

ARTICULAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL DE FATO E O DIREITO PENAL DE AUTOR: A CARÊNCIA DE CRITÉRIOS NO TRATO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

Airto Chaves Junior¹

Roberta Werner Pinto²

Resumo: O presente artigo tem por objeto o estudo da latente desorientação político-criminal acampada pelos Tribunais Superiores do Brasil no trato do Princípio da Intervenção Mínima. O **objetivo geral** é demonstrar que as balizas de que se valem essas Cortes na abordagem do Minimalismo Penal não condizem com as ideias fundantes do referido Princípio, o que ocorre, especialmente, quando se verificam características pessoais do agente delitivo para determinar a (in)existência do fato criminoso. Os **objetivos específicos** são: a) tratar dos requisitos para a incidência do Princípio da Intervenção Mínima a partir da concepção funcionalista de Claus Roxin; b) apresentar a carência de referência dogmática sobre o tema no STJ e o STF; c) demonstrar que a tipicidade penal de uma conduta não pode ser verificada levando-se em conta características pessoais do agente, pois isso revela a adoção de uma política-criminal amparada no Direito Penal de Autor. Assim, tem como **problema de pesquisa** o seguinte questionamento: os vetores interpretativos de que se valem os Tribunais Superiores do Brasil para o reconhecimento da atipicidade material da conduta em razão da mínima lesão ao bem jurídico encontram amparo dogmático no Princípio da Intervenção Mínima? **Justifica-se** a pesquisa na medida em que a intervenção penal deve ser reservada e mínima em face das circunstâncias, jamais vinculada a critérios ou vetores objetivos relacionados ao autor do fato sob análise. Quanto à **metodologia**, a fase de investigação denota a utilização do método indutivo e empírico.

Palavras-chave: Princípio da Intervenção Mínima; Bem Jurídico Penal; Direito Penal de Fato; Direito Penal de Autor; Tribunais Superiores do Brasil.

Abstract: The present article aims at the study of the latent political-criminal disorientation camped out by the Superior Courts of Brazil in the treatment of the Minimum Intervention Principle. The general objective is to demonstrate that the ways used by these Courts in the approach to the Criminal Minimalism do not match the founding ideas of said principle, which occurs especially when personal characteristics of the delinquent to determine the (in)existence of the criminal fact. The specific objectives are: a) to address the requirements for the incidence of the Minimum Intervention Principle from the functionalist conception of Claus Roxin; b) to

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; *Doctor em Derecho de la Universidad* de Alicante/Espanha; Professor titular do Curso de Graduação em Direito da Univali nas disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina (AMATRA 12); Advogado Criminalista e Sócio do Escritório “Chaves Jr. Advocacia Criminal”, com sede em Itajaí/SC. Endereço eletrônico: airto@chavesjrcriminal.com.br

² Acadêmica da Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, cursando o 9º período. Bolsista do Programa Bolsa Artigo 170 da Constituição Estadual - UNIEDU. Endereço eletrônico: robertawpinto@hotmail.com

present the lack of dogmatic reference on the subject in the STJ and STF; c) to demonstrate that the criminal nature of a conduct can not be verified taking into account the personal characteristics of the agent as this reveals the adoption of a criminal policy based on Criminal Law. Thus, the research question is: do the interpretative vectors used by the Superior Courts of Brazil for the recognition of the atypical material of the conduct due to the minimal damage to the legal good find dogmatic support in the Minimum Intervention Principle? The research is justified since the criminal intervention must be reserved and minimal in face of the circumstances, never linked to objective criteria or vectors related to the author of the fact under analysis. As for the methodology, the research phase denotes the use of the inductive and empirical method.

Keywords: Principle of Minimum Intervention; Good Legal Juridical; Criminal Law of Fact; Author's Criminal Law; Superior Courts of Brazil.

Introdução

A realização dos valores constitucionais³ incumbe, antes de tudo, ao legislador. Num segundo momento, a concretude dessas garantias perpassa pelo Poder Executivo e, somente em último caso, a responsabilidade para que sejam efetivados esses direitos recai sobre o Poder Judiciário. Conforme Ferrajoli⁴, há uma sujeição de todos os poderes às garantias para os direitos de todos. Isso se dá mediante vínculos legais e controles jurisdicionais capazes de impedir a formação de poderes absolutos, sejam eles públicos ou privados. A lesão à concretização ou à negação desses valores previstos constitucionalmente, em qualquer dessas três esferas, lembra Bonavides⁵, “é a ofensa das ofensas”; significa decretar a queda da Lei Maior ou desferir um silencioso golpe de estado nos fundamentos da democracia.⁶ Diante disso,

³ Cabe aqui anotar a diferença entre “valor” e “princípio”. Adota-se, para tanto, a lição de Robert Alexy: “A diferença entre valores e princípios é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita em favor do modelo de princípios.” In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 63.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional; por uma Nova Hermenêutica/ por uma repolitização da legitimidade. Malheiros: São Paulo, p. 130.

⁶ É bem verdade que existe uma série de normas de direitos fundamentais que têm por destinatário (obrigado) apenas o poder público. Há, por outro lado, outras tantas em que a vinculação direta é dos particulares, o que é expressamente prevista pelo dispositivo (texto) constitucional. Para além das hipóteses nas quais o poder público é o único destinatário direto, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais vinculam sempre (ao menos também) os particulares, ainda que se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da

respeitar e cumprir os mandamentos constitucionais é, num primeiro momento, o caminho para construção de uma sociedade realmente democrática.

Por isso, a intervenção penal deve guardar respeito, também, a esses critérios, tanto no plano abstrato de controle (criação de tipos penais, aumento das penas de normas penais incriminadoras já previstas, etc.) quanto no plano concreto, aqui, pela via da interpretação da norma penal na atuação dos agentes que operam na aplicação da norma. A intervenção penal, desse modo, resta condicionada a observância de toda a carga principiológica que informa o modelo de Estado Democrático de Direito. A dogmática penal é, portanto, condicionada a carga valorativa que orienta a democracia.

A presente pesquisa objetiva verificar se o Poder Judiciário do Estado Brasileiro⁷ leva em conta os parâmetros principiológicos que orientam a Intervenção Mínima em matéria penal.

É que, nos Tribunais Superiores, sedimentou-se a orientação de que o Direito Penal não deve intervir quando se estiver diante dos seguintes critérios objetivos, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ocorre, entretanto, que essas “balizas” de que se vale a jurisprudência na abordagem do Minimalismo Penal não respeitam as ideias fundantes do Princípio da Intervenção Mínima, o que incide, especialmente, quando se verificam aspectos relativos à pessoa do réu para determinar-se a (in)existência do fato criminoso.

