

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores

Airto Chaves Junior^{*}

Doutor em Ciência Jurídica;
Doctor em Derecho de la Universidad de Alicante, Espanha;
Professor do Programa de Pós-Graduação Strito Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Mestrado e Doutorado);
Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação da mesma Universidade;
Professor de 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)

SUMÁRIO

O bem jurídico como objeto de proteção do direito penal
O bem jurídico como instrumento de limitação da intervenção penal
A intervenção mínima em matéria penal
A intervenção penal nos tribunais superiores brasileiros: da desconexão entre os postulados ao esvaziamento dos critérios para a legítima intervenção mínima em matéria penal

* E-mail: oduno@hotmail.com

1. O bem jurídico como objeto de proteção do direito penal

Talvez seja a obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*¹ publicada por Claus Roxin no início da década de 1970, que o autor tenha efetivamente consolidado as críticas voltadas ao finalismo (especialmente no que toca a estrutura da ação humana que, segundo os estudos desenvolvidos por Welzel, fundava-se em dados ontológicos) até então dominante na dogmática penal alemã, para dar lugar a uma teoria que ele próprio já defendia desde a década anterior²: o funcionalismo teleológico-valorativo, moderado ou valorativo.³ Para Roxin, não é possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito tem de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a política criminal. Com isso, o autor delinea as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito⁴, a qual obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada.⁵

A partir dessa proposta, o autor procura superar a concepção dualista orientada pela separação entre dogmática penal e política criminal sustentada por Von Liszt, em que o Direito Penal seria o «Senhor absoluto de si mesmo», enquanto a Política Criminal teria soberania tão somente no que se refere ao *quantum* da pena. Conforme esta concepção funcionalista, o ponto de união entre esses dois campos de estudo (Dogmática Penal e Política Criminal) gravita, exatamente, na Teoria do Bem Jurídico: a proteção do Bem Jurídico, como função primeira do Direito Penal, cumpre tanto um lugar na dogmática quanto um desempenho Político-Criminal e o delito, por ambas as perspectivas, é entendido, materialmente, como lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.⁶

1 ROXIN (2002).

2 Especialmente a partir de seu artigo *Sobre la crítica a la Teoría Final de la Acción*, publicado em ZStW 74, de 1962.

3 SÁNCHEZ (2013), p. 91.

4 ROXIN (1997), p. 51 e ss.

5 GRECO; Leite (2011), p. 107.

6 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, foram muito acentuadas com a profunda investigação que servem de modelo até os dias atuais. Conforme: SHÜNEMANN (2007), p. 206. 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 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

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

Assim, o Direito Penal estruturado teleologicamente, ou seja, construído para atender finalidades valorativas, deve orientar-se por pressupostos de Política Criminal, pelo que, passa ela a nortear também os conceitos alinhados à Teoria do Delito, sobretudo, as categorias a partir das quais seria possível atribuir responsabilidade penal ao sujeito (verifica-se o fato punível e que pode desencadear a imposição de determinada pena). Trata-se, aqui, do conceito material do crime.

Nesta perspectiva, o sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional quanto legal, autoriza e, por vezes, determina⁷ que o legislador estabeleça penalidades a partir do que se pode reconhecer que o constituinte pressupôs a existência de um Direito de Punir do Estado. No entanto, não se diz quando é que um comportamento deve ser considerado penalmente relevante para que o Estado possa, legitimamente, exercer esse direito. E esta é a principal questão que norteia o «conceito material do crime», isto é, a qualidade do conteúdo da ação punível. Enquanto através do «conceito formal de crime», a conduta punível é apenas sujeita a uma definição no âmbito do direito positivo, o conceito material de crime remonta para os fins do próprio Direito Penal, sua razão de ser. O conceito material de crime, portanto, é anterior à própria legislação penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que ele pode tipificar a partir de uma norma penal incriminadora (ação + pena) e o que ele não deve traduzir na forma de lei penal. A descrição deriva do papel do Direito Penal, que é entendido por Roxin como «proteção subsidiária dos bens jurídicos»⁸.

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”. Ver: SHÜNEMANN (2007), p. 207; 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 pode. Por isso, “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. De acordo com: ROXIN (2009), p. 21/25.

7 A Constituição Brasileira atribui ao legislador ordinário (através de lei federal) a criação de norma penal (art. 5.º, XXXIX). No entanto, ao longo de seu texto, apresenta determinações expressas de criminalização primária dirigidas ao legislador, tais como aquelas previstas no art. 5.º, XLII (prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei); art. 5.º, XLIII (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem); art. 5.º, XLIV (constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

8 ROXIN (1997), p. 51.

No âmbito abstrato, o objetivo político-criminal é preventivo geral: a ideia é que a previsão de determinada conduta na forma de tipo penal incriminador desmotive potenciais agentes a prática do comportamento previsto na norma.⁹ Por isso, também, ao momento de imposição da pena, devido aos limites inerentes ao princípio da culpabilidade e sua incompatibilidade com os incrementos da pena, derivados da prevenção especial e da prevenção intimidadora, a melhor maneira de proteger bens jurídicos é, conforme Roxin, a confirmação, afirmação e reafirmação da consciência jurídica (prevenção geral positiva).

Apesar disso, não parece existir um conceito de «bem jurídico» a partir do qual seja possível oferecer uma delimitação legalmente fundada e satisfatória para seu conteúdo. Por isso, Roxin¹⁰ anota que o melhor ponto de partida para se determinar o seu referente é reconhecer que há uma reserva direcionada anteriormente ao legislador, restrição essa que deve ser buscada nos princípios da Constituição. A partir dos valores constitucionais, um conceito de bem jurídico juridicamente vinculante só pode ser derivado das tarefas incorporadas na Lei Fundamental do Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo através do qual seus limites para o poder punitivo do Estado são ali demarcados.

Essas formulações materiais são elaboradas a partir da perspectiva do Estado Social de Direito. Busca-se, neste contexto, estabelecer a função limitadora do Bem Jurídico o conectando às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (critério teleológico-material) e com as finalidades consagradas na Constituição (teses constitucionalistas). E é por isso que 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 Winfried Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma penal terá seu bem

9 O tipo penal aqui funciona como garantia (limite), de modo que um fato só pode ser sancionado quando legalmente determinado antes da prática da ação. Assim, toda pessoa pode ter a possibilidade, antes da conduta, de saber se sua ação é punível ou não (o tipo penal incriminador não tem poder retroativo). A tarefa de determinar legalmente responsabilidade penal nessa medida foi atribuída ao tipo penal por Ernest von Beling. Conforme ele, «(...) a teoria do tipo é crucial na tarefa de interpretar os artigos da Parte Geral do Código Penal, na medida em que possam ser redirecionados para seu esquema conceitual básico, teremos uma redação bem elaborada do ponto de vista técnico, o que facilita a aplicação do preceito a fatos limitados pelo tipo, fora de cujos limites não há crime por falta de adaptação que, por sua vez, represente a garantia de classificação constitucional expressa no princípio *nullum crime sine lege*». Ver: BELING (2002), p. 302. Assim, pode-se dizer que o tipo penal tem a função de descrever objetivamente a execução de uma ação proibida e, somente a partir dessa função é atendida a exigência que deriva do Princípio da Legalidade Estrita. Notadamente, aqui, tem-se considerações alinhadas à ideia de Estado de Direito. Conforme: ROXIN (1979), p. 170. Consequentemente, «os tipos penais recebem circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento dentro da estrutura de um sistema social global estruturado baseado nessa concepção dos propósitos ou para a operação do próprio sistema». Ver: ROXIN (1997), p. 55-56.

