

Princípio da insignificância e a administração pública: a relativização da súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça

Caroline Mendes da Silva¹

Saulo Filipe de Oliveira Ladeira²

Pedro Henrique de Assis Crisafulli³

RESUMO: A presente pesquisa tem como escopo analisar os desdobramentos da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, que desacolheu o Princípio da Insignificância nos crimes praticados contra a Administração Pública. Para tanto, inauguramos com uma visão mais ampla, demonstrando a finalidade do direito penal, seu caráter subsidiário e fragmentário, corroborando com uma gama de Princípios que respaldam essas características essenciais do ramo penal, findando com o confronto do conceito geral e básico do funcionalismo penal, frente à coerência da referida súmula na proibição do Princípio da Insignificância nos crimes funcionais. Aprimoramos o estudo com análises jurisprudências e doutrinárias. Ao fim do estudo, sustentamos, com alicerces nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e na leitura dos doutrinadores com uma visão mais crítica, que o raciocínio da corte é incoerente com a finalidade do direito penal, que tem como continência a proteção de bens jurídicos e não da moral administrativa, e principalmente com o Estado democrático de direito, trazida na nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Administração Pública. Direito Penal. Funcionalismo Contemporâneo. Bem Jurídico.

1 Introdução

O presente artigo tem como finalidade analisar a aplicação do princípio da insignificância (bagatela) nos crimes praticados contra a Administração Pública. Trata de um princípio não positivado no nosso ordenamento jurídico, mas de ampla aplicação nos tribunais e aceitação pela doutrina. De início, será demonstrado de forma breve à ciência do direito penal, para que possamos explicar como um crime se forma, verificando o conceito analítico do crime pelos seus três requisitos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em segundo plano, daremos enfoque na exclusão da tipicidade material, ocasionada pela aplicação do princípio da insignificância. Fechando a primeira parte introdutória, dissertaremos sobre o sistema funcionalista moderado, dualista e político criminal de Claus Roxin, o qual traz justamente as primeiras visões de um direito penal mínimo, com um caráter subsidiário e fragmentário.

Analisaremos também, os princípios correlacionados ao direito penal mínimo, sendo

¹ Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN. E-mail: carolainee.mendes@gmail.com

² Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN. E-mail: saulofelipe_ladeira@hotmail.com

³ Graduação em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2011). Atualmente é professor do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves e Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tem experiência do Direito, com ênfase em Direito Público. E-mail: pedrocrisafulli26@gmail.com

eles o Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Lesividade, Princípio da Adequação Social e o Princípio da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico. Evidenciando-se, com isto, a restrição do direito do Estado de punir e a real necessidade da aplicação do direito penal frente a condutas que possam ser resolvidas em outras esferas, utilizando, assim, o direito penal como *ultima ratio*.

Após debruço sobre a sistemática do direito penal, a entender sua real finalidade e importância, adentraremos no foco de nossa pesquisa, o Princípio da Insignificância. Dando enfoque ao sistema funcionalista moderado, dualista e político criminal de Claus Roxin, que foi a teoria que mais demonstrou abertura a um Estado Democrático de Direito, permitindo uma melhor adequação dos crimes bagatelares no contexto social. Logo em seguida, destrinchamos os vetores analisados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “Habeas Corpus” 116.242 de Roraima, para a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto.

Adiante, começamos uma análise da coerência da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça com os julgados do Supremo Tribunal Federal, corte esta que não comunga com o entendimento acerca da vedação da aplicação do princípio da insignificância nos crimes funcionais, trazido pela referida súmula, que tem como fundamento a prevalência da moralidade administrativa, mesmo se tratando de crime ínfimo.

A partir dessa análise, com uma melhor compreensão por parte dos leitores sobre o princípio da bagatela e sua divergência na aplicação nos crimes funcionais, iniciaremos uma leitura mais crítica.

Ao longo do trabalho, nos declinamos para a finalidade ampla do direito penal, que por proteger os bens jurídicos de alta importância para a sociedade, deve se valer da pena como instrumento de efetivação. Entretanto, por vivenciarmos em um Estado Democrático de Direito, deve-se sempre observar a real necessidade da cominação da pena, uma vez que todo indivíduo tem o direito de liberdade e, inclusive, sendo este um dever do Estado.

O nosso tema é de suma relevância não somente no Direito Penal, mas em todo o ordenamento jurídico, pois tem a sua essência diretamente interligada a um estado democrático de direito, e como sabemos foi uma luta longa e árdua para termos os nossos direitos mínimos garantidos, para que viesse uma súmula como a súmula 599 do STJ e relativizar este princípio tão garantidor do nosso ordenamento jurídico.