Por conta disso, revelam-se reflexos de um Direito Penal de Autor, vez que, segundo esses Tribunais, a intervenção penal depende da pessoa do agente para se resolver pela tipicidade ou atipicidade da conduta perpetrada. Afasta-se, pois, a análise da suposta lesão real ao bem jurídico penalmente tutelado em razão de atributos pessoais do agente.

Quanto à metodologia, emprega-se o método indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica e empírico, tendo em vista a pesquisa de precedentes dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

1) O bem jurídico penal

vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 139).

⁷ O referente de análise é realizado sob a ótica das Decisões Penais dos Tribunais Superiores (STJ e STF).

Costuma-se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal está situado no injusto, isto é, no tipo de antijuridicidade. Porém, apenas essa constatação formal não basta. No fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, subsiste a proteção de um bem jurídico como objeto concretamente apreensível. A conduta proibida, assim, deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal.⁸

Deve-se, assim, partir do pressuposto de que o Direito Penal se vale de uma série de técnicas de regulamentação, as quais visam atingir a meta da proteção de bens jurídicos por meio de uma cuidadosa distribuição de deveres e competências. Ou seja, não apenas o autor do injusto, mas também a vítima (quando possível), o juiz e o legislador devem prestar contribuições para realizar o fim proposto pelo sistema. É necessário introduzir esse método de persecução de fins na divisão do trabalho também na teoria do bem jurídico-penal do injusto.⁹

Bernd Shünemann¹⁰ registra que a ideia central da limitação de caracterização do injusto penal deriva do conceito de contrato social, tal como foi imposta há cerca de 250 anos. Com o passar do tempo, essa ideia inicial ganhou contornos diversos, de modo que as voltas do "dano social" na filosofia jurídico-penal de Beccaria e Hommel, de "lesão de direito" em Feuerbach e de "bem" ou "bem jurídico" em Birbaun e Liszt não se incorporaram em raciocínios idênticos, porém, são caracterizados por uma base comum, cujas diferenças, conforme Shünemann¹¹, foram muito acentuadas com a profunda investigação que servem de modelo até os dias atuais.

⁸ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e comunicação de penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Número especial de lançamento, 1992, p. 78-79.

⁹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 07-08.

¹⁰ SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 206.

¹¹ Beccaria reconheceu expressamente como terceira categoria de crimes aqueles que são contrários ao que cada um está obrigado a fazer ou não fazer em atenção ao bem público, definindo esse bem público como a tranquilidade pública e paz. No que diz respeito a Feuerbach, embora em sua filosofia de direito penal e, em princípio, também no Código Penal bávaro de 1813, elaborado, encontramos a restrição do direito penal ao comprometimento dos direitos subjetivos do indivíduo. Finalmente, no que diz respeito à própria posição de Birbaun sobre a limitação do direito penal, a avaliação de Amelung citada acima de um "conceito que abrange a extensão do poder coercivo do Estado à manutenção da moralidade" é muito exagerada. Birbaun busca o "conceito jurídico natural de crime" ou o "conceito de crime natural", e por isso entende aquele que "de acordo com a natureza do direito penal pode ser racionalmente considerado digno de punição na sociedade civil". (...) No momento de conceituar os bens, parte sempre que em parte são dados dos homens provenientes da natureza e em parte são produtos da evolução social, e diferencia com bastante precisão os delitos contra bens individuais daqueles contra bens coletivos. Ver: SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de

A partir do primeiro terço dos 250 anos de história da moderna teoria jurídico-penal, (a qual começa com Beccaria e termina com Birbaun), verificam-se respostas não idênticas, porém, pouco divergentes para no que concerne a Teoria do Bem Jurídico: a) por meio de considerações jusracionalistas - diretamente da figura do contrato social ou apoiadas de forma historicamente menos rígida - é possível desenvolver um conceito de crime, que não está disponível para o legislador, e que se define pelo “dano social causado aos bens naturais ou aos bens sociais dos membros da sociedade (...), e é imprescindível que esta infração afete um bem necessário para todos e que deve ser preservado”¹²; b) passa-se a sustentar a ideia orientadora de que o Estado deve garantir a possibilidade de desenvolvimento do indivíduo, fornecendo algumas coordenadas do que o Estado pode proteger através do direito penal e aquilo que o Estado não pode¹³.¹⁴

Por isso, a Teoria do Bem Jurídico desempenha um papel central no Direito Penal do mundo ocidental, tanto Europeu quanto brasileiro, pois o Brasil é tributário, especialmente, da dogmática penal alemã. E essa centralidade pode ser diagnosticada a partir do clássico preceito formulado por Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde: “o bem jurídico é o critério central para determinar corretamente o merecimento de pena que, para salvaguardar, de algum

abalorios dogmático? Tradução de Rafael Alcácer, María Martin e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 203-204.

¹² SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Tradução de Rafael Alcácer, María Martin e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 207.

¹³ Sobre aquilo que não pode ser protegido pelo Estado através do Direito Penal, lembra Claus Roxin que “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico”. Assim, os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. Os tipos penais que sancionam formas de comportamento sob a condição de que sejam “idôneas” para “perturbar a paz pública”, por exemplo, não descrevem suficientemente um bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21/25).

¹⁴ Em primeiro lugar, os bens que o indivíduo precisa para o seu desenvolvimento, mas não os bens usurpados à custa do desenvolvimento de outros; e, mais tarde, os bens compartilhados por todos os indivíduos que são necessários para uma vida próspera em comum. (...) Ao mesmo tempo, com o conceito de dano ou de bem, tem-se que não pode ser objeto de proteção criminal qualquer interesse, e sim somente aquele interesse imprescindível para a vida próspera em comum, de modo que os meros retrocessos que se deslocam sobre o indivíduo ou a mera imperfeição de uma organização social, não são suficientes para justificar uso ao direito penal (Conforme: SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martin e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 208).

modo, os direitos das diferentes partes que intervêm no conflito penal, deve ser complementado com outros critérios, como a danosidade social, a subsidiariedade, a tolerância, etc.”¹⁵.

É bem verdade que os demais ramos do Direito também comportam essa finalidade, ou seja, também são concebidos para proteger os direitos legais e assim, pode-se dizer que o Direito Penal intervém em conjunto com muitas outras instituições sociais. A sua diferença, porém, está na maneira de como ele realiza especificamente essa tarefa protetora quando trata das infrações normativas mais graves, sobretudo, porque a sua proteção tem como parâmetro a conduta desviante, o que caracteriza o Direito Penal.¹⁶

Mas, afinal, o que pode ser considerado “Bem Jurídico”? Estudo realizado por José L. González Cussac, Paulo Cesar Busato e Rodrigo L. F. Cabral¹⁷ traça as principais noções de Bem Jurídico tratadas pela doutrina penal ao longo do tempo.

Em primeiro lugar, fala-se de uma **concepção formal**, a qual entendia que o Bem Jurídico era desprovido de qualquer significação material. Conforme essa orientação, a lesão ocorreria com a pura desobediência às prescrições legais e, assim, identificava-se com a finalidade contida na própria norma.

