OTAVIO HENRIQUE SIMÃO E CUCINELLI

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

OTAVIO HENRIQUE SIMÃO E CUCINELLI

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Titular Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP
2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica

Cucinelli, Otavio Henrique Simão e
C971d Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa / Otavio Henrique Simão e Cucinelli. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015.
124 f.

Orientadora: Profa. Titular Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Estado, 2015.

1. Direito Administrativo. 2. Princípio da insignificância. 3. Improbidade administrativa. 4. Ato administrativo. I. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. II. Título.

CDU

FOLHA DE APROVAÇÃO

Otavio Henrique Simão e Cucinelli

Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Titular Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Aprovado em _____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr. (a) _____

Instituição _____ Assinatura _____

Prof.(a) Dr. (a) _____

Instituição _____ Assinatura _____

Prof.(a) Dr. (a) _____

Instituição _____ Assinatura _____

Bem-aventurados os que tem fome e sede de justiça, porque serão saciados!
Mateus, 5:3-12.

Para meus pais, Maria do Patrocínio e Miguel, baluartes do meu escólio de justiça
Com amor

AGRADECIMENTOS

Com esta dissertação, concluo uma temática estudada desde meados de 2011, na condição de aluno ouvinte e, mais incisivamente, a partir de 2012, com o ingresso no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Mestrado da Instituição.

Profissionalmente, a nova lotação em que fui inserido, deixando as antigas atribuições jurídico-contenciosas do Departamento Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo para assumir o cargo em comissão de Assessor Jurídico da recente e vanguardista Secretaria Municipal de Licenciamento, a convite da referenciada Chefe da Assessoria Técnica e Jurídica, Dra. Eliana de Oliveira, ratificado pela Secretária Municipal de Licenciamento, Dra. Paula Maria Motta Lara, foi algo que propiciou uma proximidade muito maior com o cotidiano da Administração Pública Direta e as responsabilidades dela decorrentes.

Agradeço, com profusão, à minha orientadora, Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Em primeiro lugar, pela oportunidade concedida. Em segundo, pela confiança emprestada. E, de mais a mais, pela paciência e sabedoria ímpares, próprias de seu elevado conhecimento, do qual tive o privilégio de desfrutar ao longo dos três anos do Programa de Mestrado. A interação e sintonia mantidas entre aluno e mestra extravasaram os limites desta orientação, haja vista a oportunidade de publicação de um artigo na obra coletiva, por ela coordenada, intitulada *Direito Privado Administrativo*, lançada pela Editora Atlas, no 2º semestre de 2013. Aos Professores Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Edmir Netto de Araújo, fica a gratidão pelos créditos cursados, de conteúdo tão bem lecionado pelos respectivos. Meu muito obrigado, igualmente, aos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Thiago Marrara, pela cuidadosa e criteriosa leitura efetuada do embrião do presente texto, por ocasião do exame de qualificação, oportunidade singular de fazer os aperfeiçoamentos necessários à pesquisa que posteriormente veio a ser empreendida, até o desfecho deste texto.

Ao longo do percurso acadêmico, contei igualmente com o convívio e apoio de colegas que, se já não o eram, transformaram-se em verdadeiros amigos, como Maurício Morais Tonin, Bruno Grego Santos, Eduardo Tognetti, Tatiana Robles Seferjan, Flávia Moraes Barros Michele Fabre, Luiz Fabre, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, entre outros, dentro e fora das salas de aula e para além de seminários, com quem, inclusive, chegamos a escrever outros trabalhos em coautoria e, sem os quais, esta dissertação não teria obtido a mesma configuração. Afinal, as preciosas dicas acadêmicas e a vasta bagagem de cada qual, indubitavelmente, exerceram suas positivas influências, espelhadas nas linhas que se seguirão.

Externo, por oportuno, minha gratidão profissional aos Procuradores do Município de São Paulo, Drs. André Albuquerque Cavalcanti de Paiva Magalhães e Adriana Claudia Della Paschoa de Medeiros que me chefiaram diretamente no Departamento Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, bem como, em especial, à Procuradora do Município, Dra. Eliana de Oliveira, Chefe da Assessoria Técnica e Jurídica da Secretaria Municipal de Licenciamento. Durante o último triênio, contei diuturnamente com o incentivo e apoio de todos esses superiores hierárquicos diretos que, em maior ou menor medida, terminaram por estimular os meus estudos, conversando sobre o tema desenvolvido, enviando-me notícias a ele atreladas, bem como outras muitas condutas que, sem qualquer prejuízo das atribuições profissionais e do trabalho desenvolvido em cada órgão por onde passei, apenas contribuíram para o bom termo desta dissertação.