Utilizamos no presente trabalho a pesquisa descritiva, coletando dados já existentes, a

permitir uma interpretação do tema de forma mais clara, e proporcionando ao leitor uma nova visão sobre a relativização do Princípio da Insignificância nos crimes contra a Administração Pública.

Planejamos nossos estudos através dos procedimentos bibliográficos e documentais, com a leitura de artigos, julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, levando em consideração o entendimento dos Ministros, e principalmente dos doutrinadores que contribuíram para a fundamentação do trabalho, sendo eles: Sanches Cunha (2015), Rogério Greco (2018), Francisco de Assis Toledo (1994), Fernando Capez (2018), Márcio Pestana (2014), Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017), Cleber Rogério Masson (2011), em destaque Gustavo Guadanhin de Carvalho (2018).

Abordamos a análise qualitativa dos dados que coletamos, pois a súmula em estudo foi publicada em novembro de 2017, por tanto é um tema recente, que não possui ainda, muitos estudos aprofundados, mas é certo que trouxe uma insegurança jurídica, devido a um novo entendimento que interferiu em um dos principais princípios do direito penal, o Princípio da Insignificância. Desencadeando um grande interesse no estudo, a fim de dirimir o conflito e contribuir para novas investigações. O método que aplicamos foi o método hipotético-dedutivo, porque observamos os aspectos particulares do Direito Penal para aplicarmos no específico, que é a súmula 599 do STJ. Partimos da observação da problematização da relativização do Princípio da Insignificância trazida pela Súmula 599 do STJ, restringindo a aplicação do referido princípio, mesmo se tratando de crime de ínfimo valor, e da hipótese da solução do conflito por outros meios que não seja o direito penal. Após tentativas de refutação, concluímos provisoriamente com a corroboração das duas hipóteses levantadas.

Após análise de todos os dados, chegamos ao resultado que as três características essenciais do funcionalismo de Claus Roxin: a Proteção do Bem Jurídico, o Desapego e a Prevalência do Jurista sobre o Legislador, nos permitem interpretar que o Direito Penal tutela os bens jurídicos mais importantes da sociedade, e não a moral. Restando claro que a função social do Direito Penal se mostra distante ao analisar a súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça. Além disso, ao analisarmos os Princípios do Direito Penal Mínimo, confirmamos mais uma vez que a essência do Direito Penal está longe de proteger a moral, devendo sempre respeitar a exclusiva proteção do bem jurídico, alinhado ao seu caráter fragmentário, para não desviarmos da essência do ordenamento jurídico penal.

2 Direito penal

Direito Penal é um dos ramos da ciência jurídica. Nele se estuda as infrações penais e suas sanções cominadas.

Iniciando o estudo, tem-se que infração penal é o gênero, se dividindo em crimes e contravenções penais. Os crimes são vistos no Código Penal e em Legislações Penais Extravagantes. Ao passo que, as contravenções penais são encontradas, geralmente, dentro do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais).

As referidas infrações penais se diferenciam, principalmente, pela gravidade da pena. Deste modo, os crimes preveem, quando da pena privativa de liberdade, pena de reclusão ou detenção. Enquanto as penas privativas de liberdade das contravenções penais são de prisão simples. Abstraem-se as referidas informações do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (DL 3.914/1941).

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para iniciar a análise específica do tema, primeiramente deve discorrer sobre o conceito analítico de crime, considerando que o alicerce do trabalho (Princípio da Insignificância) é causa excludente de tipicidade, a qual é vista no primeiro degrau no conceito tripartido de crime, a tipicidade.

Do conceito analítico de crime, conforme nos ensina Sanches (2015, p. 172), possui três substratos, ou seja, é tripartido, que são: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Destarte, conclui que crime é fato típico, ilícito e culpável. A ausência de um desses elementos faz com que o conceito analítico de crime seja desconstituído, ou seja, um indiferente penal.

Iniciando o estudo dos requisitos do crime, será analisada com maior cautela a tipicidade, justamente porque o princípio da insignificância permite a causa da exclusão da tipicidade material.

Da tipicidade se verifica os seus elementos, que são: conduta, nexos causal, resultado e previsão legal, e, uma vez caracterizados, a tipicidade formal estará formada⁴. Porém, para o

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal Parte Geral. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. p. 173.

Direito Penal contemporâneo, existe a tipicidade material, a qual requer uma ofensa relevante ao bem jurídico tutelado.