Mais tarde, passa-se a cuidar de uma **concepção material** do Bem Jurídico Penal. Essa orientação se encontra alinhada as ideias de direito subjetivo, interesse, valor, etc.¹⁸, os quais,

¹⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 113-114. Conforme os autores, até mesmo os teóricos de orientação doutrinária que sustentam que a missão do Direito Penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas no fortalecimento dos valores ético-sociais e do sistema normativo precisam admitir, também, o critério do bem jurídico, pois o Direito Penal só pode perseguir aquelas metas dentro dos limites traçados pela Constituição e pela ideia do Estado de Direito. Nem a proteção dos valores ético-sociais da ação, nem o fortalecimento do reconhecimento normativo, nem, também, a proteção dos direitos legais, podem ser aceitos além do direito penal e do princípio da proporcionalidade. Assim, seja qual for a missão ou propósito do direito penal, sempre será limitado pela ideia do Estado de Direito (Obra citada, p. 114).

¹⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 116.

¹⁷ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 221-222.

¹⁸ A compreensão da categoria “bem jurídico penal” é melhor realizada a partir da teoria do tipo. Assim, poder-se-ia definir a expressão como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. Porém, sabe-se que toda definição, peca por tautologia se prescindir-se de sua explicação. Costuma-se, por exemplo, dizer que os bens jurídicos são, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública, etc. Na verdade, “embora não seja incorreto afirmar que a honra seja um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim o direito a dispor da própria honra, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais”. Ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

em grande medida, relacionam-se com a ideia de repercussão social e, a partir dela, de dano ou aquilo que se compreende por *lesividade social*.

Atualmente, os parâmetros dessas duas orientações são distinguidos a partir de novas formulações. Com relação à primeira, pode-se falar em concepções teleológico-formais que, originárias no interior da corrente *funcionalista* (estratégica), contemplam a norma e as categorias da teoria do delito (o bem jurídico, inclusive) a partir de suas consequências, ou seja, da pena¹⁹: o objetivo aqui seria, assim, assegurar as expectativas normativas pelo que, o conceito é desprovido de qualquer função de tutela.

Em sentido contrário, as novas formulações materiais são elaboradas a partir da perspectiva do Estado Social de Direito. Busca-se, neste contexto, recuperar a função limitadora do Bem Jurídico conectando-o às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (teleológico-material) e com as finalidades consagradas na Constituição (teses constitucionalistas).²⁰ Desse modo, conforme os mencionados autores²¹, um conceito

¹⁹ Juarez Tavares explica que essa primeira perspectiva toma, simplesmente, a norma como instrumento de proteção imediata do interesse. Assim, ao se adotar essa orientação, a norma seria concebida como a forma estatal de manutenção e proteção de interesses sociais relevantes ou dominantes (ninguém nega que o direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles). Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto (Conforme: TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254).

²⁰ Neste passo, quando se sustenta que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico. Quanto a esse conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse. O conceito político-criminal de bem jurídico seria, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional. Ver: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

²¹ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 212. Na mesma obra, os autores conceituam “Bem Jurídico” como “o primeiro momento em todo processo de sua justificação da intervenção estatal. É um requisito necessário, mas não suficiente para a legitimação constitucional da intervenção penal sobre a liberdade geral dos cidadãos (...). É todo valor, interesse ou direito digno, necessário e suscetível de proteção e cuja existência ou tutela não esteja proscribita constitucionalmente. (...) Em termos de justificação: a necessidade de tutela de um bem jurídico legitima a punição e transforma-se em um critério essencial na aplicação dos tipos penais.” (Obra citada, p. 217). Importa registrar, porém, que eles renunciam as concepções dogmáticas tradicionais (e dominantes) segundo a qual o bem jurídico desempenha uma função nuclear ao constituir o conceito que outorgaria especificamente cada delito com a combinação com a categoria “injusto penal”. Para eles, o que fundamenta a especificidade de cada delito não é o bem jurídico, mas a ação típica que o lesiona. Nesta perspectiva de análise, “ação típica” e “bem jurídico” são noções inseparáveis (Obra já mencionada, p. 218).

pedagógico de Bem Jurídico pode ser definido como “todo valor da vida humana (*bem*) protegido pelo Direito (*jurídico*)”²².

São, portanto, circunstâncias reais a partir das quais se busca promover uma vida segura e livre, que garanta os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.²³ Por isso, Claus Roxin²⁴ defende um conceito de bem jurídico limitador à legislação penal, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Por isso, promove severas críticas ao *conceito metódico* de bem jurídico (fundado na concepção formal anteriormente explanada), segundo o qual como bem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*.

Problema é que, apesar de pedagógico, referido conceito é bastante vago, o que permite que tenha sido ele utilizado pela doutrina como suporte argumentativo para explicar o porquê de certas incriminações, mas a partir do pressuposto puramente formal de que a norma penal teria como escopo sua proteção e, admitindo, assim, sua legitimidade. Não parece esta a melhor orientação, especialmente porque o discurso de proteção do bem jurídico é sempre uma oportunidade incriminadora e, assim, poder-se-iam tipificar condutas que lesam bem jurídicos ilegítimos (abstratamente) e, no âmbito concreto, punir comportamentos inócuos, sem qualquer correspondência efetiva com questões da vida social. Por isso, “ao invés de ser tratado como objeto de proteção, deve assumir a posição de objeto de referência necessária da incriminação”²⁵, em que a sua função essencial deve estar situada na “capacidade que mostra de se afirmar como o critério de determinação de um direito penal que não pode ser aleatório, que assume pela primeira vez de forma racional a sua legitimação”²⁶.

Isso implica exigir, em qualquer processo de incriminação, a demonstração de que a conduta tenha lesado ou posto em perigo o respectivo bem jurídico (*princípio da lesividade*).

²² Em Direito Penal, o Bem Jurídico pode ter natureza individual/pessoal (vida humana, patrimônio, incolumidade física, honra, etc.) ou coletivo/supraindividual (patrimônio histórico, meio ambiente, etc.).

²³ Essa segunda orientação subordina a norma a um processo de avaliação. A partir dessa perspectiva, a norma jurídica, em todas as suas fases, estaria submetida a um processo de verificação de legitimidade e validade, de modo que o interesse só pudesse nela se inserir na forma de valor jurídico, cuja lesão ou perigo de lesão condicionaria a intervenção estatal (Ver: TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254-255).

²⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

²⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254.

²⁶ PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos**. Portugal: Coimbra Editora, 2003, p. 309-310.