Como de hábito, agradeço ao especial estímulo de meus pais, Maria do Patrocínio Gonçalves Simão Cucinelli e Miguel Cucinelli, referências na minha vida e fontes inspiradoras de dedicação e perseverança para com os valores atinentes à educação.

Um agradecimento especial à minha querida Maria Carolina Vergilio Hilst por seu amor, compreensão e apoio dedicados a mim e a este projeto, com tanto empenho, cuidado e carinho.

CUCINELLI, Otavio Henrique Simão e. *Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa*. 2015. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

RESUMO

A dissertação objetiva defender a possibilidade do princípio da insignificância incidir sobre os atos de improbidade administrativa, à luz da hipótese analisada, na busca de uma interpretação mais humanizante ao viés extremamente sancionatório que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplica à Lei 8.429/92, ao impedir, sequer, cogitar-se do princípio nessa seara. Sem olvidar a relevância da moralidade administrativa, o escopo do trabalho é apenas o de abrir uma fresta para a possibilidade de cabimento do princípio da insignificância, enquanto fundamento de validade principiológica da eventual absolvição de acusados da prática de atos de improbidade administrativa, cuja conduta, na análise do caso concreto, tenha se revelado dotada de ofensividade mínima ao bem jurídico protegido. A relevância normativa dos princípios, bem como das garantias e limites constitucionais contra o poder punitivo do Estado, são decorrência do antropocentrismo que fundamenta a Constituição vigente, levando a Suprema Corte a estabelecer vetores de aplicação do princípio da insignificância, que devem ter a possibilidade de serem estendidos, quando cabíveis, ao julgamento dos atos de improbidade administrativa, seja pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, limitadores da discricionariedade, seja por princípios de comum cabimento no direito sancionador, diante do conceito universal de antijuridicidade. Por fim, tendências jurisprudenciais e normativas indicam a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa, para corrigir o entrave criado pelo absolutismo da posição que veda, por completo, a mera cogitação de incidência do princípio.

Palavras-chave: Princípios - Insignificância – Possibilidade – Aplicação – Atos de Improbidade Administrativa – Constitucional – Administrativo - Penal - Poder Punitivo - Estado – Antijuridicidade – Proporcionalidade – Razoabilidade – Sanções – Precedentes.

CUCINELLI, Otavio Henrique Simão e. *The enforcing the principle of insignificance to administrative malfeasance*. 2015. 124 p. Degree (Master) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze the likelihood of enforcing the principle of insignificance to administrative malfeasance, in view of the hypothesis analyzed, in the search for a more human approach rather than the extremely punitive perspective followed by the Brazilian superior court of justice in relation to Law 8.429/92, by completely disregarding the principle in this sense. Notwithstanding the importance of the administrative morality, the purpose of this paper is to simply look at the possibility of considering the principle of insignificance, as a valid principle of eventual acquittal of those accused of administrative malfeasance, and whose actions might have been perceived as offensive to the assets protected by the law through the analysis of the case. The normative relevance of the principles and the warranties and constitutional limitations against the punitive powers of the State arise from the anthropocentrism that supports the current Constitution, which cause the Brazilian superior court of justice to veto the enforcement of the principle of insignificance, which should be extended, whenever possible, to the judgment of administrative malfeasance, either through principles of proportionality and reasonability, which limit discretion, either through common principles common to the punitive law or to the universal concept of unlawfulness. Finally, case law-related and normative trends show the possibility of enforcing the principle of insignificance to administrative malfeasance to correct problems caused by the absolutism of the position that vetoes the possibility of the principle.