10 ROXIN (1997), p. 55.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

jurídico no âmbito de proteção. Quanto a esse conceito, não há qualquer dúvida ou problema já que, onde existir uma norma, haverá um determinado 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.¹¹ 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, jamais como uma relação causal, neutra e formal.¹² Desse modo, um conceito pedagógico de Bem Jurídico pode ser definido como «todo valor da vida humana (bem) protegido pelo Direito (jurídico)».¹³

2. O bem jurídico como instrumento de limitação da intervenção penal

Toda essa racionalidade teleológica se desenvolve a partir da íntima relação que comporta o Direito Penal com as garantias do Sistema Constitucional, especialmente no que toca às características do Estado Social e Democrático de Direito. Mas, embora seja bastante prestigiada essa perspectiva de Bem Jurídico como objeto de tutela penal, um problema persiste: essa compreensão ancorada na «prevenção geral positiva» da pena, alinhada ao processo de criminalização primária, conforme estudos desenvolvidos por autores da chamada Criminologia Crítica¹⁴, não parece encontrar amparo empírico. Por isso, a ideia de proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal necessita ser enfrentada.

E esse enfrentamento está na compreensão de que não é a norma que determina substancialmente se o sujeito pratica ou não determinada conduta. Para tanto, basta analisar qualquer tipo penal em que há grande incidência comportamental (tipicidade). Imagine-se o art. 155 do Código Penal Brasileiro, que criminaliza a ação chamada furto. Em absoluto, não é a criminalização da subtração de coisa alheia móvel que impede a prática dessa ação (tanto o é que, de fato, não impede). Não parece existir, portanto, uma adequação de sentido entre a desmotivação da prática da conduta pelo sujeito e a previsão típica de referida conduta na forma de lei penal, o que faz concluir que o Bem Jurídico não poderia ser, de fato,¹⁵ objeto de proteção. E é por isso que alguns autores,

11 GRECO (2011), p. 89.

12 TAVARES (1992), p. 78-79.

13 CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 212.

14 BARATTA (2002).

15 CHAVES JR. (2018), p. 119-120.

a exemplo de Paulo Cesar Busato¹⁶, afirmam que o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica e não efetiva na proteção de Bens Jurídicos.¹⁷

E isso é um fato incontestável, 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.¹⁸

Especialmente por esta razão, esse campo de estudo entende que o bem jurídico é um indicativo que orienta o limite de produção da norma (abstratamente) e a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico é o limite que orienta a efetiva intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Tem-se, aí, um instrumento materialmente averiguável de limitação do Poder Punitivo; o Bem Jurídico Penal teria, então, uma função limitadora da intervenção penal.

Isso é importante para se romper com uma espécie de tautologia concentrada historicamente quando se tenta delimitar o conceito de bem jurídico desde as concepções contratualistas: quando se pergunta qual o objeto de proteção do Direito Penal, a resposta recorrentemente apresentada é a de que ele tutela os bens jurídicos que a sociedade considera relevantes para a sua coexistência. De igual modo, quando se pergunta quais são os bens jurídicos mais relevantes para a coexistência social, conclui-se, rapidamente, que são aqueles tradicionalmente assim considerados pelo Direito Penal¹⁹, ou seja, tutelados pela norma penal.²⁰ Neste ponto, se se parte da premissa de que os Bens Jurídicos mais importantes para a sociedade são aqueles assim considerados pelo legislador a partir da norma, forçoso é concordar com Winfried Hassemer²¹, quando diz que

16 BUSATO (2013), p. 16.

17 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 (2011), p. 41-42.

18 BUSATO (2013), p. 16.

19 Essa mesma constatação é registrada por Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Conforme os autores, a compreensão da categoria "bem jurídico penal" é melhor realizada a partir da teoria do tipo. Ver: ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 403. Assim, de acordo com os estudos dos teóricos da Criminologia Crítica, o bem jurídico penal é tido como uma espécie de ônus argumentativo necessário para criação de lei penal, e não, propriamente, um objeto de proteção da norma.

20 BARATTA (2014), p. 65; passagem semelhante em: BARATTA (1994), p. 10.

21 HASSEMER (1984).

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

o conceito de Bem Jurídico está intimamente atrelado ao arbítrio do modelo de cada Estado.²²

O fato é que a concepção do bem jurídico que orienta o Direito Penal dentro da estrutura dos propósitos constitucionais é, certamente, de tipo normativo, mas não estático. Está sempre aberto a mudanças de acultramento no quadro social pois, se assim não fosse, veria ele comprometida sua função político-criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização no âmbito das reformas penais. O bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do Direito Penal no caso concreto.²³

Basicamente, nos estudos que procuram encontrar um *referente material* de definição de crime capaz de exprimir a *negatividade social* das situações conflitivas da vida coletiva nas sociedades modernas e de indicar hipóteses excepcionais e merecedoras de criminalização legal, situações estas que admitiriam que o Direito Penal é necessário para solução de determinados conflitos.²⁴

Problema é que, apesar de se traçar um referente material para o processo de incriminação, referidos critérios possuem determinada vagueza, 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 ser 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 bens jurídicos ilegítimos (abstratamente) e, no âmbito concreto, punir comportamentos inócuos, sem qualquer correspondência efetiva com questões relevantes 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

22 Vale registrar que o Estado cumpre um papel decisivo na configuração do Direito Penal. E o primeiro aspecto que mostra claramente as íntimas relações entre Direito e Poder está no fato de que a produção das leis, que constituem a principal fonte formal do Direito é de competência das instituições que detêm o Poder Político. Ver: FRAGOSO (2015), p. 114. Desse modo, «o direito penal objetivo é expressão ou emanação do poder punitivo do Estado». Ver: FIGUEIREDO DIAS (2004), p. 6. Dentro de uma modelagem democrática, o Direito Penal reprime o próprio Estado, funcionando como um direito delimitador do poder punitivo estatal, revelando-se, em última análise, como um instrumento voltado ao atendimento dos direitos e das garantias fundamentais. De outra parte, dentro de uma concepção totalitária, o Direito Penal reprimirá o indivíduo, funcionando como um direito relegitimador da ordem social vigente, revelando-se, em última análise, como um instrumento voltado à repressão implacável dos inimigos do regime político. Ver: MEROLLI (2010), p. 264.

