraso na acumulação capitalista de países afetados pela Primeira Guerra, tais como Alemanha e Itália. O cenário, propício ao estabelecimento de

---

<sup>29</sup> RAPOSO (2011 apud BAPTISTA, 2016, p. 34).

estruturas totalitárias que buscavam aliar a militarização à corrida pelo crescimento econômico, exigia uma ordem fechada ao debate jurídico-democrático.

De fato, os estados nacional-socialistas fizeram uso do neokantismo para transformar os conceitos jurídico-penais em elementos essencialmente valorativos<sup>30</sup>, de tal forma que os valores culturais deram origem a entes valorados, ordenados e criados pela normatização penal e, assim, os bens jurídicos eram concebidos não mais em termos formalistas ou naturalistas, mas sim em sentido normativo<sup>31</sup>.

Na expressão de Tavares, com o neokantismo, assiste-se à “definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma”<sup>32</sup>. Desse modo, admite-se a abertura do sistema jurídico para o acolhimento de qualquer ordem de ideias e valores, ainda que antidemocráticas<sup>33</sup>.

Complementado a referida lição, Ana Elisa Bechara aponta que:

(...) renunciando à busca de uma função garantista liberal, o neokantismo substitui, então, a definição material do bem jurídico pela ideia de um valor, e não é tomado no sentido do indivíduo, mas sim como um *valor cultural, no âmbito normativo* (...). O objeto de tutela desconecta-se da realidade social e, sem possuir existência por si mesmo, identifica-se com a expressão sintética da *ratio legis*<sup>34</sup>.

Complementa, ainda, a autora:

O esvaziamento do conteúdo do bem jurídico por meio da formalização e abertura de sua noção levou a uma tal desvitalização que, embora restasse intacto o princípio de que todo delito pressupõe a lesão de um bem jurídico, seu núcleo deixou de possuir sentido por si mesmo. Representando, na verdade, uma fórmula vazia de conteúdo, tal concepção de bem jurídico constitui mais um princípio metodológico interpretativo de tipos penais, deixando de explicar o núcleo material do injusto de cada delito e evitando, assim, questionamentos sobre a legitimidade da norma<sup>35</sup>.

O processo de desmaterialização do bem jurídico engendrado pelo neokantismo foi um “resultado da meticulosa separação entre os universos jurídico e real, que permitiu ignorar os

---

<sup>30</sup> ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR (2002 apud BAPTISTA, 2016, p. 35).

<sup>31</sup> PUIG (2007 apud BAPTISTA, 2016 p. 35).

<sup>32</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 189.

<sup>33</sup> MARQUES (2001 apud, BAPTISTA, 2016, p. 39).

<sup>34</sup> BECHARA. 2014, p. 106

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 107

dados da realidade e submeter a criminologia a uma posição subordinada”<sup>36</sup>, gerando, assim, os efeitos perseguidos pelos estados nacionais-socialistas à época, eis que há um reconhecimento geral do *ius puniendi* estatal, inquestionável sob o prisma da inexistência de um critério crítico ou restrito de bem jurídico.

Nesse sentido, face à total impossibilidade da teoria Neokantiana limitar a intervenção criminal, sua adoção e o aparecimento de seus efeitos ao menos serviram de pretexto para que, ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de restrição do legislador em sua competência penal a partir do conceito de bem jurídico se tornasse, finalmente, um objeto relevante para a discussão político-criminal<sup>37</sup>.

Após a Segunda Guerra, então, o Direito Penal volta a preocupar-se com a filosofia do direito, o direito natural e o mundo dos valores, buscando-se, assim, a superação do regime nacional-socialista e o autoritarismo até então vigente e a reconstrução do Estado de Direito<sup>38</sup>. A retomada do jusnaturalismo serviria, então, como oposição à normatização excessiva que possibilitou a ascensão e manutenção de regimes totalitários no poder.

É nesse contexto que surge o Finalismo, doutrina jurídica responsável pelo ressurgimento valorativo do Direito Penal, que tem Welzel (1904-1977) como um de seus expoentes. Sua concepção de ordem humanista buscou a fundamentação do sistema do delito sob a perspectiva ontológica<sup>39</sup> (Bechara, p. 115), de modo que o direito atenderia à função de proteção de um denominado “*mínimum ético*”<sup>40</sup>.

Explica-se: Welzel reconhecia a existência de determinados valores ético-sociais existentes em uma coletividade e por ela reconhecidos, aos quais atribuía tamanha importância a ponto de defender que a sua tutela fosse atribuída ao Direito Penal. Este, então, teria como fim a sua proteção contra qualquer conduta humana capaz de afetá-los, independente se delas decorresse um resultado objetivo. Em razão disso, o legislador penal deveria abranger tanto as condutas que produzem um resultado a ser desvalorado, quanto aquelas que não produzem

---

<sup>36</sup> BAPTISTA, 2016, p. 35.

<sup>37</sup> BECHARA, op.cit, p. 108

<sup>38</sup> Cf. FERNÁNDEZ, Gonzálo D. Bien jurídico y sistema del delito.

<sup>39</sup> Cf. WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del Derecho.

<sup>40</sup> Referência à teoria do mínimo ético, desenvolvida por Georg Jellinek (1851-1911) e aperfeiçoada por Jeremy Bentham (1748-1823). Essa teoria consiste na ideia de que todas as normas jurídicas são normas morais, necessárias para a convivência harmônica em sociedade.

resultados (classificadas como meras condutas), mas cuja realização representasse por si só uma ofensa aos valores vitais daquela sociedade.

Consoante tal linha de pensamento, a sanção penal é aplicada como consequência de um resultado lesivo, de forma que o conjunto das normas penalizadoras funda-se em um substrato ético-social positivo, influenciado pelo dever social.

Ainda sobre a relação entre sanção penal e definição de bem jurídico:

(...) sendo a sanção penal aplicada como consequência do resultado lesivo, o Direito Penal chega tarde demais para atingir eficazmente a função de proteção de bens jurídicos. Assim, a função primordial do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, que assume apenas um sentido preventivo negativo, mas sim uma garantia ético-social positiva<sup>41</sup>.

Nesse sentido, o bem jurídico concreto, considerado como “bem vital do grupo ou do indivíduo, que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente”, deixa de assumir lugar de destaque. Isso porque, segundo a linha de pensamento defendida, mais importante do que a sua proteção é a missão de assegurar a observância dos valores e da consciência jurídica, que constituem o aspecto mais sólido responsável por sustentar o Estado e a sociedade<sup>42</sup>. Welzel reduz bem jurídico ao simples desdobramento naturalístico ou normativo dos valores ético-sociais<sup>43</sup>.

Apesar de ter contribuído com a retomada da ideia de um conteúdo material do bem jurídico e, assim, retirado o rótulo de *ratio legis* ou de elemento meramente formal de legitimação da intervenção criminal, o sistema proposto por Welzel ainda é alvo de críticas por não conceituar de forma clara o que seriam “os valores e a consciência” responsáveis por sustentar o Estado. O perigo desta lacuna conceitual reside na possibilidade da admissão de tipificação de determinadas condutas que sequer abarcam bens jurídicos<sup>44</sup>.

Ainda sobre a à teoria ético-social cunhada por Welzel, Tavares aponta outra crítica, advertindo para o risco de sua instrumentalização por ideologias autoritárias:

---

<sup>41</sup> BECHARA, 2014, p. 116.

<sup>42</sup> Cf. WELZEL Hans. Derecho penal alemán. Parte General.

<sup>43</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 193.

<sup>44</sup> HORMAZÁBAL MALAREE (1994 apud BECHARA, 2004, p. 117).

[...] o grande problema que apresenta o ontologismo é de imprimir ao Direito Penal um conteúdo programático de orientação de condutas e deixar de concebê-lo dentro de suas limitações e garantias. Ao lado da instabilidade do processo de descobrimento desses valores ético-sociais, não muito claramente definidos, o Direito Penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos. Basta que se imprima aos valores ético-sociais conteúdos semelhantes ao sadio sentimento do povo, ou à consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado.

A partir dessas críticas e tendo em vista que as ideias trazidas por Welzel não se mostraram suficientemente aptas a superar as ameaças do neokantismo aos limites da intervenção criminal, a doutrina, ainda com o fito de retornar ao direito natural, remontando aos ideais iluministas em contraposição ao normativismo excessivo do período anterior, cede lugar à chamada teoria pessoal do bem jurídico-penal de Winfried Hassemer (1940-2014).

O pensamento de Hassemer é de suma importância, pois atesta a função limitadora do bem jurídico-penal e, por isso, faz com que este assuma o parâmetro referencial para impor limites à atuação do legislador ordinário em matéria criminal. *In verbis*:

[...] a determinação da missão do Direito Penal com ajuda do conceito de bem jurídico – um ensaio que tem suas raízes na Ilustração –, oferece ao legislador um critério plausível e prático na hora de tomar suas decisões e, ao mesmo tempo, um critério externo de comprovação da justiça de suas decisões. Este critério, ao mesmo tempo em que utilizável, deve ser facilmente apreensível a fim de evitar que o legislador possa ameaçar com uma pena tudo ‘o que, em sua opinião, deva ser mantido intacto e sem alteração alguma’. A ideia do bem jurídico conduz, portanto, a uma Política criminal racional: o legislador penal deve medir suas decisões com critérios justos e claros, utilizando-os, ao mesmo tempo, para sua justificação e crítica. Tudo aquilo que nada tenha que ver com a proteção dos bens jurídicos deve ser excluído do âmbito do Direito Penal<sup>45</sup>.