Keywords: Principles - Insignificance – Possibility – Enforcement – Administrative Malfeasance – Constitutional – Administrative - Penal – Punitive Authorities - State – Unlawfulness – Proportionality – Reasonability – Sanctions – Precedent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO 13

1.1. Origem e relevância normativa: neopositivismo ou pós-positivismo 13

1.2. Semântica, conceituação e funcionalidade dos princípios 15

1.3. Do princípio da juridicidade: alargamento principiológico da legalidade 20

2. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 24

2.1. Origem e justificativas para a sua adoção 24

2.2. Princípios de sustentação do princípio da insignificância 28

2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana 28

2.2.2. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos 33

2.2.3. Princípio da subsidiariedade 35

2.2.4. Princípio da fragmentariedade 36

2.2.5. Princípio da proporcionalidade 37

2.3. Natureza jurídica do princípio da insignificância e sua concepção pelo Supremo Tribunal Federal 40

2.3.1. Natureza jurídica 40

2.3.2. Insignificância absoluta e insignificância relativa 42

2.3.3. Modo de aplicação do princípio da insignificância pela Corte Suprema 46

2.3.3.1. Mínima ofensividade da conduta do agente 47

2.3.3.2. Nenhuma periculosidade social da ação 49

2.3.3.3. Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento 51

2.3.3.4. Inexpressividade da lesão jurídica provocada 53

2.3.3.5. Conjugação dos elementos elencados pelo HC 84412-0/SP na interpretação do princípio da insignificância 54

3. CONCEITO, FUNDAMENTOS E TUTELA JURÍDICA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA 59

3.1. Conceito e fundamentação constitucional e legal da improbidade administrativa 59

3.2. Da impossibilidade do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa para o Superior Tribunal de Justiça 68

4. DA TUTELA PROCESSUAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS BENS JURÍDICOS DIFUSOS.....75

5. DOS FUNDAMENTOS SUBSTANTIVOS DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....84

5.1. Princípio da insignificância enquanto decorrência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....84

5.2. Comunicação dos princípios do direito penal com o âmbito punitivo dos atos de improbidade administrativa enquanto um sistema único de direito sancionatório 92

5.3. Influxos concretos do princípio da insignificância reveladores da tendência da sua aplicação aos atos de improbidade administrativa.....103

5.3.1. Tendências jurisprudenciais 103

5.3.2. Tendências normativas.....111

6. CONCLUSÕES EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....118

REFERÊNCIAS 121

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva defender a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa no direito brasileiro.

A despeito de a maioria da jurisprudência, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, desde o precedente surgido com o julgamento do Recurso Especial - REsp 892818/RS, hermeticamente vedar a possibilidade de incidência do referido princípio ao microssistema jurídico estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), em razão do relevante bem jurídico *probidade administrativa* por ela salvaguardado, esta dissertação defenderá a possibilidade de concessão de um espaço, naturalmente restrito, ao cabimento do princípio da insignificância para o fim colimado de fundamentar autênticas absolvições de acusações de condutas dotadas de mínima ofensividade por parte do agente tachado de ímprobo.

Naturalmente, o presente trabalho não visa a uma abrupta inversão de valores, sabendo-se de antemão da relevância que a Lei 8.429/92 desempenha no ordenamento jurídico, face aos relevantes bens jurídicos por ela defendidos, mas o trabalho procurará abrir um espaço - ainda que uma fresta - à atual obstrução absoluta que a jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, impõe à própria cogitação de incidência do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa.

Iniciando por uma breve análise sobre a relevância normativa dos princípios, com notada ampliação do conteúdo normativo da legalidade, será levada a cabo, na sequência, uma exaustiva análise marcadamente doutrinária acerca do princípio da insignificância. Desde as origens e justificativas de seu surgimento, passando pelos princípios que lhe conferem sustentação jurídica até serem efetuadas ponderações acerca de sua natureza jurídica, cumulativamente com o seu modo de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do *leading case* contido no julgamento do *Habeas Corpus* - HC 84412-0/SP, marcada pelos quatro vetores de sua verificação, os quais terão o seu significado dissecado, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O capítulo subsequente debruçar-se-á sobre uma profunda análise do caso concreto que, no Superior Tribunal de Justiça, originou o precedente impeditivo da

aplicação do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa, bem assim os motivos ensejadores dessa orientação pretoriana.

O capítulo posterior tratará do aspecto processual pelo qual as demandas versando sobre a temática da improbidade administrativa são ajuizadas sob a via adjetiva das ações civis públicas, à vista do bem jurídico transindividual (mais especificamente difuso, no caso, a probidade administrativa) por elas defendido. A razão para tanto será a tentativa de demonstrar a viabilidade de cogitação do princípio da insignificância aos bens jurídicos difusos, à luz da orientação que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vem trilhando há algum tempo, confirmada pela doutrina sobre o tema.