23 BECHARA (2009), p. 21.

24 SANTOS (2008), p. 14.

25 TAVARES (2016), p. 254.

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

Assim, não há nada que, automaticamente, forneça elementos ao legislador para que seja, desde logo, criminalizado. Pelo contrário, o conceito de bem jurídico apenas fornece um critério de incriminação que deve ser desenvolvido na matéria jurídica e que o legislador e o aplicador da lei devem consultar na **criação e interpretação** de cada preceito penal específico. ²⁷ Trata-se de um ônus argumentativo necessário a partir do qual, legitimamente, um tipo penal pode ser criado e a ação adequada formalmente a este tipo pode ser, no plano concreto, considerada relevante a ponto de ser legítima a imposição da pena prevista no tipo.

Então, pode-se dizer que o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui o objeto de proteção penal pois, existe, inegavelmente, um núcleo duro de bens jurídicos (tais como a vida, a incolumidade física, a liberdade, a sexualidade humana) que configuram a base de um Direito Penal Mínimo e, portanto, dependem de proteção, também, penal. Além disso, admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização de comportamentos não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal (que, conforme se verá, deve ser sempre subsidiária e fragmentária), nem implica incluir todo e qualquer bem jurídico como objeto de justificação do processo de incriminação. O problema, em absoluto, não reside aí. O problema dessa arquitetura teórica é que, se é verdade que a fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para proteção pela via do Direito Penal é a Constituição da República (reconhecida como o fundamento político do Estado Democrático de Direito) ²⁸, então é possível afirmar com razoável segurança que a criminalização a partir desse critério, ao menos no Brasil, parece bastante distante da proposta apresentada teoricamente. É o que se mostrará na sequência a partir de duas reflexões: a primeira, relacionada aos crimes de lesão, insere-se ao comportamento que se amolda formalmente ao tipo penal relacionado ao crime de furto; a segunda (alinhada aos crimes de perigo), encontra adequação formalmente típica no crime de tráfico de drogas.

26 PEREIRA (2003), p. 309-310.

27 ROXIN (1997), p. 58.

28 SANTOS (2008), p. 15-16.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

3. A intervenção mínima em matéria penal

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 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.».²⁹

Trata-se de uma tradição que relaciona a Dogmática Penal, Política Criminal e Direito Constitucional (sobretudo, no que se refere a Teoria dos Direitos Fundamentais)³⁰ e alcança tanto o Direito Penal Material quanto o Direito Penal Formal. Esta tradição dá prioridade a certos princípios particulares da Filosofia do Direito Penal, da Política Criminal e da Dogmática Penal, dentre os quais Winfried Hassemer³¹ destaca três:

- a) O primeiro deles é um Direito Penal de Fato: é na base da conduta humana que se sustenta a interferência penal e o suspeito da prática da ação como primeiro ponto de partida da atividade jurídico-penal do Estado. Por isso, o tipo penal deve descrever a ação criminosa e não determinada personalidade delitiva. Qualquer abertura para a infiltração de um Direito Penal de Autor (*Täterstrafrecht*) constitui uma verdadeira possibilidade de manifestação de um poder punitivo autoritário;
- b) O segundo consiste na recusa sistemática de vincular o Direito Penal com a reivindicação de tendências gerais, certas formas de vida ou convicções morais³² e, em vez disso, buscar objetos de proteção com o maior grau possível de definição;

29 HASSEMER; Muñoz Conde (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 (Obra citada, p. 114).

30 Em termos operacionais e processuais, conforme Canotilho, isso se dá porque as declarações em favor dos direitos fundamentais pelo texto constitucional dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais que elas visam controlar e condicionar no exercício das suas próprias funções executivas. Ver: CANOTILHO (2008), p. 118.

31 HASSEMER (2005), p. 63-64.

32 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. Ver: GRECO (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.

- c) O terceiro e não menos importante diz respeito a aproximação do princípio segundo o qual, em um Estado Democrático de Direito, não se pode considerar relevante penal o comportamento que não cause efetiva lesão (ou efetivo perigo de lesão) a um bem jurídico penalmente tutelado sob o argumento vago de necessidade de castigo.

A concepção material do Bem Jurídico Penal se encontra alinhada as ideias de direito subjetivo, interesse, valor, etc., os quais, 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. Conforme explica Juarez Tavares³³, essa orientação subordina a norma a um processo de avaliação. Aqui, 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.

Reconhecendo-se que o Bem Jurídico é condição necessária para a coexistência social (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) tendo como núcleo fundante a Constituição, passa o Direito Penal que respeita essa funcionalidade a ter *status* constitucional. De outra parte, se a Constituição é dotada de uma carga valorativa voltada, especialmente, à proteção de Direitos Fundamentais, estaria o legislador limitado a criar tipos penais de acordo com a promoção desses direitos, cujos valores são delineados na Lei Maior.³⁴ Em conclusão, num Estado Democrático de Direito, a Constituição da República funciona como instrumento de limitação ao legislador no exercício de incremento de tipos penais incriminadores e de restrição ao operador do Direito no emprego da pena criminal a comportamentos deslocados do âmbito de proteção do Direito Penal. Por isso, Claus Roxin³⁵ defende um conceito de bem jurídico limitador à legislação penal, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma legítima punição.

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). 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).³⁶ Nesse âmbito de proteção, a ideia é que sejam abarcados bens

33 TAVARES (2016), p. 254-255.

34 STERNBERG-LIEBEN (2007), p. 107-108.

35 ROXIN (2009), p. 20.

36 CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 213.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

jurídicos mediante a pena em uma medida adequada, ou seja, sem exceções desproporcionais e no marco dos Sistemas Constitucionais.³⁷ 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 inválida por não representar essa norma um instrumento adequado do processo de comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito».³⁸ Daí a importância da submissão ao Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos formulado por Claus Roxin³⁹, 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»⁴⁰ (critério da fragmentariedade⁴¹).

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».⁴²

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 subsidiariedade⁴³).

37 SÁNCHEZ (2013), p. 92.

38 TAVARES (2016), p. 254.

39 ROXIN (2009), p. 26.

40 MUÑOZ CONDE (2011), p. 563.

41 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. Ver: BUSATO (2013), p. 56-59.

42 ROXIN (2009), p. 26.

43 O desrespeito ao caráter subsidiário do direito penal gera um pernicioso fenômeno denominado de

É bem verdade que a afirmação de que o Direito Penal deve 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, argumentação ou discussão. Neste sentido, bem jurídico será todo aquele cuja tutela legitima a punição».⁴⁴

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: a) pelo **legislador** (durante o processo de seleção das condutas penalmente relevantes); b) 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 Raposo⁴⁵ enumera três etapas que devem ser observadas por ocasião da escolha dos comportamentos passíveis de punição por meio de uma pena: PRIMEIRA: a identificação do bem jurídico que se deseja proteger⁴⁶; SEGUNDA: 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

“hipertrofia penal”, o que representa a cristalização da ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para todos 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. Ver: MEROLLI (2010), p. 21. Assim, a necessária proteção do Bem Jurídico pela via penal pode 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 matarás”. 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 Código Civil Brasileiro) 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; PIERANGELI (2011), p. 397.