Conclui que, se o Direito Penal deve sempre buscar a tutela dos bens jurídicos, sempre que a lesão for insignificante, não causando grandes lesões aos bens jurídicos protegidos, deve ser reconhecida a atipicidade material da conduta, afinal, o intuito do legislador não é tipificar condutas de pequena monta. É dentro da tipicidade material que apura o princípio da bagatela, introduzido no sistema penal por Claus Roxin, em 1964.

3 Funcionalismo penal: moderado/dualista/político criminal

O funcionalismo penal surge na Alemanha na década de 1964, no intuito de analisar a real função do Direito Penal e, embora não se tenha um consenso acerca da teoria adotada, será estudado o funcionalismo moderado, dualista e político-criminal do professor Claus Roxin.

A espécie de funcionalismo penal de Claus Roxin, da Escola de Munique, ganhou contornos no livro “Política Criminal e Sistema de Direito Penal”, publicado em 1970. Claus Roxin classificou o funcionalismo penal como moderado, dualista e político criminal. Moderado, porque o direito penal tem limites, impostos por ele mesmo e pelos demais ramos do Direito. Dualista, porque o direito penal, embora seja um sistema próprio de regras, valores e princípios, convive com o sistema jurídico em geral, vivendo em harmonia. E, por fim, Político Criminal, uma vez que aplica a lei de acordo com os valores da sociedade, não para agradá-la, não é um Direito Penal de clamor público, e sim em sintonia com os valores da sociedade. O Direito Penal é um filtro entre a letra da lei e os valores da sociedade.

O funcionalismo de Claus Roxin possui três características essenciais, que são: a Proteção do Bem Jurídico, o Desapego e a Prevalência do Jurista sobre o Legislador.

A Proteção do bem jurídico, que se justifica em o Direito Penal somente ser usado quando necessário para a proteção de bens jurídicos. Um dos exemplos da referida característica é o Princípio da Ofensividade, o qual ensina que só há crime quando há lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

O Desapego da técnica excessiva, do formalismo exagerado, ensina que o direito penal não precisa de tanta burocracia para proteção de bens jurídicos, deve desapegar das normas penais quando vistas somente diante da tipicidade formal, não produzindo lesões

consideráveis ao bem jurídico. O exemplo, o Princípio da Insignificância que é uma criação do funcionalismo penal, e será a principal análise da presente pesquisa.

A última característica do funcionalismo de Roxin é a Prevalência do jurista sobre o legislador, exemplificando que no direito penal o jurista tem um papel mais importante que o legislador. A Lei é somente um ponto de partida, que não amarrará o trabalho do jurista. No caso, o Princípio da Insignificância é também exemplo da Prevalência Judicial, vez que por mais que haja uma lei falando que subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel é formalmente a conduta de furto, o jurista, diante de uma ínfima ofensa ao bem jurídico, terá para deixar de aplicar a lei, por conta da atipicidade material da conduta.

No Brasil, o funcionalismo penal de Roxin ganhou o nome de Funcionalismo Penal Racional e Teleológico. Racional, em razão do Direito Penal ser motivo pela razão e pelo equilíbrio. Teleológico, dado que o Direito Penal tem uma finalidade, que é ajudar na solução dos problemas sociais ao proteger bens jurídicos.

Para o funcionalismo teleológico, segundo Sanches (2015) a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal.

É por conta do funcionalismo moderado que surge o Princípio da Insignificância, vez que, de acordo com a referida teoria, o Direito Penal deverá se ocupar com os bens mais importantes para a sociedade, deste modo ocorrerá um limite a intervenção penal do Estado, passando a analisar os fatos típicos somente aqueles que acarretem ofensas materialmente relevantes. Se o funcionalismo moderado é um limitador da atuação do Estado, o Direito Penal não deve se ocupar com lesões ou perigo de lesões insignificantes, ou seja, para Sanches (2015, p. 183), consagram-se como típicos apenas os fatos materialmente relevantes.

Analisada a função do direito penal para o funcionalismo moderado, resta saber, quais são os bens jurídicos tutelados. Na escolha dos bens jurídicos tutelados, o norte será a Constituição Federal, principalmente os direitos fundamentais, devendo ser ali que o legislador perambule, no intuito de definir os delitos.

Por outro lado, não poderá o legislador impedir ou proibir o exercício de tais direitos fundamentais sob a alegação de protegê-los. Seria o mesmo que o legislador, por exemplo, no intuito de assegurar a liberdade de crença do umbandista, resguardada pelo artigo 5º, VI, da CF/88 e artigo 208 do Código Penal, venha a proibir a professa do candomblé.