Passando a uma análise substantiva da tese que se pretende comprovar, no quinto capítulo, serão estabelecidas, em um primeiro momento, fartas considerações em torno dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o propósito de serem organizadas as relações de pertinência deles com a insignificância, na tentativa de comprovar a possibilidade de precipitação dos aludidos princípios sobre a feição sancionatória dos atos de improbidade administrativa, com vistas ao cabimento da tese propugnada.

Em um segundo momento, dentro do mesmo capítulo, será desenvolvida uma construção pela qual serão aproximados os princípios do direito penal, tuteladores das liberdades e garantias individuais frente ao *jus puniendi* estatal, para a seara sancionatória do direito administrativo e, em especial, dos atos de improbidade administrativa. O escopo desse avizinhamento doutrinário terá em mira justificar a possibilidade concreta de cabimento do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa.

Finalizando esse capítulo, serão trazidas à lume algumas comprovações, tanto jurisprudenciais do próprio Supremo Tribunal Federal quanto normativas, reveladoras dos influxos já adotados pelo ordenamento jurídico, que trazem subjacentemente o embrião do cabimento da tese corroborada na presente dissertação, apta a corrigir o problema do absolutismo vedatório de incidência do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa.

Por fim, serão estabelecidas as conclusões decorrentes dos estudos empreendidos, a de fim de verificar se a tese suscitada restou comprovada.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO

1.1. Origem e relevância normativa: neopositivismo ou pós-positivismo

As normas jurídicas são-nos apresentadas com as características da abstração (por tratar de situações hipotéticas), impessoalidade (por não serem dirigidas a pessoas específicas), imperatividade (pela coercitividade que encerram, podendo ser aplicadas a partir da tutela estatal), inovação (na medida em que se destinam a inovar o ordenamento jurídico) e generalidade (abrangendo todas as situações possíveis nela descritas).

Dentre as inúmeras normas jurídicas do sistema, com um Estado Social e Democrático de Direito, hodiernamente dotado de inúmeras atribuições e obrigações na analítica Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), os princípios revelaram-se as normas jurídicas mais relevantes do ordenamento, não apenas pela sua reconhecida força normativa autônoma como também pela sua posição hierarquicamente destacada no sistema, em função de sua semântica irradiante por todo o ordenamento.

Compreende-se que os princípios encerram maior generalidade para poder amoldar as orientações jurisdicionais, servindo de base do ordenamento na interpretação e aplicação das demais normas jurídicas, do que se extrai o dote e a excelência dos princípios, conforme expõe Gisele Goés[1]:

> O mérito dos princípios para a interpretação e aplicação dos enunciados jurídicos está no fato de elemento construção, da transformação, da mutabilidade empreendida no direito. A função do princípio seria interpretação-aplicação.

Em realidade, hoje, a valorização dos princípios é tamanha que eles servem de autêntico fundamento para a decisão do intérprete da norma jurídica (seja administrativa, jurisdicional, etc.). O exegeta, em primeiro lugar, deve refletir sobre o caso concretamente posto à sua frente, por meio de princípios e, apenas em um segundo momento, passará à interpretação do enunciado jurídico diretamente incidente sobre a hipótese analisada, mas já depois de determinada a principiologia norteável da real semântica existente por detrás

[1]GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17.

da norma jurídica que se pretende descobrir, para ser aplicada ou desaplicada. Essa relevância toda atribuída aos princípios também é afirmada por Paulo Bonavides[2]:

> Daqui se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas, sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.
>
> As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

A importância dos princípios tem inúmeras justificativas, sendo uma delas, a ser explorada mais detidamente no presente trabalho, aquela relativa ao resgate da própria ideia de justiça na aplicação do direito, pois os princípios nada mais são do que a própria positivação dos valores éticos e morais, superando o positivismo convencional que, amparado exclusivamente na lei, terminou por afastar o direito da moral. Por isso, René David[3] afirma que nenhum sistema pode passar sem esses corretivos (os princípios) ou sem essas fugas, sem as quais haveria o risco de produzir-se, entre o direito e a justiça, um divórcio inadmissível.