44 CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 214.

45 RAPOSO (2011), p. 167.

46 A importância disso reside, justamente, porque é «através do direito penal que o controle social é formalizado». Ver: HASSEMER; Muñoz Conde (1989), p. 116.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

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, TERCEIRA: 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. Neste ponto, dois níveis de observação se levantam:

No 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 opinião⁴⁷ e ofensas a convicções de conteúdo meramente moral.

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 Roxin⁴⁸, 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.

4. A intervenção penal nos tribunais superiores brasileiros: da desconexão entre os postulados ao esvaziamento dos critérios para a legítima intervenção mínima em matéria penal

Os critérios para a legitimação de normas penais e sua respectiva aplicação a partir das teorias do Bem Jurídico como núcleo fundamente 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»⁴⁹, 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*⁵⁰ na forma

47 BUSATO (2013), p. 65.

48 ROXIN (2009), p. 41.

49 GALVÃO (2011), p. 117.

50 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

daquilo que tratou Luigi Ferrajoli⁵¹: «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 Busato⁵² 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 modelo constitucional brasileiro, o Bem Jurídico deve operar como um limite ao Estado (função negativa), jamais em sentido contrário. E, obviamente, esse limite não obriga a criar tipos penais, nem mesmo nos casos em que se verificam razoavelmente importantes para a coexistência social⁵³, pois o Estado possui outros instrumentos de tutela distintos daqueles produzidos a partir do Direito Penal, de forma que não se pode inverter o sentido do âmbito de proteção⁵⁴ (*ultima ratio*).

No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado sob a denominação de *princípio da bagatela* ou *princípio da insignificância*, nomenclatura que fora mencionada por Claus Roxin na obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*⁵⁵ editada pela primeira vez em 1972.⁵⁶ Referido postulado é tido como regra implícita que decorre do fundamento do Estado Democrático do Direito expresso, essencialmente, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CRFB/88, art. 1.º, III) e na tutela de bens jurídicos fundamentais que desse fundamento decorrem.

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 JUNIOR; OLDONI (2014), p. 141.

51 FERRAJOLI (1992).

52 BUSATO (2013), p. 17.

53 Exemplo disso pode ser extraído da penalidade prevista para o condutor de veículo automotor que, no Brasil, avança sinal vermelho (semáforo). Conforme o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.502/97, art. 208), a pena para esse ilícito administrativo é de multa. Embora a segurança no trânsito seja um importante Bem Jurídico a ser protegido pela norma e, sem dúvida, referido comportamento coloque em perigo essa segurança pretendida, o Direito Administrativo faz essa proteção de forma suficientemente satisfatória.

54 CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 214.

55 Ver: ROXIN (2002), p. 73.

56 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.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

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.⁵⁷ Com a imposição de critérios materiais e valorativos, procura-se superar, pois, a aplicação meramente formal das normas de Direito Penal.

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. Conforme eles, foneticamente, a expressão «insignificância» associa o princípio a uma questão de pouca importância quando, realmente, ocupa o núcleo da filtragem político-criminal.

Paulo Cesar Busato⁵⁸, 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 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 injustos patrimoniais. De outra parte, 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 Brasileiro. 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*.⁵⁹

57 BITENCOURT (2012), p. 68-69.

58 BUSATO (2013), p. 64.

59 Veja-se, porém, que é possível encontrar antecedentes ainda mais remotos a esse julgado 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 (HC 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 atipici-

Dezesseis 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 formariam a matéria sedimentada para a aplicação do *princípio da insignificância* em matéria penal no Brasil.⁶⁰

Apoiando-se neste precedente, foram assentadas algumas premissas razoavelmente alinhadas ao Princípio da Intervenção Mínima: a) a *insignificância* é fundada nos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade; b) a *insignificância* exclui a tipicidade material do fato⁶¹; e, c) para o reconhecimento da *insignificância*, devem ser observados os quatro vetores que orientaram o HC 84.412, 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.⁶²

Ao que parece, então, o Tribunal não conceberia, doravante, a existência de uma conduta típica que não afetasse consideravelmente um Bem Jurídico penalmente relevante, assim considerado pelo sistema jurídico-penal. Seria, essa lesão, indispensável, portanto, para configurar a tipicidade penal, adequando a jurisprudência àquilo que a dogmática penal já vinha sustentando a tempos: «o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um ‘para quê?’ do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação

dade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, uma vez que as condutas ocorreram antes do advento do Decreto-Lei n.º 385/1968. Ver: **STF**, HC 123.108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª T., j. 03/08/2015, DJe 01/02/2016.

60 O acusado, no caso em questão, fora processado por furtar uma fita de *videogame*, avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Ver: **STF**, HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 19.10.2004, DJe 19/11/2004.

61 Isso porque, é bastante prevalente no âmbito doutrinário 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. Ver: ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 398.

62 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/RS, 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 Zaffaroni, 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; SLOKUR; ALAGIU (2002), p. 650-657.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

teleológica da lei penal (...).⁶³ Ou, ainda, «os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos quais o Direito Penal outorga a sua tutela. (...) O tipo extrai, assim, da norma; e a norma, do bem jurídico».⁶⁴

4.1. A política da Intervenção Penal nos Crimes Patrimoniais não violentos: uma jurisprudência voltada ao Direito Penal de Autor

Ao se consultar os precedentes dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), é possível diagnosticar uma razoável inferência da orientação formulada a partir dos quatro vetores interpretativos (oriundos, conforme tratado, do HC 84.412, do STF) na abordagem do Princípio da Insignificância. 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 aos ideais 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 do agente**⁶⁵ (por vezes, utilizando-se da expressão

63 ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 402-403; ver, ainda: BATISTA (2007), p. 84-90.

64 JESCHECK (1993), p. 231.

65 A reincidência está prevista no Art. 63 do Código Penal Brasileiro e comporta a seguinte redação: «Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior». Conforme se vê, o instituto da reincidência penal é uma clara manifestação do Direito Penal de Autor, pois está atrelado a circunstâncias de caráter estritamente pessoal e sem qualquer relação com o fato sob julgamento: o proibido e reprovável ou perigoso é a personalidade do agente, e não a ação por ele praticada. Por isso, não se condenaria tanto o furto quanto o 'ser ladrão': «o direito penal de autor, (...) é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva». Ver: ZAFFARONI; PIERANGELI, (2011), p. 110. Não por outra razão, uma considerável gama da dogmática penal considera que referido instituto viola os Direitos Fundamentais e tem, assim, a sua constitucionalidade questionada. Isso, especialmente em razão de sua fatal desvinculação com o injusto penal colocado sob julgamento. Desse modo, verifica-se que os fundamentos de punir das antigas culturas ainda vivem no nosso ambiente social, mas agora, revestidos de determinada racionalidade jurídica. Neste sentido: ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 107-111; QUEIROZ (2008), p. 102; FRANCO (1995), p. 781; BUSATO (2013), p. 891; BUSATO (2009), p. 222-223; ROSA, (2006), p. 354-355; GALVÃO (2011), p. 764; SANTOS (2008), p. 580.