De tal forma, o princípio da lesividade constitui uma manifestação do princípio da estrita legalidade penal, pois a norma é a única que pode fixar o valor a ser tutelado (ou seja, o bem jurídico penalmente protegido).²⁷ Caso contrário, ou seja, “caso a incriminação não possa ter como objeto de referência a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, é ela invadida por não representar essa norma um instrumento adequado do processo de comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito”²⁸. Daí a importância da submissão ao Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos formulado por Claus Roxin²⁹, pois serve ele como linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um delito de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito. Mas, a partir desse modelo dogmático, três observações são necessárias.

A primeira delas, é que, pela via do Princípio da Intervenção Mínima e da elaboração de um conceito de Bem Jurídico, apresenta-se uma série de peculiaridades que convertem o Direito Penal num mecanismo de proteção jurídica autônoma, e até certo ponto, independentemente de outros ramos do Direito. No entanto, “não existe uma obrigação para o legislador sancionar penalmente toda conduta que lesione um bem jurídico, e nem o Direito Penal é a única forma de proteção de bens jurídicos, sejam ou não direitos fundamentais”³⁰ (*critério da fragmentariedade*³¹).

²⁷ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 213.

²⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254.

²⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Nuevo Derecho Penal Español**. Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 2011, p. 563.

³¹ Conforme Paulo Cesar Busato, a identificação do bem jurídico como referência da dimensão material do injusto penal constitui um limite à atividade repressora do Estado. Por isso, não são todos os bens jurídicos que recebem a proteção penal, senão somente aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade. Toda norma penal deve ter em sua estrutura de base um bem jurídico. No entanto, esse bem deve ser essencial para o desenvolvimento humano em sociedade, o que se alinha com o reconhecimento de que todo bem jurídico penal deve ser compatível com um Estado Social e Democrático de Direito. O caráter *fragmentário* do Direito Penal faz com que o Estado retire do ordenamento pelo meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem não é respaldada em um consenso social sobre sua imprescindibilidade. Francisco Muñoz Conde sustenta que a fragmentariedade do Direito Penal aparece em uma tripla forma: a) defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade; b) tipificando só uma parte de que nos demais ramos do ordenamento jurídico estima como ilícito; e, c) deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais. Resumidamente, essa seleção de bens jurídicos, os seus níveis de gravidade de ataque e a exclusão das condutas meramente imorais é denominada fragmentariedade. A fragmentariedade é, assim, uma característica do Princípio da Intervenção Mínima. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013, p. 56-59.

A segunda observação sugere que a proteção de bens jurídicos não significa, necessariamente, proteção através do Direito Penal. Conforme lembra Claus Roxin, “os bens jurídicos não são somente protegidos pelo Direito penal, mas sim, também, por ele”.

Em terceiro lugar, as condutas tipificadas penalmente que podem lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos relevantes (princípio da legalidade penal) devem respeitar o caráter de *ultima ratio* que, dentro do ordenamento jurídico, tem o Direito Penal como último recurso de intervenção (*critério da subsidiariedade*³²).

É bem verdade que a afirmação de que o Direito Penal deva funcionar como último meio de intervenção de controle pouco contribui para o exercício desse mesmo controle, já que não se fornece, concretamente, parâmetros substanciais que legitimam determinada punição. Isso se deve, especialmente, ao fato de que não existe um conceito unitário de Bem Jurídico e, assim, não é possível definir bem jurídico como se fosse um tipo de objeto. Por conseguinte, esse conceito deve ser “concebido *procedimentalmente*, em termos de justificação,

³² Guilherme Merolli explica que o desrespeito ao caráter subsidiário do direito penal gera um pernicioso fenômeno denominado de "hipertrofia penal" (também conhecido como "inflação legislativa", "esquizofrenia legislativa" ou "crescimento patológico do direito penal") - fenômeno este que não está livre e isento de críticas. Isto porque a hipertrofia penal representa a cristalização da ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para dos os males. Ora, mediante a sua deflagração, detecta-se a volúpia do legislador em querer resolver simplesmente tudo pela via criminal. Nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* da política social do legislador e se transforma, subitamente, na *prima ratio* ou, então, na *sola ratio* de solução dos conflitos sociais - em franca oposição, portanto, à concepção do Direito Penal enquanto um instrumento subsidiário de controle social. Conforme: MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21; neste passo, existem situações em que a intervenção do Estado pela via do Direito Penal não teria sentido: não se pode, por exemplo, falar em necessidade de intervenção penal para se cobrar a dívida decorrente da inadimplência de aluguel quando as medidas cíveis de despejo se provam mais eficientes e menos custosas. Isso não implica negar ao patrimônio a condição de bem jurídico essencial do indivíduo, mas reconhece a hipótese como um “ataque menos grave” a esse bem. Assim, pleitear a não intervenção penal em determinados casos não significa pugnar pela ausência completa de intervenção do Direito ou a desnecessidade de intervenção estatal, ou ainda, a irrelevância completa do fato em si, como frequentemente se pensa. Ver: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 60-61; a necessária proteção do Bem Jurídico pela via penal pode, então, ser explicada nos seguintes termos: o legislador encontra-se diante do ente "vida humana" e tem interesse em tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este interesse jurídico em tutelar o ente "vida humana" deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta "como tutelá-lo?", a única resposta é: "proibindo matar". Esta é a norma proibitiva "não matará". Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições constitucionais, civis (art. 948 do CC/2002) etc. Sem embargo, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de lesão ao bem. É aí, então, quando o legislador elabora o tipo penal que o bem jurídico “vida humana” passa a ser um bem jurídico-penalmente tutelado (art. 121 do CP). Conforme: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 397.

argumentação ou discussão. Neste sentido, bem jurídico será todo aquele cuja tutela legítima a punição”³³.

Assim, a análise de critérios da *lesividade*, *subsidiariedade* e da *fragmentariedade* pressupõe o respeito a uma escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil. Para tanto, deve-se, necessariamente, observar a fixação prévia de certas diretrizes que deverão ser levadas em conta em dois níveis de ponderação: I. pelo **legislador** (durante o processo de seleção das condutas penalmente relevantes); II. pelo **aplicador do Direito** na valoração do comportamento que, formalmente, teria violado o bem jurídico selecionado no âmbito abstrato.

Com relação à proteção do Bem Jurídico no campo abstrato (realizada no âmbito do poder legislativo), Guilherme Guedes Raposo³⁴ enumera três etapas que devem ser observadas por ocasião da escolha dos comportamentos passíveis de punição por meio de uma pena: a) a identificação do bem jurídico que se deseja proteger³⁵; b) a definição da estratégia político-criminal que será adotada para sua proteção, ou seja, a fixação das medidas – punitivas ou não – que serão implementadas para resguardar a integridade do bem jurídico (o legislador deve se valer, aqui, com base em regras de experiências, em dados empíricos e criminológicos, e em eventuais conhecimentos científicos setoriais); e, c) a análise de qual forma de controle social, dentre todas existentes, será a mais eficaz e menos onerosa (em termos de danos sociais) para coibir o comportamento indesejado.