Sem discrepar, Luís Roberto Barroso[4] aponta que, na segunda metade do século XX, justamente pelo fracasso do positivismo, adveio a normatividade robusta dos princípios, agora até implantados nas Constituições, como síntese dos valores abrigados num determinado ordenamento jurídico, dando harmonia e unidade ao sistema, e condicionando a atividade do operador do direito, promovendo, assim, de certa forma, uma volta aos valores e reaproximação da ética.

Por conta da crescente aplicação e incidência dos princípios positivados e também implícitos no ordenamento jurídico, fala-se, atualmente, em neopositivismo ou pós-positivismo. Com efeito, o direito, na metade final do século XX, não cabia mais dentro dos pobres limites do positivismo jurídico. A forte conexão entre direito e norma e, principalmente, a sua firme segregação da ética não correspondiam mais àquele estágio da

---

[2]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 299.
[3]DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 167.
[4]BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>. Acesso em: 05 ago. 2014.

civilização e da humanidade. Ao mesmo tempo, o discurso científico tomou conta do direito e os seus operadores não desejavam um retrocesso ao puro e simples jusnaturalismo, cujos fundamentos vagos, abstratos ou até metafísicos serviam de base para uma razão extremamente subjetiva.

Nesse contexto, surge o pós-positivismo (ou neopositivismo) com o propósito de superar (e não de destruir) os conhecimentos até então tidos por convencionais. A toda evidência, assim como o positivismo, o pós-positivismo também parte da base estatuída sobre o ordenamento positivo, mas somente com este não se contenta, inserindo nele os ideais de justiça e de legitimidade e, promovendo um retorno axiológico para reaproximar ética e direito, visando ao atendimento dos anseios da sociedade, destinatária da aplicação das normas jurídicas.

Aliás, sobre o pós-positivismo (ou neopositivismo como preferem alguns) e, em especial, a necessidade de reaproximação do direito com as necessidades sociais da vida dos indivíduos, mediante adoção e incorporação do elemento justiça, quando da aplicação concreta do direito, merecem destaque os dizeres doutrinários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos[5], os quais colaboram para o encerramento deste tópico, explicando que:

> O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

1.2. Semântica, conceituação e funcionalidade dos princípios

Etimologicamente, segundo Aurélio Buarque de Holanda[6], o termo princípio tem origem no latim *principiu* e assume em português os significados de começo, causa primária, preceito, regra, lei, base, germe.

---

[5]BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 147, abr./jun. 2003.

[6]FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio Eletrônico – versão 2.0.* São Paulo: Regis; J. C. M. M. Editores, 1996.

Dentro das ciências humanas, os princípios são as regras básicas a serem observadas em tudo quanto se praticar dentro de uma determinada ciência. O princípio está para a ciência humana assim como o dogma para a religião.

Acerca da índole conceitual do termo *princípio*, José Cretella Júnior[7] traz a seguinte definição:

> Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.

Valendo-se do conceito acima, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[8], em sua obra *Direito Administrativo*, aborda a classificação dos princípios engendrada pelo referido professor:

> Segundo o mesmo autor, os princípios classificam-se em:
>
> a) **onivalentes** ou **universais**, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente;
>
> b) **plurivalentes** ou **regionais**, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas;
>
> c) **monovalentes**, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei;
>
> d) **setoriais**, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal, etc.

Ingressando na seara jurídica, vale a pena transcrever a definição proposta por Roque Antonio Carrazza[9]:

> Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

---

[7]CRETELLA JUNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 7, jan./mar. 1988.

[8]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63-64.

[9]CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 39.

Ao definir princípio jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello[10] não discrepa das conceituações anteriores, fornecendo definição que traduz ideia semelhante, no sentido da verdadeira proeminência dos princípios no ordenamento jurídico:

> Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Dessa maneira, a partir dos conceitos doutrinários acima, muito próximos entre si, tem-se que a figura do princípio é o mandamento nuclear do sistema jurídico, dele irradiando autênticos valores que guiarão o intérprete. Por tal motivo, os princípios deverão ser analisados como uma das espécies de normas jurídicas, ainda que dotados de certo viés ético e político.

Mais ainda: os princípios podem ser considerados como valores fundantes do próprio ordenamento jurídico, uma vez que encerram disposições essenciais que se propagam sobre todas as normas, servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, justamente por definir a lógica e a racionalidade do ordenamento jurídico, conferindo-lhe a sua própria tônica e, ao mesmo tempo, dando um sentido de harmonização sistêmica.