Gustavo Carvalho Guadhin leciona o que é bem jurídico:

O bem jurídico é, por tanto, um elemento da própria condição do sujeito e da sua proteção social, ou seja, só vale enquanto se insere como objeto orientado à proteção da pessoa, incorporando à norma um valor como seu objeto de preferência e formando um elemento primário da estrutura do tipo, isto é, um objeto de referência, o qual condiciona a validade dessa norma e subordina sua eficácia a um procedimento que demonstre que ele tenha sido lesado ou efetivamente posto em perigo. É este viés do bem jurídico que fundamenta que, em concreto, haja uma lesão substancial a ele, para que não seja considerada típica a mera subsunção dos fatos a descrição legal, sob pena de incidência do princípio da insignificância. (2018, p. 138)

Por fim, em relação ao bem jurídico “Administração Pública”, que se justifica pela manutenção das instituições do Estado e, embora possua natureza coletiva, a sua defesa tem como escopo preservar os bens jurídicos individuais. Mas, mesmo com a proteção da Administração Pública, não foge o fato do Direito Penal ser subsidiário e fragmentário.

Ademais, além da finalidade de proteção de bens jurídicos, o funcionalismo teleológico também está ligado diretamente à teoria dos fins da pena, a qual ensina a possibilidade de renúncia da pena quando da sua desnecessidade.

A teoria dos fins da pena se encontra na estrutura de crime, o qual passa a ser analisada como: fato típico, ilícito (antijurídico) e responsabilidade. Vê-se que a culpabilidade saiu do terceiro substrato do crime passando a integrá-lo a responsabilidade, assim, passou a entender que a culpabilidade é consequência da responsabilidade, ou seja, sendo o agente responsável, incidirá a culpabilidade.

Do substrato da responsabilidade, abstrai a (1) imputabilidade; (2) potencial consciência da ilicitude; (3) exigibilidade de conduta diversa; e, (4) necessidade da pena.

4 Proteção dos bens jurídicos: caráter subsidiário e fragmentário

Conforme estudado acima, a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos, mas não todo e qualquer bem jurídico, somente aqueles mais importantes para a vida em sociedade. É justamente dessa análise que se abstrai o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

Por caráter subsidiário, entende que o Direito Penal, por ter sua tratativa nos âmbitos mais consideráveis do ser humano, como a sua liberdade, atuará somente quando os demais ramos do Direito (Civil, Previdência, Administrativo, Trabalho, Tributário) com suas sanções

que lhes são inerentes, não puderem inibir determinadas condutas.⁵

Para facilitar a compreensão, imagine em uma sala onde se encontram reunidos todos os ramos do Direito, com exceção do Direito Penal, o qual se acha em uma sala diversa.

Durante certo debate, os demais ramos do Direito concluem que suas sanções não conseguem mais coibir determinada conduta, como a subtração de coisa alheia móvel, então, decidem ir ao encontro do Direito Penal, no intuito de demonstrarem o seu fracasso perante o controle da referida conduta. A partir deste momento, o Direito Penal diz que a conduta de subtrair coisa alheia móvel é o crime de furto, bem como comina pena para o citado delito. Isto é o caráter subsidiário do Direito Penal, ou seja, ela só atuará após a frustração dos demais ramos do Direito para combater determinados comportamentos humanos indesejados.

Verificado que o Direito Penal atuará diante do fracasso dos demais ramos do Direito, por conta de seu caráter subsidiário, bem como que, embora determinadas condutas sejam formalmente típicas, ocasionando lesão ao bem jurídico que o Direito Penal avocou subsidiariamente para si, para protegê-los, não será qualquer lesão ao bem jurídico que ocorrerá intervenção do Direito Penal, esta somente justificará nos casos de relevante e intolerável lesão ao bem jurídico, diante do seu caráter fragmentário.

Ainda no intuito de auxiliar no entendimento do leitor, em remate ao exemplo citado, imagine que após o Direito Penal, diante o fracasso dos demais ramos do Direito em combater a subtração de coisa alheia móvel, criar o crime de furto e cominar sua pena. E, em dado momento, acontece uma subtração de um giz de cera, então, os demais ramos do Direito insatisfeitos com a falta de atuação do Direito Penal, o qual acabara de lhes informar que a referida conduta seria crime, o indagam os motivos da falta de punição, vindo o Direito Penal a lhes informar que por mais que atuará diante de seus fracassos, a referida atuação ocorrerá somente para punir as ações mais graves contra os bens jurídicos mais essenciais, por ser fragmentário.

5 Princípios do direito penal mínimo: princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da adequação social e princípio da exclusiva proteção do bem jurídico

Iniciando o estudo dos princípios inerentes ao Direito Penal Mínimo, o Princípio da

⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal Parte Geral. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. p. 69.