Nesse primeiro nível, deve-se observar se o bem jurídico em questão inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo. Não seriam fundamentais e nem suscetíveis de incriminação, assim, a dissensão de opinião³⁶ e ofensas a convicções de conteúdo meramente moral.³⁷

³³ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 214.

³⁴ RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**: Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 167.

³⁵ A importância disso reside, justamente, porque é “através do direito penal que o controle social é formalizado” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989, p. 116).

³⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 65.

³⁷ Define-se “moralismo jurídico-penal” como a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo (GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. Ana Elisa Liberatore S. Bechara

No segundo nível, por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os Bens Jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos e intoleráveis socialmente. De acordo com Claus Roxin³⁸, a categoria central do injusto penal não é, pois, a causação do resultado ou a finalidade da ação humana, como se vinha acreditando por muito tempo, senão a realização de um risco não permitido. A causalidade é só uma condição necessária, mas não suficiente, do injusto penal.

Apesar de toda essa construção teórica, uma oposição que se costuma fazer à ideia de proteção de Bens Jurídicos como missão do Direito Penal necessita ser enfrentada. Conforme anota Paulo Cesar Busato³⁹, o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica e não efetiva na proteção de Bens Jurídicos.⁴⁰ E isso é fato incontestável e que é demonstrado por cada novo fato criminoso. Diante dessa constatação, importa lembrar que, num Estado Democrático regulado pelo Direito, só é legítimo intervir juridicamente na vida das pessoas *ex post*, pelo que, não é possível pensar que o Direito Penal ofereça uma proteção real, seja qual for o Bem Jurídico a que se esteja tratando. O máximo que se pode esperar, é que a norma oriente a consciência das pessoas mas, sempre, num caráter de mera expectativa.

2) Intervenção mínima e *insignificância* do fato no Brasil

(Coord.). Ano 18, nº 82, jan-fev./2010, P. 172). O Direito Penal não pode proteger a moral porque sua tarefa se esgota na proteção de bens jurídicos, e a moral não é um bem jurídico.

³⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 16.

⁴⁰ Tenta-se distinguir as funções manifestas das funções simbólicas do Direito Penal. Para tanto, é comum que se recorra aos estudos do sociólogo norte-americano Robert Merton: seria simbólico o Direito Penal que não alcança as suas funções manifestas (declaradas), mas apenas as latentes, de modo que se desenvolve uma fraude. E isso parece mesmo ocorrer já que, segundo a difundida teoria da prevenção geral positiva, defendida inclusive por Winfried Hassemer (um dos principais críticos do Direito Penal Simbólico), o simbolismo é inerente não apenas às modernas incriminações, mas a toda e qualquer norma penal. Sobre o tema, ver: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41-42. E o fracasso das funções alinhadas à prevenção geral restam bastante evidentes quando avaliada a reincidência penal. “Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do tratamento do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores (...). Na verdade, as causas responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorre exatamente mediante o estudo criterioso dos fracassos e das suas causas (...)”. Conforme: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 718-719.

Conforme se verificou, os critérios para a legitimação de normas a partir das Teorias que tratam do Bem Jurídico Penal como núcleo fundante para o Direito Penal constituem um filtro no processo de incriminação, tanto no campo abstrato de tipificação das condutas (seletividade na indicação dos bens que receberão a tutela penal) quanto no campo concreto de aplicação da norma (com a limitação à cominação e a aplicação das penas). Nesta perspectiva dogmática, “além de reduzir a intervenção punitiva do Estado, faz-se necessário qualificar tal intervenção de forma socialmente adequada”⁴¹, levando-se em conta bens jurídicos considerados realmente dignos de tutela penal.

Neste passo, o Direito Penal pode ser utilizado, também, como instrumento de crítica, seja política ou constitucional, tanto nas práticas legislativas quanto nos diversos exercícios que promovem a *criminalização secundária*⁴² na forma daquilo que tratou Luigi Ferrajoli⁴³: “o grau de civilização de um Estado é medido, sobretudo, pela economia das proibições e penalidades, e pelo grau de tolerância social expressada no comportamento desviante, especialmente quando não se ofende os Direitos Fundamentais das pessoas”.

A proposta deve se ajustar, portanto, à proteção dos Direitos Fundamentais no controle social daquilo que Paulo Cesar Busato⁴⁴ chama de “controle do intolerável”. E o intolerável, segundo o autor, passa pela existência de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade. Essa, e nenhuma outra, deve ser a justificação da imposição de uma norma jurídico-penal, a qual somente pode ser considerada válida diante da pretensão de justiça.

Por esta razão, frente ao nosso modelo constitucional, o Bem Jurídico deve operar como um limite ao Estado (função negativa), e jamais em sentido contrário. Assim, esse limite não obriga a punir (a criar tipos penais) nem mesmo nos casos em que se verificam socialmente danosos, pois o Estado possui outros instrumentos de tutela distintos daqueles produzidos a

⁴¹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117.

⁴² Tem-se por *criminalização secundária* a seleção efetiva e definitiva operada pelas agências de repressão. Essas agências são os segmentos do Sistema Penal que atuam no plano concreto. Os segmentos básicos do sistema penal que funcionam neste momento do processo de criminalização são o policial, o judicial, e o executivo. Trata-se, portanto, de três grupos humanos que convergem na atividade institucionalizada do sistema. Conforme: CHAVES JR., Aírto. OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 141.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. In: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Marzo-Junio 1992. Año 4, nº 5.

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 17.

partir do Direito Penal de forma que não se pode inverter o sentido do âmbito de proteção⁴⁵ (*ultima ratio*).

No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado sob a denominação de *princípio da bagatela* ou *princípio da insignificância*, nomenclatura que foi mencionada por Claus Roxin na obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*⁴⁶ editada pela primeira vez em 1972.⁴⁷

Na perspectiva da *insignificância*, a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal (adequação da conduta ao tipo) podem não apresentar nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal (por ausência de tipicidade material) porque, nesses casos, o bem jurídico penalmente tutelado não chegou a ser afetado.⁴⁸

Embora no contexto brasileiro a esmagadora maioria dos autores trate da *insignificância* como princípio orientador da intervenção penal, há autores que fornecem severas críticas a essa questão terminológica por entenderem que essas expressões (*bagatela* ou *insignificância*) minimizam a importância do tema porque, foneticamente, associa o princípio a uma questão de pouca importância quando, realmente, ocupa o núcleo da filtragem político-criminal.

Paulo Cesar Busato⁴⁹, por exemplo, anota que as expressões induzem conclusão de que o objeto material sobre o qual se debruça o intérprete é o determinante único da necessidade de intervenção penal. Por vezes, isso acaba por contaminar a práxis forense brasileira, pois resta

⁴⁵ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 214.