«reiteração delitiva»⁶⁶, 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 a aplicação do *princípio da insignificância* deve ser precedida de «criteriosa análise de cada caso», e, sobretudo, a fim de evitar que a sua adoção indiscriminada do postulado constitua «verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais»⁶⁷. 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 em que, apesar de não existir lesão aparente ao Bem Jurídico, consideram típicas hipóteses em que o agente ostenta condenações anteriores ou, até mesmo, inquéritos policiais ou ações penais em curso⁶⁸, haja vista que, nesta última condição, embora possa se falar em agente tecnicamente primário⁶⁹, «referida situação pessoal evidencia uma habitualidade delitiva, o que não pode ser tolerado pelo Direito Penal».⁷⁰

Observa-se, assim, uma flagrante transmutação do Princípio da Intervenção Mínima e dos critérios da lesividade, da fragmentariedade e da subsidiariedade, pois aquilo que tem a função de limitar o *ius puniendi*, é flagrantemente manipulado como verdadeiro instrumento para interpretações extensivas da norma penal. Em outras palavras, «determinadas construções dogmáticas convertem um limite do direito de punir em uma demanda e justificação a qualquer custo, de modo que subvertem sua função de freio para transmutá-lo em um acelerador de incriminação»⁷¹.

A desorientação hermenêutica é tão brutal que se chega a aportar para um verdadeiro **Direito Penal de Autor**⁷², 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: ignora-se o fato praticado e concentra-se na pessoa do agente.⁷³ Por

66 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/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes; HC 106.068/MG, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia; e HC 93.393/RS, que tem como Relator o Min. Cezar Peluso, etc.).

67 Ver: **STF**, HC 120043/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1.^a T., j. 19/11/2013, DJe 03/12/2013. Ainda, no AgR no HC 107.733/MG, 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).

68 **STJ**, HC 250.126/AL, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.^a T., j. 10/03/2016, DJe 21/03/2016.

69 Conforme a literalidade do art. 63 do Código Penal Brasileiro.

70 Extraído de: **STF**, HC 135317/MG, rel. Min. Carmen Lúcia, 2.^a T., j. 06/09/2016, DJe 01/08/2017.

71 CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 215.

72 Sobre o Direito Penal de Autor, ver: JAKOBS; MELIÁ (2007).

73 Os precedentes que subvertem os critérios da Intervenção Mínima do Direito Penal são fatos: no RHC 117.751, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado por ter subtraído de um

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

certo, esse tratamento dirigido à pessoa do réu propõe um modelo de exegese bastante esquizofrênico, conforme se pode constatar do exemplo trazido por Paulo Cesar Busato⁷⁴, segundo o qual, seria bastante curioso submeter a esses tribunais à consideração da seguinte hipótese: “A”, reincidente, em concurso de pessoas com “B”, agente completamente primário e de bons antecedentes, praticam determinada subtração de valor irrisório, verdadeiramente sem qualquer importância. Perceba-se que, seguindo esse 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.⁷⁵

Conforme se verifica, conquanto tenha se esforçado a dogmática em estabelecer critérios amparados na subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, especialmente, a partir da importância do desvalor da ação e do resultado (lesividade), o que se tem é uma exegese fundada em circunstâncias que não encontram amparo em quaisquer desses critérios. Estabelece-se, pois, um «princípio de intervenção *a la carte* em que, ora é mínimo, ora é sustentado essencialmente em caracteres da pessoa que está sob julgamento.

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

74 BUSATO (2013), p. 64.

75 É o que emerge dos precedentes: **STF**, HC 110.951/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a T., j. 13/12/2011, DJe 27/02/2012; **STF**, HC 108.696/MS, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a T., j. 06/09/2011, DJe 20/10/2011; e **STF**, HC 107.674/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.^a T., j. 30/08/2011, DJe 14/09/2011.

Sabe-se que a 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 do fato **só podem** 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 Penal⁷⁶), ou seja, após comprovada a presença de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Por isso, 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 a última instância de controle social (Direito Penal)⁷⁷. 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 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 via⁷⁸ (institucionalizada ou não).

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 agentes em situação de (e tão somente em razão da) *reiteração delitiva* (tecnicamente reincidentes ou não). Nesta perturbada desorientação, a **ação decorrente da** subtração de um chocolate de uma loja que compõe uma grande rede de supermercados pode ou não ser considerada típica e essa determinação da existência do injusto 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 Brasil⁷⁹, semelhantemente à proposta e limites materiais trazidos por Günther

76 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.

77 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, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 05/02/2009, DJe 16/03/2009.

78 BUSATO (2013), p. 67.

79 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

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

Jakobs, na década de 1980: «criminalização no estágio prévio à lesão a bem jurídico»⁸⁰. Neste passo, «o Direito Penal poderia ser caracterizado pela imagem do agente de que ele parte»⁸¹.

A partir disso, esses tribunais fazem com que o Direito Penal de Fato simplesmente **não se realize. É como se o** ato de subtrair coisa qualquer fosse considerado o sintoma de uma personalidade perigosa e que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.⁸² Para tanto, levam-se em conta critérios que tratam de provocar uma deformação no Direito Penal de Fato pela prática do sistema, ao tempo em que se sustentam em determinadas racionalizações justificantes de tais práticas.

É claro que a Intervenção Mínima 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, assumidamente, ter-se um Direito Penal de Periculosidade e fundado, portanto, na pessoa do autor.

Conforme já se registrou dos ensinamentos de Winfried Hassemer⁸³, a **ação humana é a base da interferência penal**, pelo que, qualquer abertura para a infiltração de um Direito Penal de Autor constitui uma verdadeira possibilidade de manifestação de um poder punitivo autoritário. Além disso, formas de vida ou convicções morais não podem fazer parte do processo de criminalização. Por último, num Estado que se pretende ser reconhecido Democrático de Direito, não se pode considerar relevante penal o comportamento que não cause efetiva lesão ou qualquer perigo de lesão a um bem jurídico sob o argumento vago de necessidade de penalidade e correção.