Intervenção Mínima ou *ultima ratio* remete a ideia de que o direito penal só deve se preocupar com os bens mais importantes para a vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando as outras matérias não forem capazes de solucionar o conflito. Devido a sua função, o Princípio da Intervenção Mínima é utilizado como um meio limitador de punição do Estado, e ainda na seleção do que seriam esses bens relevantes, dão uma “peneirada” naquilo que deve ser tratado com mais importância, ou seja, na esfera penal, e aquelas em que não serão necessárias uma dedicação tão intensa, fazendo assim, segundo Rogério Greco (2018), uma “descriminalização”, já que é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, e também será com fundamento nele que o legislador, fará retirar do nosso ordenamento jurídico penal certos tipos incriminadores.

Já o Princípio da Lesividade, vem para complementar o Princípio da Intervenção Mínima, e nos remete também mais uma forma de limitar o direito de punir do estado. Tem como finalidade a orientação de quais seriam as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal. Teve início no período Iluminista e se originou com o intuito de dirimir a confusão que se fazia com o direito e a moralidade. Importante princípio para nossa pesquisa, uma vez que com a adoção do Princípio da Lesividade, devemos analisar essencialmente se aquela conduta, embora imoral ou antiquada, afetou o bem jurídico de terceiros, e ainda se foi relevante esta ofensa, pois como demonstrado acima, o direito penal só irá se preocupar com os bens jurídicos mais importantes.

Os bens jurídicos mais importantes serão selecionados a partir do que é aceito naquela sociedade em que se vivenciam, dessa forma, esses valores nunca serão estáticos e nem universais, variarão de acordo com a sociedade em que se vivencia, e o Direito Penal deverá acompanhar as mudanças da sociedade, para ter sua plena efetividade. Porém, há momentos em que a sociedade evolui mais rápido do que a lei possa acompanhar, neste caso, poderá ocorrer de uma conduta consistir em um ilícito penal, entretanto não mais ser um bem tão relevante assim para aquela sociedade a ponto de ser lhe aplicada uma pena. O Princípio da Adequação Social vem justamente neste momento de conflito entre norma e realidade, cabendo ao legislador, diferenciar as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas em que merece guarida do direito penal, neste sentido Rogério Greco (2018) nos diz que se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal.

Nessa perspectiva, é que chamamos atenção para o leitor em refletir os bens jurídicos

considerados relevantes pela sociedade contemporânea, se a moralidade administrativa está dentro do que se considera essencial para a vida em sociedade, e ainda, se é visto com reprovabilidade a conduta daquele que comete um ilícito penal, mesmo quando se tratar de algo de ínfimo valor.

Além dos princípios acima, temos o Princípio da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico que nos dirige na confirmação da tutela do direito penal tão somente a bens jurídicos. O Direito Penal não pode ser utilizado como um meio de regular ou reprimir interesses que não sejam bens jurídicos, como, por exemplo, a moralidade, a religião, a ética e a ideologia.

6 Princípio da insignificância

O Direito Penal tem sua tratativa nos âmbitos mais sensíveis do ser humano. Isto porque as leis penais não tratam apenas de um interesse particular, e sim da coletividade como um todo. Uma vez desrespeitadas as normas, o estado como garantidor e administrador de uma nação tem o poder-dever de punir de forma acentuada aqueles que não respeitam os bens jurídicos nelas tutelados, conforme se extrai da Constituição Federal (1998), sobretudo na promoção da segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O sistema jurídico-penal se justifica no embate entre o Direito de Punir do Estado, valendo para tanto de intervenções intensas na vida social e privada de um indivíduo, e o Direito de Liberdade do infrator⁶. Nesse contexto, o Estado deve garantir a Liberdade do agente e não buscar sua punição a todo e qualquer custo, destacando-se o ideal de um Direito Penal Mínimo, que traz institutos de garantias aos direitos fundamentais do cidadão. Em decorrência do dever do Estado em garantir a Liberdade do indivíduo, é preciso para a materialização do Direito Penal um respaldo normativo bem preciso e uma série de amparos principiológicos a permitir a aplicação das normas de forma razoável, proporcional, legal e sempre respeitando a finalidade do Direito Penal e a dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da Constituição Federal de 1988, como dispõe no artigo 1º, inciso III, da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

⁶ MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal esquematizado – Parte Geral. v. 1. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 255.

fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”

Nessa linha de pensamento, Claus Roxin, jurista alemão, em 1970, através de sua obra “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, reconheceu que a intervenção do Direito Penal deve ser de forma mínima e quando estritamente necessária, sendo que o tipo penal incriminador, obrigatoriamente, deve selecionar em meios a inúmeros comportamentos humanos, aqueles que, de fato, possuem real lesividade perante o meio social, consolidando assim em sua obra o Princípio da Insignificância.