Buscando contrapor à imprecisão do conceito de bem jurídico, tanto criticada nas diversas teorias anteriormente adotadas, o autor reconhece que a referida vagueza conceitual “está intimamente vinculada com a falta de efetividade da teoria do bem jurídico”<sup>46</sup> e por isso busca delimitá-lo, o que faz a partir de um referencial pessoal. Defende, então, que a postulação de bens jurídicos somente é legítima na medida em que sirvam o desenvolvimento pessoal dos indivíduos<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 105. Disponível em: <<https://issuu.com/ultimosensalir/docs/hassemer>>. Acesso em: 09, jun. 2022

<sup>46</sup> HASSEMER (1989 apud BAPTISTA, 2016, p. 50)

<sup>47</sup> BAPTISTA, 2016 p. 51.

Em que pese à adoção da teoria pessoal por diversos doutrinadores, àqueles adeptos às teorias funcionalistas-sistêmicas a criticam por entenderem que a determinação de um bem jurídico sempre se produz mediante uma perspectiva pública e não privada, mesmo em sociedades excessivamente individualistas.<sup>48</sup> O referido pensamento leva esse nome por atribuir ao Direito Penal a missão de funcionalidade do sistema social, pois entende ser o crime um defeito no seu funcionamento.

O funcionalismo-sistêmico, nas palavras de Prado (p. 46, 2018), enxerga a sociedade como um sistema global ou de interação – formado, sobretudo, por normas de organização – ao qual se vinculam todos os fatores sociais, sendo a funcionalidade o critério principal de exame de qualquer conduta.

Um dos expoentes dessa linha jurídico-filosófica é Günther Jakobs, cuja teoria forneceu importantes subsídios para o estabelecimento do sistema penal. Retomando à análise do bem jurídico-penal, o autor o conceitua como “a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção”<sup>49</sup>. Explica-se: para o mesmo, o Direito Penal não tem como função a proteção dos bens *per se*, e sim a desobediência normativa contida nos tipos que abarcam condutas capazes de lesioná-los.<sup>50</sup> Expectativas normativas, nesse contexto, seriam os papéis atribuídos aos indivíduos pelo ordenamento jurídico e crime, uma mera desautorização da norma.

Desta forma, Jakobs substitui o conceito de bem jurídico pela noção de vigência da norma<sup>51</sup>, ideia essa muito ameaçadora pois trata a estabilização normativa como um fim em si mesmo, e não um instrumento a serviço dos indivíduos e, mais grave ainda, eleva a norma a um grau de mal necessitado de justificação, capaz de legitimar a intervenção penal<sup>52</sup>, em total dissonância com o caráter limitador do poder punitivo.

Já Knut Amelung, outro autor responsável por edificar a teoria sistêmica, defende um afastamento da teoria de bem jurídico-penal em detrimento da formulação de uma teoria da

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>49</sup> JAKOBS (2009, BAPTISTA, 2016, p. 57)

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 2016. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Penal Contemporâneo) – Universidade Federal de Minas Gerais, p. 58.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 59.



danosidade social, que nada mais é senão uma manifestação da disfuncionalidade sistêmica. Por seu turno, tal disfuncionalidade não decorre da agressão a um determinado bem, mas sim por normas.

Apesar das referidas similitudes com as ideias trazidas por Jakobs, Amelung se diferenciou deste ao buscar amparo constitucional na tentativa de diminuir a abrangência da teoria sistêmica, uma vez que, segundo o mesmo “a constituição impõe que o Direito Penal proíba apenas condutas socialmente danosas”<sup>53</sup>. Assim, o autor procurava neutralizar as críticas que poderiam atribuir a sua teoria uma perigosa capacidade de legitimação da arbitrariedade do poder punitivo estatal. De fato, não há como extrair critérios concretos para a definição de danosidade social, eis que a mesma se vincula à decisão política de um determinado contexto.

Amelung também dedicou sua obra à crítica da teoria de bens jurídicos ao reconhecer que, embora negue a legitimação a normas penais inúteis, possui tal flexibilidade que a torna incapaz de exercer qualquer potencial crítico-limitativo<sup>54</sup>. Em sentido contrário, a teoria da danosidade social seria capaz de impor limites ao legislador ordinário em matéria de intervenção criminal, mediante o texto constitucional.

Ainda assim, como ocorreu com todas as demais teorias, as funcionalista-sistêmicas também foram alvos de críticas. Dentre elas, a mais importante se resume no argumento de que, ao renunciar ao uso do bem jurídico como critério para legitimidade, renuncia-se também ao seu papel de garantia frente ao sistema criminal.

Portanto, sendo a necessidade de criação de balizas à atividade incriminadora do Estado, desenvolveram-se as denominadas teorias constitucionais do bem jurídico, que buscavam na Constituição a fonte jurídica superior da qual os bens jurídico-penais devem emergir<sup>55</sup>. A teoria dividiu-se, ainda, em duas correntes: teoria constitucional estrita, que defende a existência de um rol *numerus clausus* dos bens jurídico-penais na Constituição, e teoria ampla, que admite também a inclusão de bens de relevância constitucional ainda que não expressos de forma explícita no texto.

---

<sup>53</sup> AMELUNG (2004 apud BECHARA, 2004, p. 60)

<sup>54</sup> Cf. AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 263.

<sup>55</sup> BAPTISTA, 2016, p. 64.

Embora se reconheçam vantagens na teoria estrita, como a vinculação do legislador penal a um critério de limitação a eventuais excessos ou arbítrios e o reconhecimento do Princípio da Intervenção Mínima que impedia a excessiva proliferação de tipos penais, as mesmas eram postas em dúvida. Isso porque, embora o texto constitucional contivesse referência valorativa a servir como critério limitador, a redação de tais valores, demasiadamente vaga e abrangente, dificultava a consecução desta finalidade.

Ainda como crítica à teoria constitucional estrita, Tadeu Silva salienta que bens jurídicos não podem ser confundidos com direitos fundamentais, sob o risco de se constatar uma formalização do bem jurídico, na linha de Binding, ou uma espiritualização dos neokantianos<sup>56</sup>. Evitando correr esse risco, a maioria dos autores se alinha à teoria constitucional ampla.

É nesse contexto que Claus Roxin, expoente do pensamento que alarga o reconhecimento dos bens jurídico-penais constitucionalmente orientados, os define como valores não vedados pela Constituição, de modo que esta serve mais como limite para a conceituação do que um fundamento.

Encerra-se aqui, então, o pretendido apanhado histórico, eis que embora não sejam imunes a críticas, permanecem dominantes as teorias constitucionais de bem jurídico-penal.

### **1.3 Critérios principiológicos de delimitação frente à teoria do bem jurídico-penal**

Conforme assentado no item anterior, a teoria do bem jurídico sustenta que somente é aceitável a introdução de uma nova norma sancionadora no ordenamento jurídico se dela decorre a proteção de um determinado bem, que até então se via exposto a possíveis lesões. Desse modo, uma das balizas impostas à criação de novos delitos é o reconhecimento de um bem jurídico pelo Direito Penal.

Entretanto, existem alguns fatores que, malgrado a constatação de objetos a serem tutelados, afastam a incidência da norma penalizadora. Grande parte deles está presente no texto constitucional, ainda que de forma implícita, e foram introduzidos com o fito de assegurar a

---

<sup>56</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 343.

liberdade e a garantia aos demais direitos fundamentais do indivíduo. Encontram-se, pois, descritos na forma de princípios e descrevem os valores perseguidos pelo Direito Penal do Estado Democrático de Direito, ou seja, sua utilização como *ultima ratio*.

Nilo Batista entende que os princípios básicos do Direito Penal, tidos como postulados ou dogmas fundamentais se subdividem em cinco, quais sejam: o Princípio da Legalidade (ou da Reserva Legal); Princípio da Intervenção Mínima; Princípio da Lesividade; Princípio da Humanidade e Princípio da Culpabilidade.

O Princípio da Legalidade, previsto tanto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição, quanto no artigo 1º do Código Penal, pode ser entendido como base estrutural do próprio Estado de Direito ou ainda, como a pedra angular de todo Direito Penal que aspire à segurança jurídica. Isso porque, além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não seja submetido à coerção penal distinta daquela predisposta na lei<sup>57</sup>.

Importante aproveitar essa oportunidade para destacar o pensamento de Alessandro Baratta, de acordo com o qual o referido princípio é constituído tanto pelo segmento formal quanto pelo material. Este último se traduz na legitimidade conferida ao sistema penal. Por isso o autor defende que a atualidade padece de uma crise de legitimidade

Já o Princípio da Intervenção Mínima, referenciado acima quando se fez menção à utilização do Direito Penal como último recurso para a resolução de conflitos, constitui um dos pressupostos valorativos para a manutenção da democracia. Em razão disso, sua ausência de previsão expressa na redação constitucional ou nas infraconstitucionais não afasta sua aplicação, que passa a ser imposta aos intérpretes da lei e carrega consigo duas consequências, que passam a ser características do Direito Penal: a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Nesse sentido, a fragmentariedade se opõe a uma visão omnicomprensiva da tutela penal e estabelece uma seleção tanto dos bens jurídicos ofendidos aos quais prestaria o Direito Penal o papel de proteger, como também das formas de ofensa<sup>58</sup>. Como consequência do caráter

---

<sup>57</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 67

<sup>58</sup> Cf. Toledo, 1984.

fragmentário do Direito Penal, entende-se que o Estado só deve recorrer a ele de maneira subsidiária, ou seja, quando qualquer outra medida se revele insuficiente eis que sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito<sup>59</sup>. É justamente daí que se extrai o termo *ultima ratio* (ou último recurso).