Além disso, toda essa argumentação proveniente dos precedentes aqui anotados, rasa e sem fundamento teórico-dogmático no Princípio da Intervenção Mínima, que procura postular um Direito Penal de Autor ou o introduzir, sub-repticiamente, na construção dos conceitos do saber penal, acaba por burlar o *nullum crimen sine conducta*, na medida em que considera a conduta como um simples sintoma de uma personalidade inimiga, ou hostil ao direito (reiteração delitiva). Trata-se de uma das mais perigosas manifestações do Direito Penal

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». Ver: **STF**, HC 123.108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª T., j. 03/08/2015, DJe 01/02/2016.

80 Ver: JAKOBS; MELJÁ (2007).

81 GRECO (2011), p. 25.

82 ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 110.

83 HASSEMER (2005), p. 63-64.

Autoritário, que repugna os mais elementares princípios constitucionais⁸⁴ voltados à proteção dos Direitos Fundamentais.

4.2. A política da Intervenção Penal em crimes de perigo abstrato: notas acerca da ação formalmente adaptada ao tipo penal que criminaliza o tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 3385)

A afetação ao bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano (ou lesão) e de perigo. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória (como pode ocorrer num crime de furto), do Bem Jurídico. Por outro lado, há afetação ao Bem Jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo (de lesão). Essas duas formas de afetação dão lugar a uma classificação dos tipos penais em tipos de dano e tipos de perigo (esses últimos, distinguidos entre tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto). Acerca deles, sustenta-se que o perigo concreto é entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade.⁸⁶

A justificativa declarada para tipificação da prática do tráfico de drogas traz como bem jurídico penalmente tutelado a saúde pública que, juntamente com outros bens jurídicos coletivos (direito penal ambiental, direito penal econômico, etc.), decorre de proteção razoavelmente recente. Trata-se de uma política criminal ancorada na antecipação da criminalização do dano ao Bem Jurídico: ao invés de proteger a saúde de pessoas determinadas que, no plano concreto, encontram-se com esse bem jurídico em risco, lança-se uma espécie de proteção virtual à saúde pública (bem jurídico coletivo).

Essas novas criminalizações derivam, além de uma notável expansão do âmbito de alcance do Direito Penal a determinados bens, mas também, de uma verdadeira antecipação da proibição penal, especialmente no que toca a tendência de se formular novos crimes de perigo abstrato: tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto ao bem jurídico que a norma declara proteger.⁸⁷ Aqui se verifica, conforme anota Win-

84 ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 111/360.

85 Extrai-se do referido tipo penal: «Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)».

86 ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 488.

87 GRECO (2011), p. 2.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

fried Hassemer⁸⁸, a tendência de significativa redução dos clássicos crimes de resultado, na medida em que os crimes de perigo ocultam a ausência da factual força do Direito Penal para proteger, de fato, o bem jurídico, suprimindo a ligação entre o comportamento criminalizado e o dano a esse bem. Neste passo, o injusto penal não é mais a causa provável de um dano, mas, tão somente, uma atividade qualquer que o legislador criminalizou. Em miúdos, se a potencialidade ou o perigo abstrato de dano existe na escolha desta atividade, não pode isso ser discutido no âmbito da norma, pois isso compreende apenas um elemento de avaliação na promulgação da norma.

Assim, essa desmaterialização do bem sob proteção traz, em qualquer hipótese, dificuldades dogmáticas e político-criminais. O primeiro deles é delimitar claramente quando é que determinado Bem Jurídico é lesionado ou colocado em perigo pelo comportamento formalmente típico. Outro problema é conseguir razoavelmente estabelecer a relação de causalidade entre a ação e seus possíveis efeitos. Por fim, há problemas para se permitir verificar se o bem jurídico que permitiria o processo de criminalização é referido, em última instância, a interesses individuais ou não.⁸⁹

De qualquer maneira, se a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos (concepção teleológica/valorativa) ou mesmo, se o seu intuito é limitar o poder punitivo (concepção limitadora/reducionista – quando então o Bem Jurídico funcionaria como instrumento de limitação da intervenção penal), forçoso admitir que tais interesses só podem ser referidos a indivíduos determinados, de modo que apenas bens jurídicos individuais são de pronto legítimos. Os bens jurídicos supraindividuais, tais como a saúde pública, devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (pelo menos, determináveis).⁹⁰

Essa análise personalista do Bem Jurídico, conforme Winfried Hassemer, «objetiva uma política de Direito Penal vinculada a critérios que justifiquem e mensurem suas decisões com base na proteção de interesses humanos dignos de proteção»⁹¹. Caso contrário, pode-se inserir no contexto da norma, simplesmente, qualquer coisa: autoriza-se criminalizar práticas, por exemplo, para atingir, ilegitimamente, determinados grupos específicos de pessoas num flagrante descompasso com os postulados que norteiam a intervenção mínima no âmbito do Direito Penal. Por isso, deve-se partir de um modelo de Direito Penal adequado ao Estado de Direito que se caracteriza em reconhecer bens jurídicos

88 HASSEMER (1995), p. 23-36.

89 BECHARA (2009), p. 21.

90 Concepção formulada por Winfried Hassemer intitulada Teoria Pessoal ou Teoria Monista-pessoal do Bem Jurídico. Conforme: GRECO (2011), p. 16.

91 HASSEMER; Muñoz Conde (1989), p. 112.

relevantes, mas, aliado a isso, para os quais seja possível (no sentido da Teoria Pessoal) identificar lesão ou perigo de lesão no âmbito concreto do comportamento humano, sempre estritamente formalizado e reduzido a seu núcleo de todo indispensável, qual seja, o Bem Jurídico Penal.⁹²

Dito isso, pode-se dizer que há situações específicas em que a intervenção penal não se dá apenas quando há um dano ao Bem Jurídico determinado, mas quando é ele, também, colocado em perigo. Para tanto, porém, a ação (tanto no plano objetivo quanto subjetivo) deve ser dirigida a possibilidade de causar lesão a esse bem. E é por isso que Claus Roxin⁹³ afirma que, ainda no plano dos crimes de perigo, a criminalização da ação a partir da qual não exista qualquer possibilidade de lesão ao Bem Jurídico objeto de proteção da norma é proibida.

Eis aqui o ponto nevralgico desta parte da pesquisa. Independentemente da dispensabilidade de lesão própria dos crimes de perigo, a ação consubstanciada na prática de qualquer dos verbos compreendidos no tipo deve ser potencialmente lesiva a ordem social a partir da leitura do Bem Jurídico delimitado no âmbito da norma, diante do que, três considerações são necessárias.