O insigne Francisco de Assis Toledo, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, foi o primeiro doutrinador brasileiro a trazer o conceito do Princípio da Insignificância para o Brasil, em sua obra “Princípios Básicos do Direito Penal”, a qual diz que o Direito Penal deve preocupar-se com os bens mais importantes da sociedade e não ocupar-se com bagatelas, com bens insignificantes, do qual tiramos parte da sua doutrina para o presente parágrafo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (TOLEDO, 1994, p.133).

A doutrina majoritária e a jurisprudência, com base na concepção dos princípios da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social e o da fragmentariedade, defendem a aplicação do princípio da bagatela, como causa supralegal de exclusão de tipicidade material, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e coibir a injusta punição por crimes insignificantes.

Rogério Sanches Cunha, promotor de justiça do Ministério Público de São Paulo, renomado doutrinador em matéria penal, também explica as consequências do princípio da insignificância como excludente de tipicidade material. Vejamos:

Ainda que o legislador crie tipos incriminadores em observância aos princípios gerais do Direito Penal, poderá ocorrer situação em que a ofensa concretamente perpetrada seja diminuta, isto é, incapaz de atingir materialmente e de forma relevante e intolerável o bem jurídico protegido. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina "infração bagatelar", ou "crime de bagatela" (CUNHA, 2015, p.70).

Dessa forma, o Princípio da Insignificância ou Princípio da Bagatela é usado no ordenamento jurídico como um meio de exclusão da tipicidade material, como já demonstrado. Embora à primeira vista determinada conduta encontre previsão em um ilícito

penal, caracterizando a tipicidade formal, no caso da citada conduta não acarretar uma lesão expressiva ao bem jurídico tutelado, não merece a punição através do Direito Penal, por conta de sua natureza fragmentária. Capez (2018) ressalta que, a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

7 Requisitos para a aplicação do princípio da insignificância (“Habeas Corpus” 116.242/RR)

Embora o Princípio da Insignificância aduza que o Direito Penal não deve tutelar ofensas irrelevantes, inexpressivas ao bem jurídico protegido, deve analisar com bastante cautela o contexto fático para sua aplicação, de modo a evitar que o infrator veja o crime como um verdadeiro meio de vida, conforme se abstrai do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro no HC 85.272/RS: “A aplicação do princípio da insignificância, é certo, deve ser criteriosa e cautelosa, norteadas por um exame de requisitos de ordem objetiva e subjetiva, segundo as circunstâncias do caso. (STF, HC 85.272 - RS, Relator Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018)”.

Ao lado disso, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do “Habeas Corpus” 116.242 de Roraima estabeleceu quatro vetores que devem ser observados para a aplicação do princípio da insignificância:

[...] 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. (STF – HC: 116242 RR, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 03/09/2013).

Dessa maneira, segundo Masson (2011, p. 25-26), uma vez caracterizados os requisitos objetivos e subjetivos autorizadores da aplicação do princípio da insignificância, o referido princípio deverá incidir aos delitos que com ele seja compatível.

8 Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça e as jurisprudências pertinentes ao tema

Frente ao princípio da insignificância e o entendimento do Supremo Tribunal Federal

acerca dos requisitos para a sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça se viu em conflito em relação à aplicação do referido princípio aos crimes praticados contra a administração pública, tendo editado a Súmula 599 que aduz: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Infere-se que a aplicação pelos tribunais do princípio da insignificância aos crimes praticados contra a administração pública, previstos no título XI da Parte Especial do Código Penal brasileiro, causa uma grande instabilidade, não havendo jurisprudência pacífica neste sentido, já que o STF entende ser aplicável quando preenchido os requisitos objetivos e subjetivos e o STJ através de sua súmula 599 entende ser inaplicável aos crimes praticados contra a administração pública.

Em análise acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), decerto que após a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) denegar nos autos do HC 167.515/SP, a aplicação do princípio da insignificância em favor de um agente público que supostamente teria cometido crime previsto no art. 312, caput, c/c art. 29, do CP, subtraindo um montante de R\$130,00 (cento e trinta reais) da administração pública, do qual o juiz de origem lhe aplicou uma pena de 02 anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de multa, substituídos por pena restritiva de direitos, o STF, em julgamento (HC 107370 SP), com a presidência do Ministro Gilmar Mendes e por maioria dos votos, deferiu a aplicação do princípio da insignificância no sobredito caso.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes declamou que a Suprema Corte (STF), por inúmeras vezes, reconheceu em casos análogos a possibilidade do referido princípio e ainda conforme parte de sua decisão confirmou a solidificação do princípio da insignificância.