Na sequência, o Princípio da Lesividade determina que o Direito Penal só pode ser aplicado caso a conduta do autor do crime se relacione com o objeto jurídico, o qual deve ter sido efetivamente violado ou, excepcionalmente, voluntariamente exposto a tal risco.

Seu reconhecimento é de crucial importância, pois serve de critério para diferenciar as atitudes que somente extrapolam regras de conduta tidas como eticamente corretas daquelas que efetivamente atentam contra o direito pré-constituído e reconhecido pela sociedade, que jamais não se pode confundir com algo tão abstrato quanto a moral, por exemplo. Enquanto da primeira resulta no máximo uma valoração negativa, da segunda pode resultar até mesmo a imposição de pena privativa de liberdade.

É nesse sentido que Batista preleciona: a conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal<sup>60</sup>.

O referido autor elenca, ainda, quatro funções advindas desse princípio, relativas à proibição do legislador penal incriminar: atitudes internas (como ideias, convicções ou qualquer estado especial de ânimo do sujeito) condutas que não excedem o âmbito do próprio autor (como atos meramente preparatórios ou hipóteses de autolesão); condições existenciais (o que ocorre, por exemplo, com a configuração de um Direito Penal do autor<sup>61</sup>); e condutas que simplesmente não afetam nenhum bem jurídico.

Continuando, o Princípio da Humanidade, responsável por postular da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade, impõe que nenhum cidadão deve ser submetido a

---

<sup>59</sup> Cf. Muñoz Conde.

<sup>60</sup> BAPTISTA, 2016, p. 91

<sup>61</sup> Na lição de Zaffaroni (2003), com o Direito Penal do autor, será criminalizada a personalidade e não apenas a conduta do agente.

torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Pelo contrário, toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Na Constituição da República, ele pode ser encontrado de forma explícita nas disposições constantes aos incisos III, XLVI, XL e VII, todos do artigo 5º.

Por fim, o Princípio da Culpabilidade pode ser sintetizado como o respeito à subjetividade da responsabilidade penal do autor do crime. Decorrem dele, por exemplo, proibição de que a pena ultrapasse a pessoa do delincente (artigo 5º, inciso XLV da Constituição) e regras que delimitam a imputação objetiva do sujeito à existência de resultados ou criação de riscos através de conduta perpetrada por ele (como o artigo 13 do Código Penal), mas também que exigem que a intervenção seja fruto de uma vontade consciente ou relevante negligência (como os artigos 18 e 19 do Código Penal).

Sem prejuízo do esforço destinado à elaboração desse breve apanhado, é importante destacar um critério também reconhecido pelo ordenamento jurídico na forma de princípio geral ou orientador do direito penal, cuja importância se revela em virtude da sua identidade com o objeto deste estudo.

Para melhor compreensão do que virá a seguir, parte-se da premissa de que se atendidos a todos os requisitos axiológicos acima, algumas condutas poderão escapar do crivo da persecução penal. Isso se dá em razão de outro princípio, que não está previsto em nenhum diploma legal, mas cuja aplicabilidade é ratificada tanto por entendimentos doutrinários quanto jurisprudenciais<sup>62</sup>: o Princípio da Insignificância, também chamado Crime de Bagatela, capaz de afastar a tipicidade da norma.

Resumidamente, a concepção tripartite do delito entende que, para um determinado fato constituir crime, ele deve reunir três pressupostos básicos: antijuridicidade (também entendida como ilicitude), tipicidade e culpabilidade do agente. Sem qualquer um desses elementos, não há que se falar em delito.

---

<sup>62</sup> Reconhecido pelo STF, por exemplo, como um instrumento de interpretação restritiva (STF, 2º T., HC 104.787/RJ, j. 26/10/2010).

Buscando se ater somente ao elemento que influencia no presente estudo, torna-se interessante a tipicidade sob o prisma do paradigma da chamada “tipicidade conglobante”, conceito formulado por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista e definido pelos autores como instrumento capaz de corrigir a tipicidade penal, ordinariamente definida como a relação de subsunção entre um comportamento e o tipo legal de crime<sup>63</sup>.

Isso porque, em sentido conglobado, a tipicidade “é indicadora da conduta humana e de sua obra no mundo”<sup>64</sup>, ou seja, abarca tanto a adequação de um tipo legal à determinada conduta delituosa (a chamada tipicidade formal), como também seu efeito material, ou seja, a lesão provocada ao bem jurídico. Em seus próprios termos, os referidos autores esclarecem: “a tipicidade conglobante cumpre sua função redutora constatando a existência de um conflito, o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente”<sup>65</sup>.

De acordo com esse entendimento, o Princípio da Insignificância é lido como um excludente de tipicidade (em sentido material), pois exclui da esfera de fatos puníveis aqueles dos quais não decorre afetação do bem jurídico ou até mesmo quando há alguma lesão, mas ela se mostre irrelevante. Insere-se, pois, na análise deste tópico uma vez que também constitui instrumento de delimitação da intervenção penal.

É justamente em razão de possibilitar o afastamento do exercício de atividades criminalizadoras que se tornou necessário estabelecer requisitos para a aplicação do referido princípio, principalmente quando se leva em conta sua ausência de previsão legal no ordenamento, o que aponta para um cenário de insegurança jurídica.

Nesse sentido, a adoção de critérios objetivos e uniformes para guiar a aplicação do princípio nos tribunais foi introduzida pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento do Habeas Corpus 84.412/SP, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o

---

<sup>63</sup> Francisco de Assis Toledo. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 84.

<sup>64</sup> ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 214.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 212.

reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada<sup>66</sup>.

Contudo, importante apontar que, apesar da jurisprudência ter fixado os referidos requisitos, subsiste, na prática, muita discricionariedade nas decisões relativas à sua (in) aplicabilidade. A isso se deve ao fato de que a Suprema Corte apenas apontou aquilo que o mesmo denominou “vetores” sem, contudo, delimitar ou até mesmo quantificar o que constituiria expressões de alta carga semântica, como “mínima ofensividade”, “reduzido grau” ou “inexpressividade da lesão”.

Desse modo, é válido afirmar que até mesmo entendimentos sumulados que versam sobre o tema, como é o caso da Súmula nº 599/STJ, se tornam objetos de abstrações que permitem o arbítrio e juízos de caráter subjetivo.

#### **1.4 Tutela da Administração Pública *versus* Direito Penal Mínimo**

Ainda sob a ótica da influência de uma cadeia principiológica garantista, limitadora da atividade penal, torna-se necessário retomar o Princípio da Intervenção Mínima, comentado acima. Sua aplicação faria com que fossem proibidas, a partir da imposição da pena, apenas as condutas produtoras de resultados lesivos a terceiros. Constituiria, pois, base para um movimento que defende a função do Direito Penal Mínimo como *ius necessitatis* (direito de necessidade).

De acordo com esse entendimento, as proibições mínimas necessárias, ou seja, aquelas a serem impostas nos casos em que a aplicabilidade das penas se mostra inafastável, ocorreriam somente como reação à ameaça de lesão a bens fundamentais, eis que estes não poderiam ser garantizados de outra forma<sup>67</sup>.

Feito esse resgate, verifica-se uma contradição significativa entre o sustentáculo teórico do Direito Penal Mínimo e a tipificação de condutas que atentem contra qualquer

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 84.412-0/SP*. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 19 de outubro de 2004, DJe 19/11/2004. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2211505>>. Acesso em: 04, jun. 2022.

<sup>67</sup> Cf. FERRAJOLI, 2002.

comportamento cuja base moral encontra-se pré-definida. Isso porque um dos objetivos perquiridos pela tutela da Administração Pública – tal como asseverado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça – é a imposição de uma postura previamente moldada e que sirva de melhor forma aos interesses do Estado.

Essa imposição pode ocorrer através do uso do aparato das forças criminais e ocorrer ainda que da adoção de uma conduta distinta não ocorra nenhuma violação a direito de terceiros.

Constata-se, assim, que essa atuação da Administração Pública representa grave prejuízo o princípio da separação entre direito e moral<sup>68</sup>, pois o legislador deixa de proibir comportamentos ameaçadores a bens fundamentais para normatizar regras de conduta que não apresentam qualquer consequência fático-jurídica.

Diante de tal observação, permanece o questionamento acerca do *modus operandi* empregado pelo legislador para eleger os bens jurídicos a serem tidos como objeto de tutela penal. Buscando respondê-lo, verifica-se que a posição adotada por teóricos da Criminologia Crítica é a que melhor evidencia critérios de escolha dos respectivos bens e sobre qual é o resultado pretendido com a realização das respectivas adoções.

Nesse sentido, autores como Nilo Batista denunciam a seletividade da proteção penal de bens jurídicos, pois reconhecem que dentro de um arranjo político característico de uma sociedade de classes é inevitável que os bens traduzam os interesses da camada dominante:

Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido feral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais<sup>69</sup>.

Ainda sobre o tema, Alessandro Baratta acrescenta que, partindo da lógica de uma justiça de classes, os conteúdos dos tipos penais tenderiam a sempre coincidir com os valores atinentes ao universo moral burguês. Nesse cenário, as leis incriminadoras possuem o condão de proteger tais interesses quando ameaçados por outros grupos, aos quais seria atribuído *status* de

---

<sup>68</sup> Postulado do utilitarismo jurídico, a doutrina axiológica da separação entre direito e mora veta a proibição de condutas meramente imorais e impõe tolerância jurídica a toda atitude não lesiva a terceiros (FERRAJOLI, 2002, p. 372).