- a) A primeira é que, no Brasil, o crime de tráfico de drogas é classificado como crime de perigo abstrato ou de mera atividade, o que, conforme a construção teórica acerca dessa espécie normativa, dispensa qualquer lesão efetiva ao Bem Jurídico, qual seja, a saúde pública;
- b) Criminalizar ações que, em tese, buscariam a proteção de bens supraindividuais e de perigo abstrato não autoriza o Estado a intervir na esfera de liberdade das pessoas pela via do Direito Penal de qualquer modo;
- c) Para tanto, faz-se necessário alinhar a criminalização da ação de traficar drogas à Teoria do Bem Jurídico e ao Princípio da Intervenção Mínima. Assim, numa análise atenta e valorativa, para que a ação adequada formalmente a qualquer dos verbos do tipo seja considerada materialmente típica, deve ela gerar um perigo (ainda que abstrato) de lesão à saúde pública. Dito de outra forma, além da tipicidade formal, também nos crimes de perigo abstrato se deve avaliar o conteúdo material da norma, pois é a partir dessa análise que se revela o bem jurídico que estaria tutelado por esse conteúdo.

Conforme se verifica, não se pode abandonar o conteúdo material do crime, qualquer que seja a espécie normativa sob avaliação. Faz-se necessário, sempre, ponderar se a ação contrariou o aspecto valorativo do seu teor contido na norma.

92 GRECO (2011), p. 16.

93 ROXIN (1997), p. 60.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

No entanto, é patente o desprezo aos postulados do Princípio da Intervenção Mínima pelos Tribunais Superiores do Brasil quando o tema em apreciação são casos formalmente alinhados ao delito de tráfico de drogas. Em grande medida, a tipicidade do comportamento é verificada tão somente em razão da letra fria e abstrata da lei, desprezando-se por completo as peculiaridades de cada caso e a impossibilidade material de qualquer ofensa ao Bem Jurídico no caso concreto. Exemplo disso pode ser extraído de um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em que fora considerada típica a ação perpetrada a partir de 0,25 decigramas de droga. No precedente, estranhamente, faz-se referência à “potencialidade da droga” para catalisar uma expressão absoluta de potencialidade de dano: «não se deve (...) prejudicar a configuração da tipicidade do delito, que está vinculada à potencialidade da droga, ao risco social e à saúde pública e não à lesividade comprovada em cada episódio concreto»⁹⁴.

É claro que, apesar de argumentar nesse sentido, despreza-se à atuação fragmentária do Direito Penal que sempre é dirigida ao caso concreto, sob uma perspectiva material, quando então, no caso, seria impossível considerar relevante o desvalor da ação. Do precedente, o Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos (Claus Roxin) é transformado em «princípio de total proteção dos bens jurídicos», pois, renuncia-se à proteção de sua segurança jurídica de liberdades públicas frente ao poder do Estado em troca de uma suposta falsa segurança material: a proteção de todo e qualquer interesse pela via do Direito Penal.

Não se está a dizer que a responsabilidade penal que pode derivar da ação de traficar drogas precisa causar lesão efetiva ao Bem Jurídico. Não se trata disso. Alguém que pratica qualquer dos verbos do tipo (vender, por exemplo) havendo como objeto material quantidade de droga suficiente a lesar a saúde pública (1 kg de cocaína, por exemplo), ainda que não provoque a lesão efetiva a que estava sujeito, efetivamente, incorre formal e materialmente no tipo. Isso porque a sua ação provoca uma possibilidade de lesão a saúde pública: a ação deve comportar possibilidade de dano, ainda que, materialmente, isso não ocorra, pois, num plano valorativo, a finalidade da norma é evitar o perigo que pode causar essa prática. Por outro lado, não se precisa de um raciocínio muito apurado para se perceber, desde logo, que a conduta perpetrada a partir

94 Conforme o Tribunal, «obstaculizar a ação, sob o fundamento de que o comportamento é insuficiente para afastar o objeto jurídico tutelado, considerando penalmente irrelevante a apreensão de pequena quantidade de cocaína, seria descriminalizar a conduta, inviável, em se tratando de tráfico de entorpecentes, face ao interesse público na repressão no aludido delito». «Trata-se de crime de perigo, bastando que a droga encontrada seja por natureza capaz de produzir dependência física ou psíquica, como é o caso da cocaína. Não se deve, portanto, prejudicar a configuração da tipicidade do delito, que está vinculada à potencialidade da droga, ao risco social e à saúde pública e não à lesividade comprovada em cada episódio concreto». Ver: **STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6.ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

de 0,25 decigramas de droga não autoriza qualquer leitura de possibilidade de lesão à saúde pública.⁹⁵

Há diversos outros precedentes, tanto oriundos do Superior Tribunal de Justiça⁹⁶ quanto do Supremo Tribunal Federal⁹⁷, que confirmam essa postura bastante divorciada dos postulados teóricos da dogmática alinhados a mínima intervenção penal.

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, 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 pelas quais 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»⁹⁸, o que faz revelar uma tendência bastante preocupante.

Inicialmente, parte-se da premissa da qualificação dos membros dos tribunais brasileiros no que se refere a questões alinhadas ao Direito, inclusive, as questões de matéria penal, pois o tema aqui sob análise é conteúdo que abrange as primeiras aulas de Direito Penal de qualquer curso de Direito e que, a partir dele, desenvolve-se toda a dogmática e os critérios legítimos de incriminação.⁹⁹ Por outro lado, é bastante evidente o desprezo a função do Bem

95 Aliás, crê-se que nem mesmo a saúde individual pode ser atingida com tão ínfima quantia.

96 STJ, HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a T., j. 18/11/2010, DJe 06/12/2010; STJ, HC 24.610/PE, rel. Min. Jorge Scartezini, 5.^a T., j. 17/02/2002, DJe 24/03/2003; STJ, HC 463.656/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.^a T., j. 04/10/2018, DJe 24/10/2018; STJ, HC 240.258/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a T., j. 06/08/2013, DJe 13/08/2013; STJ, AgRg no HC 125.332/MG, rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a T., j. 20/10/2011, DJe 14/11/2011; STJ AgRg no REsp 1.733.645/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.^a T., j. 05/06/2018, DJe 15/06/2018.

97 STF, HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1.^a T. j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006; STF, HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.^a T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006; STF, HC 91.759-3/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1.^a T., j. 09/10/2007, DJe 30/11/2007.

98 BUSATO (2013), p. 65.

99 Veja-se que essa conclusão possível não é perda e nem fora de contexto, e pode ela ser confirmada a partir do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: «HC, Furto qualificado. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Relevância da conduta na esfera penal. Precedentes. Ordem de habeas corpus denegada. 1. A conduta imputada ao Paciente – furto de 02 bicicletas no valor de 150 reais não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. 2. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

Jurídico como primeiro tópico da argumentação sobre a validade da norma penal, ou seja, o primeiro momento em qualquer processo de justificação da intervenção estatal¹⁰⁰.

Por fim, a conclusão que se tem é que vigora nesses tribunais uma opção explícita pelo autoritarismo em detrimento dos postulados norteadores da intervenção penal consubstanciada num desequilíbrio de juízo crítico do sistema em que estão eles inseridos. Punições severas direcionadas a ações materialmente irrelevantes podem, talvez, «prover a ilusão de segurança, cobrindo os sintomas da doença social com um sistema de julgamentos de valores morais e legais»¹⁰¹. Tem-se, diante desse cenário, não mais um Direito Penal voltado a proteção de interesses importantes à coexistência, mas uma ferramenta de controle e balizas morais.