Vale ressaltar que, embora o HC 107.370 SP tenha data de julgamento anterior a edição da Súmula 599 do STJ, verificou-se no HC de origem do STJ, o qual denegou a aplicação do Princípio da Insignificância à alegação da preservar a moralidade administrativa, que os motivos são os mesmos dos precedentes da referida súmula.

9 A moralidade administrativa e a função do direito penal

A criação da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça foi motivada, também, pelo fato de que reconhecida a atipicidade material da conduta, esta laceraria a base principiológica da administração pública, no sentido de que a preocupação não se daria sobre o valor do bem

juridicamente tutelado, mas sim a moralidade administrativa, princípio este que segundo doutrina de Márcio Pestana deve ser seguido por estarem ali reunidos os valores sociais, vejamos:

O princípio da moralidade administrativa representa o conjunto de valores sociais, reconhecidos pelo direito, que estabelecem os domínios formais e substanciais do agir e das condutas dos agentes e da Administração Pública (PESTANA, 2014, p. 218).

Segundo alguns precedentes da Súmula 599 do STJ, o princípio da insignificância não é aplicado aos crimes praticados contra a Administração Pública devido à moral administrativa, pois, segundo a corte superior, a moralidade administrativa é insuscetível de valoração econômica.

[...] Segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa. [...]" (AgRg no AREsp 487715 CE, Relator: Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 18/08/2015).

Sendo assim, evidencia que a razão jurídica da existência da súmula em estudo é a defesa da moral administrativa, isto porque mesmo que a lesão ao bem jurídico seja ínfima, não seria adequada a aplicação do princípio da insignificância.

Similarmente o doutrinador Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017) pontua em sua obra que:

É amplamente dominante o entendimento nos tribunais superiores no sentido de ser incabível o reconhecimento da atipicidade da conduta em face do princípio da insignificância nos crimes cometidos por funcionário público contra a Administração. De acordo com essa interpretação, não é possível a absolvição de funcionário público que tenha desviado ou furtado bens de valor não muito elevado (peculato) ou que tenha se corrompido por pequeno valor ou por fato de pouca relevância. O argumento é que nos crimes em análise, o bem jurídico principal tutelado é a moralidade da Administração Pública, e não o valor dos bens (2017, p. 791).

Destaca-se, ainda, que, considerando o momento político vivenciado pelo brasileiro atualmente, onde se parte da premissa da grande valorização da moral, a qual representa o conjunto de todos os valores sociais, os tribunais se vêem no dever de agir no intuito de assegurar os valores das instituições, ocasionando um maior ativismo judicial, vindo a editar Enunciados para garantir os preceitos da Administração Pública.

Por outro lado, deve ser lembrando que o direito penal tutela os bens jurídicos mais importantes da sociedade, e não a moral. Restando claro que a função social do Direito Penal se mostra distante ao analisar a referida Súmula. Infundada é a razão que nega a incidência do princípio da insignificância aos crimes praticados contra a administração pública.

Oportuno ressaltar as belas palavras do professor Cleber Rogério Masson (2011) ao analisar o princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos:

O Direito Penal se destina à tutela de bens jurídicos, não podendo ser utilizado para resguardar questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. Com efeito, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a preservação e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. (2011, p. 45)

Diante disto, vê-se que, no caso dos crimes previstos no Título XI do Código Penal, o bem jurídico tutela é a Administração Pública, o qual visa à preservação das instituições da República Federativa do Brasil. Também, destaca-se que por conta do Direito Penal intervir no direito fundamental da liberdade, ele deve deter caráter subsidiário e fragmentário, não devendo sua intervenção se justificar porque os fatos são moralmente revoltantes, ou como resposta aos desejos sociais.

Depois de muito se analisar, podemos findar que a colisão entre o Princípio da Insignificância e a Súmula 599 do STJ, leva os magistrados a múltiplos entendimentos, o que é puramente prognosticado, já que o nosso ordenamento jurídico consagra o Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, dando exatamente esta liberdade de decidir de acordo com seu convencimento, desde que de maneira fundamentada nas provas dos autos.

Diante de todo exposto, chega-se a conclusão de que para mitigar a incidência de uma Súmula de puro caráter objetivo, deve-se analisar acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância aos crimes praticados contra a administração pública, através da ponderação da efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se quer punir e o rigor da intervenção do direito penal, deixando de lado, como já dito, a ofensa a moral administrativa, considerando que o direito penal tutela os bens jurídicos mais importantes à vida em sociedade.