<sup>69</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 96.



criminosos. O delito assumiria, assim, feição eminentemente política, uma vez que o direito estaria sendo utilizado como mero instrumento para criminalizar comportamentos contrários às vontades dos grupos detentores de poder<sup>70</sup>.

Dessa forma, a definição do conteúdo do Direito Penal afasta-se de qualquer critério ontológico e caracteriza-se como uma decisão de cunho político, de tal forma que a seleção dos objetos de tutela penal é guiada pela hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio econômico<sup>71</sup>.

Portanto, a tutela da moral administrativa se opõe ao sustentáculo do Direito Penal Mínimo, eis que sua proteção certamente fundamenta-se pelo fato de ser entendida como cara aos interesses estatais, e não por se confundir com a garantia de um bem jurídico fundamental. Contudo, de acordo com os ditames da doutrina fundada em uma Intervenção Mínima, a persecução penal também deve ser mínima e dotada de alta eficiência, e não capaz de controlar o máximo de atividades das quais possa resultar o ilícito<sup>72</sup>.

Nada obstante não ser uma maneira eficaz de se guiar a atividade persecutória criminal, o Estado insiste em tipificar condutas que lesionam expressões meramente abstratas e difusas relativas a um comportamento dotado de moralidade. Disso depreende-se que a doutrina pautada na intervenção penal mínima cede espaço a uma abstrativização do conceito de bem jurídico.

Nesse sentido, recorre-se a Hassemer para explicar o que motivou a seleção de área afeta à Administração Pública (lê-se: aos interesses estatais) como bem jurídico penalmente tutelado: “a palavra de ordem não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições sociais ou unidades funcionais valiosas”<sup>73</sup>. Assim, deixa de ser mistério o motivo da inserção da moral administrativa em um rol que, ao que tudo indica, devia ter sua limitação respeitada a fim de que se conservasse a eficiência da atividade penal.

---

<sup>70</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. pp. 13-16.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>72</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo. **Os Crimes Econômicos sob a ordem do Direito Penal Constitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 81.

<sup>73</sup> Hassemer, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luis; Tórtima, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15-16

## 2 JUSTIFICATIVA APRESENTADA PARA A EDIÇÃO DA SÚMULA 599/STJ

Feita a apresentação das ideias introdutórias que servirão de base para a presente investigação, parte-se então para o estudo dos motivos de ordem social, jurídica e política que resultaram no reconhecimento da tutela penal de bens jurídicos imateriais e abrangentes. Tal análise é guiada pela justificativa apresentada no contexto de edição da Súmula 599/STJ, de acordo com a qual a vedação da aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes cometidos contra a Administração Pública se dá em razão da importância de tutelar o bem jurídico “moral administrativa”, apesar deste não possuir valoração econômica.

A superestimação desses bens coletivos, em detrimento daqueles de caráter individual e patrimonial, classicamente tutelados por normas que visam coibir a denominada “criminalidade de massa”, é um fenômeno notado recorrentemente nas constituições contemporâneas. Essa afirmação não afasta o fato de que tais Leis Maiores, de acordo com uma ideologia liberal, continham rol de limites ao poder repressivo do Estado, eis que estabeleciam, por meio de uma cadeia principiológica negativa, travas ao exercício desmedido e arbitrário dos poderes públicos<sup>74</sup>.

Desta forma, o novo perfil do Direito Penal, pós-industrial ou moderno, convive em meio a uma dualidade: os princípios limitadores das intervenções criminais não são revogados, contudo, há uma relevante expansão dos tipos penais e um aumento de rigor procedimental, na medida em que decide tutelar bens coletivos<sup>75</sup>.

Buscando questionar a sobre-eminência da expansão do poder punitivo estatal de modo que este seria capaz de impor limites ao exercício do direito de defesa, consubstanciado no afastamento de um princípio geral do direito, faz-se necessário compreender o fenômeno da administrativização do Direito Penal, que decorre do entendimento da sociedade de riscos, como ela se constituiu e o que decorre de suas peculiaridades.

---

<sup>74</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 155.

<sup>75</sup> Bens coletivos são definidos por Robert Alexy (1994) como aqueles que não podem, por razão fática ou jurídica, ser divididos em partes e outorgados a diferentes indivíduos, ou seja, são bens não distributivos.

Além disso, também é necessário aludir ao contexto político no qual houve esse alargamento dos tipos penais eis que, em razão dele, notou-se uma inversão do paradigma do direito penal, consubstanciado na criminalização de delitos contra o Estado (crimes referentes aos abusos do poder político e do poder econômico, como aqueles cometidos contra a Administração Pública), em oposição às demais formas de criminalidade típicas.

Por último, há de se entender como a Constituição também contribuiu para que fosse permitido o cometimento de tais excessos por parte do legislador ordinário<sup>76</sup>.

Nota-se um claro movimento de expansionismo do sistema jurídico-criminal com o fito de abarcar novas condutas, e assim alargar os tipos penais, justamente o inverso daquilo proposto pela teoria que defende a utilização do Direito Penal apenas como instrumento subsidiário.

Nesse sentido, serão analisadas duas causas da expansão da tutela penal sobre bens supraindividuais e imateriais. A primeira diz respeito ao fenômeno jurídico denominado administrativização do Direito Penal, que promoveu uma criação indiscriminada das normas penalizadoras visando neutralizar os riscos de uma sociedade pós-moderna. Já a segunda trata da reação social de setores populares à sensação de impunidade ao observar o deslinde de ações delituosas cometidas por agentes estatais ou detentores de grande poderio político ou econômico, pois também promoveu o aumento do rigor punitivo através da criação de novos tipos penais.

## **2.1 Administrativização do Direito Penal sob o paradigma da Sociedade de Riscos**

Diversos autores defendem que o aparecimento de uma sociedade (industrial) de riscos<sup>77</sup> foi responsável pela expansão do Direito Penal ou, em outros termos, pela sua Administrativização, fenômeno que importou em um recrudescimento do sistema protetivo intervencionista estatal. A referida sociedade de riscos, por sua vez, remete ao modelo teórico desenvolvido por Ulrich Beck, que atrela o seu surgimento com a chegada da pós-modernidade ou da pós-industrialização no âmbito do sistema capitalista.

---

<sup>76</sup> BECHARA. 2014, p. 208

<sup>77</sup> Cf. BELL, 1977

De acordo com Ana Elisa Bechara, há divergência terminológica acerca do uso de termos como “sociedade de risco” e “sociedade pós-industrial”. Contudo, isso não afasta a principal característica da atualidade que sintetiza ambos os termos, qual seja: a presença de uma alta tecnicidade e industrialização, bem como uma série de relações interpessoais anônimas, aptas a impulsionarem o processo de questionamento e de redefinição dos interesses mercedores de tutela penal.

Nas palavras da autora:

Assim, independentemente de sua denominação ou fundamentação, a sociedade pós-industrial caracteriza-se pela insegurança objetiva, combinada com a insegurança subjetiva sentida pelos cidadãos, gerando, finalmente, uma sensação geral de insegurança que determinará a demanda ao Estado, por meio do recurso ao Direito Penal, não apenas voltada à proteção objetiva diante de riscos, como também ao asseguramento da confiança social. O resultado desse processo é uma crescente e, não raras vezes, desorientada atitude de defesa contra situações problemáticas que ainda sejam percebidas como controláveis<sup>78</sup>.

Ou seja, a sociedade industrial de riscos é constituída por riscos artificiais, capazes de atingir grandes dimensões e alcançar um número indeterminado de pessoas. Daí depreende-se o motivo da redefinição dos interesses mercedores da tutela penal.

Nesse contexto, Silva Sánchez aponta o descrédito de outras instâncias de proteção como um fator contributivo para o Direito Penal ter sido eleito como único recurso eficaz para a proteção dos bens jurídicos supraindividuais, difusos na sociedade. Ou seja, o autor entende que a inexistência ou insuficiência de outras áreas do direito ou até mesmo da ética social ocasionam a demanda de punição, que não se atinge sem antes capitular certos comportamentos como crimes<sup>79</sup>.

Ainda sobre a sensação de insegurança social, Bechara e Silva Sánchez dialogam ao entenderem que o clamor da sociedade pós-industrial por uma sensação de segurança é direcionado aos agentes de lei e ordem pois quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> BECHARA, op. cit., p. 211.

<sup>79</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2013, pp. 75-77

<sup>80</sup> Cf. GUILLEBAUD, Jean-Claude.

Forma-se, assim, uma nova criminalidade, a qual Hassemer denomina “criminalidade moderna” e sobre a qual enumera as seguintes características: (a) ausência de vítimas individuais, a qual, pelo contrário, geralmente é o Estado; (b) pouca visibilidade dos danos causados, pois o delito perde sua tangibilidade, adquirindo outra estrutura; (c) novo *modus operandi*, que se dá mediante o emprego não violento de formas de concretização<sup>81</sup>. Logo, há uma notável diferença entre as condutas aqui perpetradas, objeto do presente estudo, e aquelas referentes à “criminalidade de massa”<sup>82</sup>.

É sabido que, como forma de repressão à criminalidade das ruas, o Estado guia a atuação de seu poder punitivo de tal forma que cabe ao Direito Penal reagir *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto aos sujeitos ativo e ao passivo) e com bem jurídico definido, conforme a evidenciação do nexos de causalidade.