⁴⁶ Ver: ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 73. Conforme Roxin, para ser significativa no âmbito penal, “não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade” (Obra citada, p. 74).

⁴⁷ Há autores, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt, que sustentam que a terminologia foi utilizada por Roxin pela primeira vez no ano de 1964, mas foi com a obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* que o *princípio* foi incorporado ao âmbito da doutrina.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68-69.

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 64.

associada a uma necessidade positivista atávica, manifestando-se em decisões que referem expressamente à necessidade de fixação objetiva, por exemplo, de valores de referência para crimes patrimoniais.

De outra parte, ainda conforme o autor referido, a adoção da expressão *intervenção mínima* dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, pois deixa claro que a intervenção do Estado pela via do Direito Penal é reservada, seletiva, mínima, em face das circunstâncias, jamais vinculada a critérios objetivos e, menos ainda, a valores determinados.

No final da década de 1980, alguns casos tangenciaram o Princípio da Intervenção Mínima no Supremo Tribunal Federal. No entanto, o RHC 66.869, julgado em dezembro de 1988, de Relatoria do Min. Aldir Passarinho, é o precedente apontado como o primeiro em que a Suprema Corte reconheceu a atipicidade material do fato com fundamento no *princípio da insignificância*.⁵⁰ Dezesesseis anos mais tarde, vem a julgamento aquele que é considerado o verdadeiro marco da jurisprudência do STF na matéria. No precedente, pela primeira vez, são expostos, de forma analítica, os fundamentos e os quatro vetores que mais tarde seria matéria sedimentada para a aplicação do *princípio da insignificância* em matéria penal no Brasil.⁵¹

⁵⁰ Veja-se, porém, é possível encontrar antecedentes ainda mais remotos, em que a irrelevância penal dos fatos em questão foi utilizada como argumento para a concessão de ordens de habeas corpus. No único acórdão do Plenário sobre o tema (HC 39.289, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 08.08.1962), discutiu-se o furto de “sete metros de pano cru”, tendo sido a ordem concedida por ausência de dolo. Em casos julgados em 09.03.1970 (RHC 47.694, Rel. Min. Thompson Flores) e 15.12.1970 (HC 48.370, Rel. Min. Djaci Falcão), os pacientes foram beneficiados por decisões que reconheceram a atipicidade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, uma vez que as condutas ocorreram antes do advento do Decreto-Lei nº 385/1968. Ver: STF, 1ª Turma: Habeas Corpus 123.108 (MG). Relatoria do Min. Roberto Barroso. Julgado em 03/08/2015, p. 13.

⁵¹ STF, HC 84.412, de Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 19.10.2004. O acusado, no caso em questão, fora processado por furtar uma fita de *videogame*, avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Segue a ementa: “PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: ‘DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR’. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos

Apoiando-se neste precedente, foram assentadas algumas premissas alinhadas diretamente ao Princípio da Intervenção Mínima: a) a *insignificância* é fundada nos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade; b) a *insignificância* exclui a tipicidade material do fato⁵²; e, c) para o reconhecimento da *insignificância*, devem ser observados os quatro vetores que orientaram o HC 84.412⁵³, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.⁵⁴

Ao que parece, então, o Tribunal não conceberia, doravante, a existência de uma conduta típica que não afetasse um Bem Jurídico. Seria, essa lesão, indispensável, portanto, para configurar a tipicidade penal, adequando a jurisprudência àquilo que a doutrina já vinha sustentando a tempos: “o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de telas, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para

que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”. *Destacou-se.*

⁵² Isso porque, é bastante prevalente no âmbito doutrinário de que a ausência de grave lesão ao bem jurídico penalmente protegido pela norma penal afasta a tipicidade material. Dessa forma, a tipicidade penal deve ser avaliada em duas fases distintas: a) formal (adequação da conduta ao tipo legal); b) material (relevante ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado). Há autores, ainda que trabalham a tipicidade penal num modelo conglobante, incluindo a normatividade ao conceito de tipicidade penal: “Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja proibida pela norma (pelo “não matará”, “não furtará” etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta”. Ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 398.

⁵³ Ementa citada na nota de rodapé nº 51.

⁵⁴ Importa lembrar que, embora em menor grau, há precedentes que trabalham com outros vetores, a exemplo do que se encontra no teor do julgamento do HC 107.082, de Relatoria do Min. Ayres Britto, de 24/04/2012. Neste julgamento, dentre os parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância, fez-se referência, por exemplo, a vulnerabilidade social do agente. Sobre o tema, vale registrar que a *vulnerabilidade do agente* já foi objeto de estudo de Eugênio Raúl Zaffaroni e, para o autor, trata-se de critério para medição da culpabilidade, jamais da tipicidade. Conforme esse autor, quando o Processo Penal demonstra que o Acusado possui negatividades sociais que determinam a sua criminalização, essa condição deve servir para que se reduza a censura que o Estado possa fazer em relação ao seu comportamento. Ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 650-657.

quê?" do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal (...)"⁵⁵.

Ao se consultar os precedentes dos Tribunais Superiores, é possível diagnosticar o quanto é aceita a orientação formulada a partir dos quatro vetores interpretativos (oriundos, conforme tratado, do HC 84.412, do STF) no trato do Princípio da Intervenção Mínima no Brasil.

Problema é que, em análise a esses vetores (mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada), percebe-se, desde logo, que eles não se alinham as ideias fundantes do Princípio da Intervenção Mínima, o que possibilita que esses Tribunais se utilizem de distorções interpretativas bastantes graves em seus precedentes, orientando os Tribunais das Unidades Federativas a replicar essas distorções.

Exemplo disso pode ser constatado ao se voltar os olhos para as inúmeras decisões que negam o caráter de mínima intervenção do Direito Penal em razão da suposta reincidência penal do agente (por vezes, utilizando-se da expressão “reiteração delitiva”)⁵⁶, isto é, por circunstâncias atinentes ao sujeito do crime, e não do fato praticado por ele.

A linha argumentativa, na maior parte desses casos, é no sentido de que aplicação do *princípio da insignificância* deve ser precedida de “criteriosa análise de cada caso”, mas, sobretudo, a fim de evitar que a sua adoção indiscriminada constitua “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”.⁵⁷ Neste passo, a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado não seria o único parâmetro a ser avaliado. Pelo contrário, os Tribunais Superiores do Brasil ostentam inúmeros precedentes que reconhecem a tipicidade penal do fato em hipóteses em que o agente ostenta condenações anteriores ou, até mesmo, inquéritos policiais ou ações penais em curso⁵⁸, haja vista que, nesta última condição, embora possa se falar em agente

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 402-403; Ver, ainda: BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84-90.

⁵⁶ Embora extremamente minoritário, vale anotar que é possível encontrar precedentes que desprezam as condições do agente no trato do *princípio da insignificância* (Exemplos: HC 112.400, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes; HC 106.068, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia; e HC 93.393, que tem como Relator o Min Cezar Peluso, etc.).