Bibliografia

- ALEXY, Robert, 2008, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Vergílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo.
- BARATTA, Alessandro, 1994, “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5.
- BARATTA, Alessandro, 2002, *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, Tradução de Juarez Cirino dos Santos, 3. ed., Revan, Rio de Janeiro.
- BARATTA, Alessandro, 2014, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica” in *Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam*, Editorial B de F Ltda., Montevideo/Buenos Aires, p. 37-55.
- BATISTA, Nilo, 2007, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11. ed., Revan, Rio de Janeiro.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S, 2009, “O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual”, *Revista Liberdades*, n.º 1, maio-agosto, p. 16-29.
- BELING, Ernest von, 2002, *Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo*, Traducción de Sebastián Soler, Librería El Foro, Buenos Aires.

das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado’ (STF, HC 97.772/RS, 1.ª T., rel. Min. Carmem Lúcia, j. 03/11/2009, DJe 19/11/2009). 3. Ordem de habeas corpus denegada. HC 206.013/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19/09/2012».

100 CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 217.

101 Conforme anotaram Georg Rusche e Otto Kirchheimer há quase 90 anos. Rusche; Kirchheimer (2005).

- BITENCOURT, Cezar Roberto, 2012, *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 17. ed., Saraiva, São Paulo.
- BUSATO, Paulo César, 2009, “Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade” in *Ciências Criminais*, Ana Cláudia Bastos de Pinho e Marcus Alan Melo Gomes (Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 211-225.
- BUSATO, Paulo César, 2013, *Direito penal: parte geral*, 2. ed., Atlas, São Paulo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2008, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2. ed., Revista dos Tribunais, Coimbra.
- CHAVES JR., Aírto, 2018, *Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras*, Tirant lo Blach, Florianópolis.
- CHAVES JR., Aírto; OLDONI, Fabiano, 2014, *Para que(m) serve o direito penal? Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- CRUZ, Paulo Márcio, 2003, *Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo*, 3. ed., Juruá, Curitiba.
- CUSSAC, José L. González et alii, 2017, *Compêndio de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, Tirant lo Blanc, Valência; Empório do Direito, Florianópolis.
- FERRAJOLI, Luigi, 1992, “Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales” in *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, marzo-junio, año 4, n.º 5, p. 02-08.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, 2004, *Direito Penal: parte geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra.
- FRAGOSO, Christiano Falk, 2015, *Autoritarismo e Sistema Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- FRANCO, Alberto Silva, 1995, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5. ed., rev. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo.
- GALVÃO, Fernando, 2011, *Direito Penal: parte geral*, 4. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- GRECO, Luís, 2010, “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, n. 82, jan-fev., p. 165-185.
- GRECO, Luís, 2011, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- GRECO, Luís; Leite, Alaor, 2011, “Claus Roxin, 80 anos” in *Revista Liberdades*, nº 07, maio-agosto p. 97-123.
- HASSEMER, Winfried, 1984, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona.
- HASSEMER, Winfried, 1995, “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, in *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, p. 23-36.

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

- HASSEMER, Winfried, 2005, "Bienes Jurídicos en el derecho penal", in *Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Pierto, Buenos Aires, p. 63-74.
- HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco, 1989, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Sevilla.
- HUNT, Lynn, 2009, *A invenção dos direitos humanos*, Tradução de Rosaura Eiche, Companhia das Letras, São Paulo.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, 2007, *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*, 2. ed., Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (Org.), Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- JESCHECK, Hans Heinrich, 1993, *Tratado de Derecho Penal: parte general*, 4. ed., Traducción de José Luis Manzanares, Comares, Santiago.
- MEROLLI, Guilherme, 2010, *Fundamentos críticos de Direito Penal: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2011, *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*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarro).
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, 2003, *Bens Jurídicos Colectivos e Bens Jurídicos Políticos*, Coimbra Editora, Portugal.
- QUEIROZ, Paulo, 2008, *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- RAPOSO, Guilherme Guedes, 2011, *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*, Nuria Fabris, Porto Alegre.
- ROSA, Alexandre Moraes da, 2006, *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- ROXIN, Claus, 1979, *Teoría del Tipo Penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Traducción de Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- ROXIN, Claus, 1997, *Derecho Penal, Parte General (Tomo I): fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid.
- ROXIN, Claus, 2002, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2. ed., Traducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires.
- ROXIN, Claus, 2009, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2. ed., Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

- RUSCHE, Georg; Kirchheimer, Otto, 2005, *Punição e estrutura social*, 2. ed., Tradução de Gizlene Neder, Revan, Rio de Janeiro.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo, 2013, “El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, vol. 100, jan-fev., p. 89-139.
- SANTOS, Juarez Cirino dos, 2008, *Direito Penal: parte geral*, 3. ed., Lumen Juris, IPCP, Curitiba.
- SHÜNEMANN, Bernd, 2007, *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, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, 2007, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, in *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendel (ed.), Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid/Barcelona.
- STF**, HC 107.674/MG, rel. Min. Carmen Lúcia, 1.^a T., j. 30/08/2011, DJe 14/09/2011.
- STF**, HC 108.696/MS, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a T., j. 06/09/2011, DJe 20/10/2011.
- STF**, HC 110.951/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a T., j. 13/12/2011, DJe 27/02/2012.
- STF**, HC 120043/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1.^a T., j. 19/11/2013, DJe 03/12/2013.
- STF**, HC 123.108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 1.^a T., j. 03/08/2015, DJe 01/02/2016.
- STF**, HC 135317/MG, rel. Min. Carmen Lúcia, 2.^a T., j. 06/09/2016, DJe 01/08/2017.
- STF**, HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 19.10.2004, DJe 19/11/2004.
- STF**, HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1.^a T., j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006.
- STF**, HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.^a T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006.
- STF**, HC 97.772/RS, rel. Min. Carmem Lúcia, 1.^a T., j. 03/11/2009, DJe de 19/11/2009.
- STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6.^a T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.
- STJ**, HC 250.126/AL, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.^a T., j. 10/03/2016, DJe 21/03/2016.
- STJ**, REsp 828094/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.^a T., j. 05/02/2009, DJe 16/03/2009.
- STJ**, HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a T., j. 18/11/2010, DJe 06/12/2010.
- TAVARES, Juarez, 1992, “Critérios de seleção de crimes e comunicação de pe-

O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores \ **Airto Chaves Junior**

nas”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Número especial de lançamento, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, p. 75-87.

TAVARES, Juarez, 2016, *Teoria do Crime Culposo*, 4. ed., Empório do Direito, Florianópolis.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*, 2002, *Derecho Penal: parte general*, 2. ed., Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires.

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