No entanto, tais estruturas dogmático-penais não podem mais ser invocadas no âmbito da criminalidade da sociedade de riscos, pois não se amoldam aos conflitos pós-modernos. É esse o argumento que acaba por promover uma reformulação do Direito Penal - ou a modernização do mesmo, a fim de que se compatibilize com as novas especificidades sociais.

O principal resultado deste novo modelo punitivo, também denominado “Direito Penal do risco”, se constitui na mudança de paradigma em relação aos bens jurídico-penais, que passaram de um conteúdo individual para um supraindividual. Nesse sentido, são criados novos tipos penais sob a justificativa de tutelar bens amplos e abstratos, revelando-se, assim, um caráter notadamente expansivo da intervenção penal.

O referido expansionismo em matéria penal se situa no limite das atribuições legais do legislador ordinário e de seus excessos e arbitrariedades na medida em que passa a criminalizar condutas carentes de ofensividade, fundadas exclusivamente no desvalor da ação, de forma a

---

<sup>81</sup> HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994. p. 46-48.

<sup>82</sup> A esse respeito, Bitencourt (2019, pp. 756-757) “Criminalidade de massa compreende assaltos, invasões de apartamentos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Esta criminalidade afeta diretamente a toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. Os efeitos desta forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança”.

se marginalizar o desvalor do resultado como elemento secundário e até mesmo prescindível na estrutura do delito<sup>83</sup>.

Desta forma, o Direito Penal, até então visto como instrumento de tutela de bens jurídicos individuais se converte em um direito de gestão punitiva de riscos gerais, eis que “se o delito se contempla como um risco social, é razoável que ao afrontá-lo, se levem em conta critérios observados para a gestão de outros riscos”. É nesse sentido que o fenômeno delitivo se “administrativiza”<sup>84</sup>.

Assim, o fenômeno da administrativização implica reconhecer a punição de delitos como mero guia de condutas<sup>85</sup> ou como mera gestão da desobediência da função administrativa ou do modelo de gestão pública e não como um desvalor de determinada ação considerada individualmente<sup>86</sup>.

Nessa perspectiva, ao Direito Penal moderno cabe não só evitar lesões aos bens jurídicos pessoais ou patrimoniais, mas especialmente deter condutas que representem perigo à ordenação de setores da atividade. Como um desses setores, por exemplo, pode ser colocada a atividade da Administração Pública, razão pela qual os crimes contra a mesma recebem capítulo exclusivo na Parte Especial do Código Penal.

A principal consequência de todo o fenômeno pormenorizado aqui foi a constatação de uma verdadeira crise no conceito de bem jurídico utilizado até então. Essa crise, por sua vez, originou três principais problematizações:

(1) a tendência a confundir os conceitos de bem jurídico e função estatal; (2) o resgate das teorias metodológicas que equiparam bens jurídicos a *ratio legis* e (3) o risco de a própria norma, ou a sua vigência, substituir a noção de bem jurídico.<sup>87</sup>

Depreende-se, então, que não há mais como se falar em bem jurídico como instrumento delimitador dos excessos legislativos cometidos em matéria criminal. Pelo contrário, constata-se que a noção atual de bem jurídico pode ser utilizada como fundamento para justificar a

---

<sup>83</sup> BECHARA, 2014, p. 216.

<sup>84</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2013, pp. 168-169.

<sup>85</sup> BECHARA, op. cit. p. 58.

<sup>86</sup> SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 166.

<sup>87</sup> BAPTISTA, 2016, p. 81

intervenção estatal de forma arbitrária, em um total desacordo com a função garantista do Direito Penal.

## **2.2 Clamor social por uma pretensa democratização do sofrimento: a Esquerda Punitiva**

O segundo motivo apontado para a constituição do argumento que levou à edição da Súmula 599 do STJ está intimamente ligado com o contexto político vivido na época em que houve a mudança de paradigma e no qual se iniciou a já mencionada expansão do aparato penal.

Como analisado, a modernização do Direito Penal fez com que este direcionasse a sua atuação até então adstrita à criminalidade de massas para a chamada “criminalidade dourada”, de modo que o alargamento dos tipos penais passou a abranger atividades ilícitas cometidas por classes socioeconomicamente privilegiadas.

Essa característica foi não só muito festejada pelos setores sociais comuns, como também segue sendo até hoje reivindicada. Isso porque grande parte da população entende como impunes a qualquer punição aqueles que cometem os chamados “*White collar crimes*”<sup>88</sup>.

Para que possa ser compreendido, exige-se que tal anseio social seja historicamente contextualizado. Para tal, recorre-se à Baptista:

A década de 1970, na Europa, foi marcada por uma série de reformas descriminalizantes. Nesse período, de maneira geral, os partidos políticos de esquerda e os movimentos populares socialistas assumiam uma posição de desconfiança em relação ao poder punitivo, visto como braço armado das classes burguesas, destinado à repressão dos pobres e proletários. O discurso de combate ao crime era, por conseguinte, reservado aos políticos conservadores e aos estratos sociais que os apoiavam.

Todavia, a partir da década de 1980, há uma mudança na posição de boa parte dos grupos de esquerda, que passam a advogar o recurso ao Direito Penal na luta pela promoção de valores coletivos (direitos dos trabalhadores, das mulheres, das minorias étnicas, dos animais etc.) e na repressão a comportamentos desviantes das classes poderosas (crimes do colarinho branco, corrupção etc.)<sup>89</sup>.

Quanto ao Brasil, especificamente, notou-se a emergência, a partir dos anos 80, da política de *Law and Order*, caracterizada pela criação de novos crimes e aumento de rigor na aplicação da legislação vigente. Tais métodos passaram a servir como instrumentos de resposta aos anseios sociais e, supostamente, possuiriam o condão de pôr fim à sensação de impunidade que

---

<sup>88</sup> Cf. Sutherland, 1939.

<sup>89</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 77.

permeava o corpo social. Ocorre que a implementação desta inflação legislativa em matéria penal significava uma maior intervenção do braço repressivo do Estado.

Contudo, sendo a criação de novos tipos penais fruto de clamores sociais, a motivação para tal pode ser entendida como oriunda de uma ordem política, e não meramente jurídica.

Nesse sentido, Ana Elisa Bechara:

(...) sendo, porém, difícil reconhecer uma lógica ou racionalidade geral que permita identificar a adoção de uma polícia criminal determinada, mesmo repressiva. Na verdade, parece estar-se diante do uso da legislação penal para fins políticos ou demagógicos, que nada tem a ver com as finalidades protetivas próprias do Direito Penal. A disfuncionalidade da eleição de referido modelo de intervenção penal irracional e autoritário, alterado com iniciativas liberais dirigidas a modalidades delitivas muito específicas, gera efeitos negativos à concepção sistêmica do Direito Penal e, assim, à sua própria legitimidade e credibilidade social<sup>90</sup>.

É nesse contexto que houve um apoio quase unânime ao movimento de expansão penal denominado punitivismo de esquerda, liderado por setores da política que buscavam uma pretensa sensação de equilíbrio entre os delinquentes já conhecidos pela criminalidade em massa e os poderosos, que historicamente, em razão de seus postos políticos ou vantagens financeiras, escapavam das garras do Sistema Penal. Buscou-se, então, a responsabilização criminal de uma classe que parecia sempre escapar das consequências jurídicas de seus atos ilícitos, sobretudo aqueles praticados contra a Administração ou à Ordem Econômica.

Portanto, o chamado “punitivismo de esquerda” fez com que o apoio ao movimento de expansão do Direito Penal aqui retratado tivesse uma aderência social praticamente unânime. No entanto, a mesma linha de pensamento que motivou sua ampla repercussão apresenta enorme falha, capaz de esvaziá-la por completo, a ser apontada posteriormente.

Antes disso, cabe apontar para a observação e aplicação deste termo no Brasil, que teve como principal expoente a magistrada Maria Lúcia Karam, autora da obra “A Esquerda Punitiva”, na qual expõe a total incongruência da atuação de movimentos ligados a pautas notadamente de esquerda, especialmente no que tange à instauração do processo de combate à corrupção no Brasil.

---

<sup>90</sup> BECHARA, p. 2014.



Detalhadamente, expõe que:

Ao centralizarem o combate à corrupção na utilização da reação punitiva e somarem suas vozes ao clamor contra a impunidade e ao apelo por uma maior eficiência da repressão, estes setores de esquerda aderem à ideia de que um maior rigor repressivo seria necessário para acabar com aquelas práticas de corrupção e com a impunidade de seus autores, assim ignorando o fato de que nenhuma reação punitiva, por maior que seja sua intensidade — e ainda que fosse possível a superação dos condicionamentos de classe — pode pôr fim à impunidade ou à criminalidade de qualquer natureza, até porque não é este seu objetivo<sup>91</sup>.

Em termos diversos, a linha de pensamento que conduz a sociedade ao clamor por uma pretensa “democratização do sofrimento” carece de fundamento válido, ainda que essa se justifique com a busca pelo fim da impunidade que permeia o sistema de justiça criminal.