⁵⁷ Ver: **STF**, HC 120043/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Data de Julgamento: 19/11/2013. Data de Publicação: 03/12/2013; no HC 107.733 AgR, o mesmo Ministro fez considerações semelhantes ao denegar a ordem a paciente reincidente, condenado a um ano e três meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por furtar seis barras de chocolate, avaliadas conjuntamente em R\$ 31,80 (trinta e um reais e oitenta centavos).

⁵⁸ **STJ**, HC 250.126/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016.

tecnicamente primário, “referida situação pessoal evidencia uma habitualidade delitiva, o que não pode ser tolerado pelo Direito Penal”⁵⁹.

Observa-se, assim, uma flagrante transmutação do Princípio da Intervenção Mínima e dos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade, pois aquilo que tem a função de limitar o *ius puniendi*, é manipulado como verdadeiro instrumento para interpretações extensivas da norma penal. Em outras palavras, “determinadas construções dogmáticas convertem um limite do *ius puniendi* em uma demanda e justificação do mesmo, de modo que subvertem sua função de freio para transmudá-lo em um acelerador de incriminação”⁶⁰.

A desorientação hermenêutica é tão brutal que se chega a aportar para um verdadeiro *Direito Penal de Autor*⁶¹, levando-se em conta, antes de qualquer outro qualificativo, as condições pessoais do réu (inquéritos policiais em curso, antecedentes e reincidência) para se verificar se o fato é, ou não, penalmente típico: esquece-se o fato praticado e concentra-se na pessoa do agente.⁶² Por certo, esse tratamento dirigido à pessoa do réu propõe um modelo de

⁵⁹ STF – HC 135317/MG. Relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Segunda Turma. Data de Julgamento: 06/09/2016. Data de Publicação: 01/08/2017: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TENTATIVA DE FURTO DE CELULAR E CARREGADOR DE CELULAR AVALIADOS EM R\$ 274,00 (DUZENTOS E SETENTA E QUATRO REAIS). PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. ORDEM DENEGADA. 1. A verificação da tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício abstrato de adequação do fato concreto à norma jurídica. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias da espécie em exame, no sentido de se decidir sobre a ocorrência de lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. Paciente reincidente na prática de furto tentado. Não incidência do princípio da insignificância. 2. Ordem denegada.

⁶⁰ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 215.

⁶¹ Sobre o Direito Penal de Autor, ver: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶² Os precedentes que subvertem os critérios da Intervenção Mínima do Direito Penal são fartos: no RHC 117.751, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado por ter subtraído de um supermercado um desodorante, avaliado em R\$ 15,12 (quinze reais e doze centavos); no julgamento do HC 101.998, o Relator, Min. Dias Toffoli, manteve a condenação a um ano de reclusão sem substituição por pena restritiva, pelo furto de nove barras de chocolate, avaliadas em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais), ao considerar que o réu, por ser reincidente, teria “personalidade voltada à prática delituosa”; semelhantemente, no HC 118.089, a Relatora Min. Cármen Lúcia, manteve a condenação do paciente de dois anos de reclusão sem substituição por pena restritiva de direitos por ter subtraído do caixa de uma padaria uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e um maço de cigarros. Curiosa é a fundamentação do acórdão: “comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal”; o então Ministro Teori Zavascki também acompanhava a posição majoritária. No julgamento do HC 114.877, manteve a condenação do réu a dois anos de reclusão por subtração de objeto avaliado em R\$ 100,00 (cem reais). Conforme ele, “não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que possui condenações anteriores”; o Ministro Celso de Melo também tende a afastar a aplicação do *princípio da insignificância* quando o réu ostenta condenação definitiva (ver HC

exegese bastante esquizofrênico, conforme se pode constatar do exemplo trazido por Paulo Cesar Busato⁶³, onde seria bastante curioso submeter a Corte à consideração da seguinte hipótese: “A”, reincidente, em concurso de pessoas com “B”, agente completamente primário e de bons antecedentes, cometem determinada subtração de valor irrisório, verdadeiramente sem qualquer importância. Perceba-se que, seguindo o seu plano hermenêutico, estar-se-ia forçado a reconhecer o injusto penal apenas para um dos agentes.

Sustenta-se no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as teorias afetas a um Estado Democrático de Direito, tais como o Princípio da Intervenção Mínima, e que tendem a afastar ao máximo a incidência do Direito Penal “não podem servir como passaporte, carta branca ou *green card* para a prática de condutas típicas”. Desse modo, o reconhecimento da insignificância para agentes com registros criminais pretéritos, representaria, portanto, estímulo para a prática reiterada de pequenos crimes sem punição.⁶⁴

Ocorre, no entanto, que tipicidade penal (tanto a formal quanto a material) não comporta qualquer relação com a pessoa do agente (se processado, condenado ou reincidente). As questões relacionadas ao autor da conduta só poderiam ser levadas em conta após a prova de que estão presentes todos os componentes do injusto e numa eventual dosimetria de pena em caso de condenação (CP, art. 59 do Código Penal⁶⁵), ou seja, após comprovada a presença de *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*. Afastados os dois primeiros substratos, não se pode falar em injusto e, por consequência, não há, legitimamente, qualquer possibilidade de responsabilização penal.

A jurisprudência que prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, porém, estabelece exatamente o contrário: afasta-se o princípio da insignificância a agente em situação de *reiteração delitiva* (tecnicamente reincidentes ou não). Nesta perturbada (des)orientação, a subtração de um tablete de chocolate de uma loja que compõe uma grande

111.016); Joaquim Barbosa, quando Ministro do Supremo, também adotava a mesma orientação (conforme HC 107.500).

⁶³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 64.

⁶⁴ É o que emerge dos precedentes: HC 110.951, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27/02/2012; HC 108.696 Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20/10/2011; e HC 107.674, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14/9/2011.

⁶⁵ **Art. 59 do Código Penal** – “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”. Destacou-se.

rede de supermercados pode ou não ser crime, e essa determinação da existência do fato criminoso dependerá de aspectos relativos à pessoa do réu. Nega-se, assim, a tradição dogmática de um Direito Penal de Culpabilidade para se instalar um verdadeiro Direito Penal de Autor no Brasil⁶⁶, semelhantemente à proposta e limites materiais trazidos por Günther Jakobs na década de 1980: criminalização no estágio prévio à lesão a bem jurídico⁶⁷. Neste passo, “o Direito Penal poderia ser caracterizado pela imagem do agente de que ele parte”⁶⁸.

Além disso, converte-se o *Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos* (Claus Roxin) num *princípio de total proteção dos bens jurídicos*, renunciando-se à proteção de sua segurança jurídica de liberdades públicas frente ao poder do Estado em troca de uma suposta e falsa segurança material: a proteção de todo e qualquer interesse pela via do Direito Penal. Não é isso que se deve buscar.