Ademais, diante da enorme controvérsia do tema, deve recorrer a ponderação entre a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça e a aplicação do Princípio da Insignificância, sempre lembrando que, caso prevalecer a Súmula, a liberdade de um indivíduo estará em discussão, ao passo que, prevalecendo o referido princípio, o Estado continuará cumprindo

seu dever fundamental de garantir a liberdade dos cidadãos.

Ressaltando ainda, que com a aplicação do Princípio da Insignificância, o Estado observa o princípio do Favor Rei, instituto de grande importância do processo penal, senão o mais importante, que justifica pela dúvida favorecer o réu, caracterizando o primado constitucional da presunção de inocência/não culpa.

10 Conclusão

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou a melhor análise e compreensão do Enunciado da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça e da sua relativização, no escopo de inviabilizar que o Direito Penal, por ser fragmentário, puna o indivíduo quando dá prática de uma conduta em desfavor da Administração Pública, mas que não traga uma ofensa penalmente relevante, apenas pela presença da ofensa a moralidade administrativa.

Dada a importância do tema em estudo, o princípio da insignificância, como instituto do Direito Penal, garantindo a atipicidade de determinadas condutas, por não produzirem lesões significativas ao bem jurídico tutelado, tornou-se necessária uma melhor pesquisa para ocasionar menor rigidez a Súmula em análise.

Verificou, também, a importância do tema em estudo para a comunidade acadêmica do curso do Direito, notadamente pelo fato de que o Enunciado da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça é recente, sendo publicada no final do mês de novembro de 2017. Assim, devido à atualidade do assunto, não há grandes discussões sobre o referido tema, garantindo a necessidade e o valor da pesquisa.

O estudo é relevante também para o Poder Judiciário, desde a primeira instância aos Tribunais Superiores, que, encontrando os magistrados diante do embate entre a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, que possui finalidade de resguardar a moralidade administrativa, e o Princípio da Insignificância, deverá este prevalecer, considerando a finalidade do Direito Penal, o qual se justifica pela proteção de bens jurídicos relevantes, e não a moral, restando claro que função social do Direito Penal não se encontra ao consagrar a referida Súmula em detrimento ao Princípio Penalista basilar.

Através do procedimento bibliográfico e documental, conseguimos coletar dados que corroborasse com as nossas hipóteses de aplicar o Princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública, pelo fato do direito penal admitir a exclusão da tipicidade

material, quando o bem jurídico tutelado não sofrer um relevante prejuízo, e ainda partindo da finalidade do direito penal de tutelar tão somente os bens jurídicos mais importantes da sociedade, a hipótese de se aplicar primeiramente os outros ramos do direito, antes de recorrer ao direito penal. Objetivando com isto, uma nova reflexão da aplicação do princípio da insignificância nos crimes funcionais, frente ao que demonstramos no decorrer da pesquisa, sobre a real função do ramo penal.

A pesquisa poderá, ainda, servir de eventual alicerce para as discussões em Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Comissão Especial, ou debate no Plenário do Congresso Nacional, sobre o Projeto de Lei 10.293/2018, que visa positivar a inaplicação do Princípio da Insignificância nos crimes praticados em desfavor da administração pública.

Por fim, por ser a ciência do Direito extremamente dinâmica, não merece ser esgotada a pesquisa do presente tema, afinal, não sabemos o entendimento que estará no judiciário ou a doutrina daqui alguns anos ao analisar o assunto da pesquisa, inclusive pelo fato do tema ser alinhado ao momento político vivenciado no país.

Referências

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. **Lei de Introdução do Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 9 de dezembro de 1941.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 1, parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO GUADANHIN, Gustavo de. **Princípio da Insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Victor Rios. **Direito Penal Parte Especial**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. v. 1. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado** - Parte Geral. v. 1. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 04. ed. Belo Horizonte: Atlas, 03/2014.

STF. HABEAS CORPUS: **HC 116.242 RR**. Relator: Ministro Luiz Fux, DJ: 03/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4531191>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

STF. RECURSO EM HABEAS CORPUS: **HC 107.370 SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 26/04/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19845458/habeas-corp-us-hc-107370-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: **AgRg no AREsp 487.715 CE**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. DJ: 18/08/2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27487715%27\)+ou+\(%27AGRGRG%20NO%20ARESP%27+adj+%27487715%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27487715%27)+ou+(%27AGRGRG%20NO%20ARESP%27+adj+%27487715%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 16 nov. 2018.

STJ. HABEAS CORPUS: **HC 85.272 RS**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, DJ: 14/08/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/afastando-sumula-stj-aplica-principio.pdf>>, Acesso em: 21 mar. 2019.

STJ. Súmula: **Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.>)> Acesso em: 05 nov. 2018.