Isso porque, ainda de acordo com Karam:

Desejando e aplaudindo prisões e condenações a qualquer preço, setores da esquerda reclamam contra o fato de que réus integrantes das classes dominantes eventualmente submetidos à intervenção do sistema penal melhor se utilizam de mecanismos de defesa, frequentemente propondo como solução a retirada de direitos e garantias penais e processuais, no mínimo esquecidos de que a desigualdade inerente à formação social capitalista que, lógica e naturalmente, proporciona àqueles réus melhor utilização dos mecanismos de defesa, certamente não se resolveria com a retirada de direitos e garantias, cuja vulneração repercute sim — e de maneira muito mais intensa — sobre as classes subalternizadas, que vivem o dia-a-dia da Justiça Criminal, constituindo a clientela para a qual está prioritariamente se volta <sup>92</sup>.

Logo, o perigo aqui reside não na expansão do bem jurídico em si e sim na forma desigual que as medidas decorrentes desse processo de criminalização atingem aqueles considerados como *powerful* (advindos com criminalidade moderna) e os *powerless* (reconhecidos desde a criminalidade de massa, comum). Essa desigualdade ocorre em razão da seletividade inerente ao sistema de justiça criminal brasileiro, que não pode ser afastada simplesmente com o aumento do punitivismo e o alargamento de sujeitos ativos ou de tipos penais.

O que se obtém da análise empreendida neste ponto é o entendimento da relação de causa e efeito identificada entre o *modus operandi* do pensamento somado às reivindicações da “esquerda punitiva” e a supervalorização da moral administrativa como forma de impulsionar o Estado a criar novos tipos penais ou torná-los mais severos.

---

<sup>91</sup> KARAM, Maria Luzia. **A Esquerda Punitiva**. Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro n° 1, ano 1, 1996, pp. 81-82.

<sup>92</sup> Ibid., pp. 80-81.

### **3 A INEFICÁCIA PRÉ-ANUNCIADA DA SÚMULA 599/STJ**

Antes mesmo de sua edição, a consecução das finalidades perquiridas pela Súmula já se mostravam incapazes de prosperar. Essa ineficácia seria resultado de três principais desacertos, apontados há tempos pela doutrina, mas desprezados no momento de sua elaboração.

Primeiro há de se citar aquele destacável por ser o mais evidente: a impossibilidade de reduzir a incidência de determinados tipos penais mediante o aumento do rigor punitivo direcionado a eles.

Em seguida, outra premissa advinda dos estudos da Criminologia Crítica e que também explica porque a Súmula foi a via inadequada para buscar a responsabilização criminal daqueles responsáveis pelo cometimento dessa gama de infrações: o referido aumento do rigor punitivo, embora pretensamente direcionado a uma classe delituosa distinta.

Por fim, além dessas máximas, outro fator que contribuiu para que a Súmula não fosse capaz de refrear o cometimento das infrações contra a Administração Pública, ou ao menos alcançar uma efetiva penalização dos agentes responsáveis por esse segmento criminal foi a sua redação. Dotada de extrema vagueza, insere-se como parte de um fenômeno maior: a utilização do texto constitucional como referência para a definição de conceitos atinentes ao Direito Penal.

#### **3.1 Redução da criminalidade através de políticas criminalizadoras**

A explicação por trás da incapacidade de o cometimento de delitos ser combatido ou prevenido mediante um aumento do punitivismo estatal segue a mesma linha de raciocínio segundo a qual a Súmula nº 599, no que diz respeito à finalidade almejada, estava fadada ao fracasso desde o momento de sua edição.

Contudo, antes mesmo de adentrar nesse exame, adianta-se que, em função do imenso volume de escritos a esse respeito, o ponto aqui abordado teve que ser restringido para evitar uma fuga à temática abordada por esta pesquisa.

Dito isso, reitera-se que o desacerto do método escolhido para conter o avanço da criminalidade já foi objeto de diversas denúncias entre autores do tema, conforme reconhecido por Silva Sánchez:

Não é frequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria 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 da instrumentalidade (da proteção efetiva).<sup>93</sup>

Ou seja, já não são novidades para o sistema de justiça criminal brasileiro as estratégias introduzidas pelo legislador com o fito de reduzir a criminalidade, tais como: criação de novos tipos penais, aumento de pena em relação a crimes já previstos no ordenamento, recrudescimento da força repressiva das agências penais estatais, etc.

Nesse sentido, é justamente complementando a crítica de Sánchez que Clécio Lemos aponta o seguinte:

[...] os altos índices de delinquência dos poderosos são estruturais de nossa organização política, de maneira que não se pode crer no uso do Estado (sistema penal) para minar o grupo que controla o próprio Estado. É uma promessa não factível, verdadeiramente irrealizável<sup>94</sup>.

Buscando sempre relacionar a referida premissa com o tema aqui proposto, nota-se que o escopo da Corte Especial, ao limitar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância foi evitar a impunidade de agentes que cometem crimes contra a Administração Pública, eis que esses invocavam a ínfima lesividade que suas condutas causaram ao erário como maneira de escapar da responsabilização penal à qual, via de regra, teriam de se sujeitar.

Entretanto, ao contrário do que era de se esperar, nem o decorrer do tempo, tampouco os insucessos contínuos resultantes dessas medidas não serviram de lição para demonstrar que de nada adianta a adoção dessas políticas senão para, no máximo, suprir em certo grau a vontade punitiva da sociedade, fator este de extrema subjetividade e que, por isso, sequer deveria ser

---

<sup>93</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 29.

<sup>94</sup> LEMOS, Clécio. Prefácio. In: SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de Colarinho Branco**: versão sem cortes Ed. Revan. 1. ed. 2016. Tradução Clécio Lemos. pp. 22-23.

apreciado para motivar a adoção e o recrudescimento de políticas punitivistas por parte da força repressiva estatal.

Ocorre que um aumento de delitos legalmente previstos ou de tempo de pena, por exemplo, jamais vai ser a solução pois nenhuma questão a que o direito penal se dispõe a resolver ocorre no âmbito da política criminal. Isso porque crimes são muitas vezes frutos de problemas de ordem social, tratados pela via incorreta.

Por não serem encarados como tais, as referidas problemáticas sociais se tornam alvo do Direito Penal que, por sua vez, se vê desconectado de seus princípios basilares tais como os da subsidiariedade e se torna a *prima* (ou até *sola*) *ratio* do ordenamento jurídico<sup>95</sup>. Confia-se nas medidas penalizadoras, portanto, para erradicar qualquer questão que perturbe a ordem institucional imposta pelo Estado.

No mesmo sentido, Carlos Eduardo Gonçalves:

É de se repelir a política adotada pelo legislador brasileiro, que vem inserindo no ordenamento jurídico medidas de natureza penal na tentativa de solucionar problemas sociais, atentando contra os princípios fundamentais do Direito Penal, em especial o da intervenção mínima ou *ultima ratio*<sup>96</sup>.

Além disso, a criminalidade econômica, especificamente, na maioria das vezes pode ser encarada a partir de uma perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, sem a necessidade de envolver privação à liberdade ou os demais efeitos estigmatizantes de uma condenação penal.

### 3.2 A seletividade inerente ao Direito Penal

Um dos argumentos a favor da edição da Súmula 599 pelo Superior Tribunal de Justiça aponta para o afastamento do Princípio da Insignificância como meio de se alcançar uma pretensa “democratização do sofrimento”. Sobre o referido termo, explica-se: frente à seletividade do Direito Penal, os setores sociais, sobretudo motivados por movimentos políticos de esquerda, entendem que a penalização da criminalidade denominada de colarinho branco

---

<sup>95</sup> KIND, Rauali. **Direito Penal Negativo: Limites à expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 63

<sup>96</sup> GONÇALVES, 2020, p. 78.

seria capaz de pôr fim à sensação de impunidade que leva grande parte da população a crer na impossibilidade de existir um sistema de justiça criminal justo e honesto.

Contudo, o objetivo pretendido pelo movimento denominado de “Esquerda Punitiva” não será concretizado pelo simples alargamento das hipóteses de criminalização ou de punição, estendidas para delitos ordinariamente cometidos por classes socioeconômicas mais favorecidas. Isso porque a seletividade do Direito Penal não é simplesmente uma consequência da impunidade de um grupo de criminosos, e sim parte fundante do sistema de justiça criminal, que por sua vez tem sua origem nas relações de poder que se desenham com base em uma desigual distribuição de bens.

Desse modo, o fenômeno de “democratização” pretendido só poderá ser atingido no plano formal. Mais grave ainda é o fato de que, na tentativa de impor um tratamento igualitário perante o judiciário, as práticas desiguais encabeçadas pelas agências repressivas do Estado serão acentuadas. A razão desta lógica perversa é bem simples e reside no seguinte fato: ainda que se aumentem as hipóteses de penalização, a arbitrariedade e o rigor da força repressiva sempre recairão nas classes mais baixas e historicamente estigmatizadas, cujos direitos estão mais suscetíveis a uma violação indiscriminada. Afinal, dificilmente possuem acesso garantido à justiça.

Na lição de Salo de Carvalho:

A ampliação do rol dos bens jurídicos e, em consequência, do sistema penal como instrumento de proteção, projeta a maximização dos aparatos de controle. Contudo importante perceber que, mesmo direcionando a repressão penal à ampla gama de condutas, permanecem praticamente inalterados os quadros de seletividade operados na criminalização secundária, adquirindo a pena, na atualidade, a função real de controle das massas inconvenientes e a simbólica de tutela dos novos interesses sociais<sup>97</sup>.

Logo, é possível afirmar que a lógica por trás da pretensa “democratização do sofrimento” também permite e abre caminhos para a diminuição de limites impostos à atuação da força político-repressiva do Estado perante todos os indivíduos. Daí a escolha do referido nome, rememorando não o atingimento da justiça em seu mais alto grau, e sim de um maior número de arbitrariedades, motivadas pelo anseio punitivista da sociedade.