Se a função do Bem jurídico consiste em ser o primeiro tópico da argumentação sobre a validade de uma norma, ou seja, o primeiro momento em todo processo de justificação da intervenção estatal⁶⁹, há de se respeitar requisitos para aferição da hipótese de incidência do Princípio da Intervenção Mínima, quais sejam: 1. O reconhecimento de que o caso sob reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade; 2. Que esse ataque seja grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social (Direito Penal)⁷⁰. A *gravidade da lesão* ao Bem Jurídico, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: a) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; b) a intensidade

⁶⁶ Semelhante interpretação, fez o Ministro Roberto Barroso, em voto (vencido) do julgamento do HC 123.108, de sua Relatoria, julgado em 05/08/2014 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: “(...) caso se entenda que o furto de coisa de valor ínfimo pode ser punido na hipótese de reincidência do agente, é preciso admitir que a questão da insignificância se move do domínio da tipicidade para o da culpabilidade. Isto porque, como visto, não é possível afirmar, à luz da Constituição, que uma mesma conduta é típica para uns e não para outros (os reincidentes), sob pena de configuração de um inaceitável direito penal do autor, e não do fato, como já decidiu este Tribunal”. Conforme nota 77 do Acórdão, p. 40.

⁶⁷ Ver: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶⁸ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

⁶⁹ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017, p. 217.

⁷⁰ Veja-se que a gravidade da lesão ao bem jurídico não comporta relação alguma com a fase do crime em que se atingiu a conduta. Não se deve levar em conta, assim, no juízo de tipicidade penal, se o crime é consumado ou tentado. Porém, essa característica, lamentavelmente, também tem sido critério para o reconhecimento da insignificância do fato em matéria penal no Brasil. Ver, por exemplo, o seguinte precedente: STJ, REsp 828094/RS, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 05/02/2009. Publicado em 16/03/2009.

do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; e, c) se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via⁷¹ (institucionalizada ou não).

É claro que referido princípio não se prende, exclusivamente, ao valor intrínseco com Bem Jurídico. Porém, não há amparo dogmático ou exegese possível para se sustentar a tipicidade penal nas características pessoais do agente, salvo a possibilidade de que, assumidamente, ter-se um Direito Penal de Periculosidade e fundado, portanto, na pessoa do autor.

Assim, é patente a desorientação dogmática nos Tribunais Superiores sobre os contornos da tipicidade material no trato de um dos princípios mais importantes do Direito Penal para qualquer Estado que se diz democrático, pois é o Princípio da Intervenção Mínima que funciona como elemento fundante de todo o processo de criminalização, tanto primário quanto secundário.

Por fim, apesar do discurso que recheia os votos dos precedentes no trato da matéria ser anotado como se refletisse verdadeira declaração de *boas intenções*, as razões em que os Tribunais se ancoram para aferir a tipicidade material da conduta rebaixam o Princípio da Intervenção Mínima ao cumprimento de meras funções cosméticas e que, assim, não ultrapassam o mero discurso, pois são “cunhados com o deliberado propósito de agravar ainda mais a discriminação que já é intrínseca ao processo de criminalização e conformação de suas regras”⁷².

Conclusão

A partir da pesquisa que se finaliza, foi possível concluir o que segue:

- a) Há várias teorias que buscam no Bem Jurídico os limites para a intervenção penal;
- b) O Princípio da Intervenção Mínima é fundado nas formulações materiais elaboradas sob a perspectiva do Estado Social, campo em que Bem Jurídico assume a posição de objeto de referência necessária da incriminação, que deve ser ponderada em consonância com os critérios da *lesividade*, *subsidiariedade* e *fragmentariedade*;

⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 67.

⁷² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013, p. 65.

c) Para tanto, no âmbito abstrato, deve-se observar se o Bem Jurídico inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo. Depois disso, no âmbito concreto, o aplicador do Direito só deve acionar o Direito Penal frente condutas que promovam lesões produzidas mediante riscos não permitidos e intoleráveis socialmente;

d) No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado sob a denominação de *princípio da bagatela* ou *princípio da insignificância*. Conforme esse *princípio*, a ausência de ofensa relevante ao bem jurídico penalmente tutelado exclui a tipicidade material que, por sua vez, afasta a própria tipicidade penal;

e) Assim, para incidência do *princípio da insignificância*, os Tribunais Superiores sedimentaram a orientação de que se faz necessária a presença de quatro vetores interpretativos. Da análise desses vetores, constatou-se que eles não se alinham as ideias fundantes do Princípio da Intervenção Mínima, o que possibilita que esses Tribunais se utilizem de distorções interpretativas bastantes graves em seus precedentes;

f) A desorientação hermenêutica é tão brutal que se chega a aportar para um verdadeiro *Direito Penal de Autor* no âmbito jurisprudencial do STF e do STJ, levando-se em conta, antes de qualquer outro qualificativo, as condições pessoais do réu para se verificar se o fato é, ou não, penalmente típico;

g) Por consequência, deflagra-se uma flagrante transmutação do Princípio da Intervenção Mínima e dos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade, pois aquilo que teria a função de limitar o *ius puniendi*, acaba sendo manipulado como verdadeiro instrumento para interpretações extensivas da norma penal, ampliando o processo de incriminação.

Concluiu-se, por fim, que os vetores interpretativos sedimentados pelos Tribunais Superiores do Brasil, ao tempo em que desrespeitam toda a tradição dogmática que dá sustentação ao Princípio da Intervenção Mínima, aproximam-se a política-criminal que dá suporte a um latente *Direito Penal de Autor*.

Referências das fontes citadas

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto. PINTO, Roberta Werner. Articulações entre o direito penal de fato e o direito penal de autor: a carência de critérios no trato do princípio da intervenção mínima pelos tribunais superiores no Brasil. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

CHAVES JR., Airto. OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. Valência/ES: Tirant lo Blanc; Florianópolis/BR: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. In: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.** Marzo-Junio 1992. Año 4, nº 5.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato.** Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato.** Com um adendo: **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Coord.). Ano 18, nº 82, jan-fev./2010.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.** Sevilla/ES: Tirant lo Blanch, 1989.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo:** noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal:** curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Nuevo Derecho Penal Español.** Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñoz. Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal. Elcano (Navarra): Aranzadi Editorial, 2011.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos.** Portugal: Coimbra Editora, 2003.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito:** Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

CHAVES JUNIOR, Airto. PINTO, Roberta Werner. Articulações entre o direito penal de fato e o direito penal de autor: a carência de critérios no trato do princípio da intervenção mínima pelos tribunais superiores no Brasil. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e comunicação de penas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Número especial de lançamento, 1992.

_____. **Teoria do Crime Culposo**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2 ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.