---

<sup>97</sup> CARVALHO, 2015, p. 155.

Para melhor explicar os mecanismos seletivos que operam no sistema penal, é importante recorrer à Flauzina<sup>98</sup>:

As investigações apontam para a indisposição de propósitos e a impossibilidade material do sistema de gerir as práticas delituosas como um todo. Os estudiosos chegaram a essas conclusões graças à análise dos fenômenos da criminalidade de colarinho branco e da cifra oculta da criminalidade. Em relação à primeira variável, verificou-se que os delitos cometidos pelos indivíduos dos grupos hegemônicos têm uma tendência a serem imunizados, em oposição aos praticados pelos segmentos vulneráveis, que são facilmente atingidos pelo sistema penal.

Seguindo tal linha de raciocínio, Vera Andrade preconiza, igualmente, sobre o processo de criminalização:

A correção fundamental desta distribuição estatística e explicação etiológica da criminalidade é a de que a criminalidade, além de ser uma conduta majoritária, é ubíqua, ou seja, presente em todos os estratos sociais. O que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados. De modo que à minoria criminal da Criminologia positivista opõe-se a equação maioria criminal x minoria pobre regularmente criminalizada<sup>99</sup>.

A seletividade do Direito Penal, também considerada como oriunda do déficit entre os mecanismos de criminalização primária e secundária, deve ser entendida como base essencial para que se possa compreender a tese ora proposta.

De antemão, há de se partir da seguinte premissa: o Direito Penal é essencialmente seletivo, pois existe uma predefinição de quais pessoas serão punidas e quais bens jurídicos serão tutelados tanto pelo legislador, quanto por seu intérprete. Nessa perspectiva, podemos inferir que o sistema penal não foi concebido para atingir a todos os delitos e delinquentes, sob o risco de decretar sua própria falência<sup>100</sup>.

Tal afirmação prescinde até mesmo eventuais críticas sociais ou ideológicas sobre as motivações, pois pode ser aferida da simples comparação entre os agentes delituosos que são

---

<sup>98</sup> FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Brasília, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília. 2006, p. 23.

<sup>99</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 265.

<sup>100</sup> FLAUZINA, op. cit., p. 24

efetivamente perseguidos em razão do fato criminoso, e os que, a despeito de praticá-los, não o são.

Esse tom de fatalidade que se confere à seletividade no Sistema Penal é denunciado por Zaffaroni, que nos presenteia com a lição oriunda do seguinte entendimento:

A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem em uma sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é algo tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista de uma cifra oculta. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa.<sup>101</sup>

Ou seja, não seria sequer factível que se esperasse, por parte das agências policiais, um funcionamento apto a eliminar todas as práticas de tipos penais ocorridas na sociedade, sendo capaz não só de tomar ciência da ocorrência de todos em sua integralidade, como também de investigá-los com os elementos de prova disponíveis, sem que se excetuasse nenhuma responsabilização. À distância observada entre a criminalidade real e a criminalidade que se encontra registrada em termos oficiais dá-se o nome de “cifra oculta”.

Portanto, a patente impossibilidade de uma resposta repressiva do estado dar vazão à criminalidade que nele ocorre tem como primeiro efeito lógico a seletividade ou, dito de outra maneira, a impunidade daqueles que escapam do poder repressivo estatal.

Ainda a esse respeito, Ela Castilho, ao estudar o âmbito dos crimes contra o sistema financeiro nacional, faz importante pronunciamento:

“Nem todo crime cometido é registrado e é objeto de investigação policial; nem todo crime investigado é levado à apreciação judicial; nem toda ação penal é recebida pelos órgãos judiciais; e, quando recebida, nem sempre resulta em condenação. As estatísticas revelam apenas o que se chama de criminalidade legal, geralmente dos casos em que houve condenação. Ficam em segundo plano a criminalidade aparente (Polícia, Ministério Público, Judiciário etc.), mas que não chega à sentença final (em razão de comportamento da vítima, do agente, dos policiais etc.) e a criminalidade real, para as quais, volume e estrutura jamais são precisamente determinados”.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 43.

<sup>102</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 51-52.

Mister também o predecessor recorte para o âmbito de análise da criminalidade penal econômica, sobre o qual se torna necessário recorrer novamente à Zaffaroni, responsável por apresentar o conceito da "criminalização por falta de cobertura":

Em casos marcadamente mais raros, a criminalização abarca pessoas que seriam imunes ao poder punitivo, no entanto, em ocasiões tais que saíram perdedoras de “uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade”, o que é chamado de criminalização devida à falta de cobertura (...) e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário<sup>103</sup>.

Sendo assim, a criminalização por falta de cobertura nada mais é que não a manifestação, no âmbito dos crimes de colarinho branco, dos conceitos de vulnerabilidade e imunidade inicialmente propostos. Ou seja, a seletividade do Direito Penal também é notada quando, distantemente da discussão racial e socioeconômica, certos indivíduos se tornam a ser suscetíveis a punição, pois perderam a proteção política e econômica que ora detinham em razão de jogos e disputas de poder clássicos do meio em que se encontram.

Logo, patente reafirmar que a criminalização desta categoria social não se dá em razão de vulnerabilidade econômica, apenas de perdas relativas a disputas de poder, sendo certo que em momento nenhum podem esses agentes ter suas pautas confundidas com àqueles que se encontram reféns de processos de criminalização por se encontrarem imersos em vulnerabilidade de âmbito social.

Feitas todas as ressalvas pertinentes ao trabalho, importa, por derradeiro, atribuir aos mecanismos seletivos de criminalização certo grau de inevitabilidade. Isso porque, conforme rememorado no início da análise, não é sequer cabível que se espere das agências do controle social formal o pleno abarcamento da integralidade dos crimes.

Contudo, em detrimento desta acertada afirmação, o discurso que desvirtua essa impunidade e faz crer que ela não constitui essência a um sistema punitivo e sim consequência de uma tolerância ou amenidade da punição é muito mais notado na atualidade. Ainda, sua utilização é feita com fins políticos muito claros, eis que o combate à impunidade ou até mesmo à corrupção trata de nada menos do que de uma disputa de poder entre grupos políticos que se alternam no palanque.

---

<sup>103</sup> ZAFFARONI, op. cit., pp 48-50.



### 3.3 Constitucionalização do Direito Penal

De acordo com o que já foi exposto inicialmente, as teorias constitucionais do bem jurídico propunham a delimitação deste conceito com base em valores constitucionais, de modo que a tutela penal de determinado bem procederia do seu respaldo na ordem constitucional. O objetivo de tais estudiosos era estabelecer parâmetros aptos a limitar a função legiferante em matéria penal e o sucesso de sua linha de pensamento sobrevinha do fato de que, segundo eles, nenhum legislador possuiria o condão de desprezar ou impugnar qualquer componente do quadro axiológico constitucional.

Essas teorias, vigentes até o presente momento, buscam conciliar a restrição aos direitos fundamentais de um determinado agressor e o exercício da tutela protecionista estatal sobre bens jurídicos por ele lesionados. Isso significa dizer que a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destina a tutelar os valores presentes na Constituição.

Apesar de ser sugerida como promissora na contenção de excessos pelo aplicador da lei penal, muitas foram as críticas traçadas a essa linha de pensamento. Em que pese ter colocado o papel crítico-limitativo da Constituição no centro das teorias do bem jurídico, isso não foi suficiente para afastar a principal preocupação dos doutrinadores: a proibição de cometimento de excessos pelo legislador.

Logo, a relação da constitucionalização do bem jurídico – teoria mais aceita entre os doutrinadores contemporâneos – e a expansão do Direito Penal é a utilização de princípios informativos demasiadamente abrangentes para orientar a enumeração do rol de bens a serem penalmente tutelados. É o mesmo que afirmar que de amplos preceitos surgem crimes e possibilidades do Estado impor, legitimamente, sua força repressiva sobre os cidadãos.

Criticando essa perigosa relação, Ferrajoli denuncia:

Palavras como "lesão", "dano" e "bem jurídico" são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um "bem jurídico" e que sua lesão é um "dano" é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um "bem penal"

significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena<sup>104</sup>.

Adotando uma posição mais crítica, Luis Greco preconiza que em razão da impossibilidade de circunscrever em termos concretos o conceito de bens jurídicos supraindividuais e de conteúdo imaterial, os mesmos não poderiam ser abarcados na lei penal. Nesse sentido, preleciona:

(...) apenas os bens jurídicos individuais são de pronto legitimáveis; bens jurídicos supraindividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (...). E no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*.<sup>105</sup>

Esse entendimento poderia, então, ser aplicado no caso da expressão “moral administrativa” pois sequer encontra-se positivada na Constituição, de tal forma que o operador da lei carece de qualquer fundamento para decidir quando o referido bem está diante de uma situação na qual foi ou está em vias de sofrer uma lesão.

Quanto à redação da Súmula que guia toda a análise proposta neste estudo, salienta-se que nem mesmo o Tribunal Superior se preocupou em definir o termo “moral administrativa”, embora central ao entendimento que visava consolidar na jurisprudência. Igualmente, também não socorre da doutrina jurídica para delimitar tal conceito, o que acarreta no reconhecimento de diferentes acepções, tais como:

André Tavares Ramos afirma que o conceito “é perceptivelmente vago, abstrato, merecendo ser, em cada caso concreto, elucidado à luz das disposições constitucionais e da busca da ética pública”<sup>106</sup>. Odete Medauar chega a dizer que “o princípio da moralidade administrativa é de difícil expressão verbal”, surgindo no “enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada”<sup>107</sup> e sendo, muitas vezes, ligado à lisura, exação e fins de interesse público<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 374.

<sup>105</sup> GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

<sup>106</sup> **Curso de Direito Constitucional**, 11.<sup>a</sup> ed., São Paulo, ed. Saraiva, 2013, p. 1.061.

<sup>107</sup> **Direito Administrativo Moderno**, 17<sup>a</sup> ed., RT, São Paulo, 2013, p. 142

<sup>108</sup> FRAGOSO, Cristiano Falk. O desacerto da súmula 599 do STJ. **JOTA**, 2021. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-desacerto-da-sumula-599-do-stj-27082021#:~:text=Os%20crimes%20contra%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o,jur%C3%ADdicas%20relativas%20as%20esses%20crimes>>. Acesso em: 20, jun. 2022.

Ou seja, não havendo consenso doutrinário acerca do conceito, tampouco substrato legal para pacificar essa questão, a finalidade delimitadora da aplicação da teoria constitucional se perde. Assim, o bem jurídico cede sua capacidade de impor balizas às arbitrariedades estatais e dá lugar a um poder de legitimação direcionado a qualquer criminalização que se pretenda introduzir, sob o fundamento da necessidade da tutela penal.

## CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, pretendeu-se abordar de forma crítica a Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça, que versa sobre a inaplicabilidade do Princípio da Insignificância nos crimes contra a Administração Pública e utiliza como fundamento para tal a relevância do bem jurídico-penal moral administrativa.

O pressuposto inicial que motivou essa abordagem foi o entendimento de que há algo de muito perigoso em se admitir que essa expressão, de tamanha abrangência, seja dotada de uma ingerência tão significativa em procedimentos criminais, os quais, por sua vez, sempre foram capazes de determinar o futuro daquele que se encontra na posição de acusado, suscetível à privação de sua liberdade e aos demais efeitos estigmatizantes de uma condenação.

Para investigar o motivo dessa atribuição exacerbada de importância ou supervalorização, empreendeu-se em uma busca a respeito do conceito, da função e da importância do bem jurídico-penal. Isso porque não haveria como questionar a inserção da moral administrativa no rol de bens merecedores de uma tutela penal sem antes compreender quais são os critérios para que isso seja feito.

Ao estudar a função do bem jurídico-penal, foi revelado que este não cumpre somente o papel mais evidente, ou seja, o de orientador de tipificações, como também é dotado de uma função limitadora da intervenção penal. Neste ponto, não se pode deixar de apontar uma certa incompatibilidade entre o teor da Súmula examinada e o aspecto restritivo do instituto. Isto é, enquanto a figura de bem jurídico-penal é utilizada para aumentar o rigor punitivo, a mesma detém capacidade de produzir efeito completamente inverso e resguardar a atividade do legislador em matéria penal.

Ainda como forma de questionar a justificativa e a eficácia da Súmula, foi feita breve exposição a respeito dos princípios que também servem para limitar e orientar a atividade legislativa, dentre os quais está justamente o Princípio da Insignificância, vedado em determinados casos de acordo com o entendimento fixado pela Corte Especial.

Igualmente, empreendeu-se em contraposição entre a Administração Pública como objeto de tutela e as noções que orientam um Direito Penal Mínimo. Em tal oportunidade, houve uma

tentativa de desvendar o que motivaria o legislador penal na decisão de inserir determinados bens como merecedores da tutela penal em detrimento de outros. O resultado obtido serviu para a compreensão do motivo pelo qual o Estado, preocupado com a manutenção da ordem social e de suas instituições, não têm interesse em instaurar um Sistema Criminal fundado na mínima intervenção.

Feito esse resgate conceitual e a breve apresentação de ideias, o trabalho tomou um rumo mais crítico-investigativo, eis que se comprometeu a responder sobre a possibilidade do Direito Penal reconhecer uma supervalorização no bem jurídico-penal moral administrativa de tal forma que este seria capaz de afastar um princípio geral do direito.

Para tal, primeiro foi analisada a motivação dessa excessiva atribuição de importância, com o exame de fenômenos como a Administrativização do Direito Penal e o movimento intitulado político denominado de Esquerda Punitiva, bem como suas respectivas consequências na legislação penal.

Logo após, examinou-se o potencial que a Súmula hipoteticamente guardaria na prevenção e contenção deste bloco de crimes, o que se deu a partir de duas pretensões: erradicar a seletividade do sistema penal e prevenir ou ao menos reduzir o grau de incidência dos referidos delitos.

Para ambos os critérios foram obtidos resultados negativos, apontando para a impraticabilidade de enxergar na moral administrativa a relevância atribuída pela Súmula. Mais importante ainda foi a constatação, a partir de toda a revisão literária empreendida, de que o referido bem jurídico jamais deveria ter sido inserido no âmbito da tutela penal. Foi justamente o reconhecimento dessa constatação que motivou a eleição do tema aqui abordado.

Como discutido ao longo do trabalho, no âmbito da sociedade pós-moderna, onde a grande mídia ocupa papel central na modulação de opiniões e valores comuns e onde o intervencionismo estatal em setores como a economia representam assuntos cada vez mais caros, o tema aqui trazido apresenta especial relevância. Isso porque o direito penal, dentre outros diversos aspectos, também pode ser entendido como um instrumento que legitima a eleição de determinados inimigos sociais.

Nesse sentido, estando a temática dos delitos contra o Estado atualmente em voga, os meios de comunicação se aproveitam de casos judiciais ou até mesmo de procedimentos investigatórios em curso, principalmente aqueles de maior repercussão por envolver figuras políticas ou semelhantes de notório reconhecimento, para compor a referida classe de inimigos. Utilizam-se do fenômeno já exposto que acende na população um clamor desenfreado pela responsabilização penal – e, diga-se de passagem, de extremo rigor e com eventuais supressões de garantias – de uma classe criminosa que historicamente se manteve imune à aplicação da lei e a eventuais condenações. Com base nisso, o Estado reforça o comportamento já adotado e, fígado em uma cadeia infinita de causa e efeito, orienta a força repressiva estatal aos acusados ou investigados que atendem ao referido perfil.

É nesse cenário que os crimes contra a Administração Pública assumem papel de destaque e, por sua vez, é essa relevância que orientou, dentre outras medidas, a edição da Súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça, ilustrativa de nada mais senão de um aumento do rigor punitivo direcionado à uma capitulação específica de delitos.

Como resultado da presente pesquisa, verificou-se que a identificação da moral administrativa como bem jurídico a ser penalmente tutelado na seara dos crimes contra a Administração Pública não é justificável, tampouco se mostra eficaz. Logo, a defesa do referido valor jamais poderia ser aceita como justificativa hábil a submeter qualquer acusado ao afastamento impositivo de um princípio basilar do Direito Penal, especialmente quando da sua aplicação, o fato praticado deixa de ser considerado criminoso.

Importante fazer a seguinte ressalva: a conclusão a que se chegou aqui não representa uma negativa ou diminuição de importância da moral administrativa, uma vez que esta merece de fato a tutela estatal.

Contudo, há formas mais adequadas de fazê-la, como por exemplo, resguardando o referido bem jurídico ao âmbito estritamente civil ou administrativo. Afinal, deve-se sempre lembrar que o direito penal se orienta pelo Princípio da Subsidiariedade, tendo em vista que da sua aplicação surgem consequências muitas vezes irreversíveis e danosas, como uma condenação descabida, por exemplo.

Dito isso, conclui-se inexistir base teórica, empiricamente comprovada, que sirva para defender a manutenção de institutos de natureza penal em leis que tratam de violações a deveres e funções do Estado e que, portanto, jamais deveriam recorrer à sua função punitiva, limitando-se à atuação, quando necessário, na seara estritamente administrativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 250 p.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 2016. 243f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 599*. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula\\_599\\_2017\\_CEL.p](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_599_2017_CEL.p)>. Acesso em: 14, jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 84.412-0/SP*. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 19 de outubro de 2004, DJe 19/11/2004. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2211505>>. Acesso em: 04, jun. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 256p.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 69 p.

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

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco Mundial: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. 202 p. 202. Tradução Sebastião Nascimento.

BELL, Daniel. Introdução. In: \_\_\_\_\_. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial: uma tentativa de previsão social**. São Paulo: Cultrix, 1977. p. 15- 62.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4: Crimes contra a Dignidade Sexual até Crimes contra a Fé Pública**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1134 p.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 409 p.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 352 p.



DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 372 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradução Sebastião Nascimento. 766 p.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. 2066. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **Os Crimes Econômicos sob a ordem do Direito Penal Constitucional**. Belo Horizonte: D 'Plácido, 2020, 206p.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 464 p.

GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, 288 p.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 105. Disponível em: <<https://issuu.com/ultimosensalir/docs/hassemer>>. Acesso em: 05, Jun. 2022.

KARAM, Maria Luzia. **A Esquerda Punitiva**. Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro nº 1, ano 1, 1996. 15 p.

LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal**. Porto Alegre: Nubria Fabris, 2012, 126 p.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. 162p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 236 p. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000. 470 p. (Monografias, 15).

SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de Colarinho Branco: versão sem cortes** Ed. Revan. 1. ed. 2016. Tradução Clécio Lemos. 416 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 403 p.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 – Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 766 p.