Atualmente, por força do próprio neopositivismo, houve a inserção de variados princípios na Constituição Federal como, por exemplo, os princípios constitucionais diretamente vocacionados à Administração Pública no art. 37, *caput*, do Texto Maior[11]. Por isso, não se tem dúvidas de que os princípios alcançaram um *status* de norma, enquanto gênero, e aqueles, juntamente com as regras, formam as suas espécies.

Assim, como os princípios são uma das espécies de norma jurídica, forçoso abordar uma rápida diferenciação entre regras e princípios, que são, para a teoria geral do direito, as duas espécies de normas.

---

[10]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 942-943.

[11]Art. 37, *caput*, da CF. "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]"

A tarefa de distinguir regras de princípios é algo que não passou despercebido da doutrina. Mas, apesar de os princípios e as regras poderem vir a exercer papéis aproximados, podem ser apontados como critérios de distinção entre eles, os itens elencados e bem explicitados por José Joaquim Gomes Canotilho[12], como um norte a ser seguido e adotado:

> Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.
>
> a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
>
> b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de determinações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
>
> c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (princípio do Estado Democrático de Direito).
>
> d) Proximidade da ideia do direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
>
> e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundante.

Dentre a doutrina nacional, Humberto Bergmann Ávila[13] apresenta com clareza a sua ideia sobre a temática da diferenciação entre regras e princípios, enquanto espécies do gênero norma jurídica:

> Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (normas-do-que-fazer). Os princípios são normas cuja finalidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante (normas-do-que-deve-ser), ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

---

[12]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. tir. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1144-1145.

[13]ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 62.

Uma vez bem caracterizada a normatividade dos princípios e, também, feitas as devidas distinções em relação às regras, os princípios, dentro do sistema jurídico, admitem concepções materiais e formais.

Assim, em consonância com as próprias definições doutrinárias vistas acima sobre os princípios, do ponto de vista material, eles representam as normas jurídicas mais importantes do ordenamento por trazerem em seu bojo as ideias normativas fundamentais, representativas dos valores éticos e moralmente dominantes na sociedade.

Já sob o ângulo formal, os princípios são os dispositivos normativos dotados de elevado grau de abstração por encerrarem um conteúdo aberto. Agora, a despeito dessa abstração, os princípios, enquanto espécies do gênero norma, são dotados de eficácia normativa, merecendo observância e obediência, com possibilidade de reparação judicial em caso de eventual inobservância, até mesmo porque a eficácia é um atributo próprio das normas em geral, cuja validade aplica-se a todas as suas espécies, inclusive aos próprios princípios.

Referida eficácia normativa pode ser observada e comprovada por quatro aspectos bem delineados por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos[14], a saber: (i) eficácia positiva ou simétrica; (ii) eficácia interpretativa; (iii) eficácia negativa; e, (iv) eficácia vedativa do retrocesso.

A eficácia positiva concerne à possibilidade de exigir judicialmente um direito subjetivo garantido por um princípio. Por sua vez, a eficácia interpretativa representa a necessidade de que a interpretação das normas inferiores seja feita em conformidade com as superiores, sendo certa a superioridade axiológica que os princípios possuem sobre as demais normas do sistema. Por seu turno, a eficácia negativa determina que, as normas ou atos incompatíveis com os princípios, devem ser declarados inválidos. Por fim, a eficácia vedativa do retrocesso prende-se à eficácia negativa e aos princípios fundamentais, porquanto permite exigir do Poder Judiciário a invalidação de uma norma que revogue outra (que discipline ou amplie um direito fundamental), sem a respectiva substituição (ou contrapartida).

Deveras, dentre as funções cumpridas pelos princípios, merecem destaque para a presente dissertação as funções normativa, integrativa e interpretativa. Em primeiro lugar, tratando-se de normas jurídicas, os princípios podem ser concretizados a ponto de gerar

[14]BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 141-176.

direitos subjetivos, cumprindo autêntica função normativa. Em segundo lugar, diante de uma lacuna jurídica, a sua superação pode advir do manejo dos princípios, desempenhando função integrativa em face das omissões legislativas. Finalmente, a função exegética dos princípios condiciona a atividade do intérprete, pois a interpretação do arcabouço normativo não pode ser efetivada ignorando-se os princípios jurídicos regentes da matéria interpretada. Afinal, dentro dessa função interpretativa, é inconteste que os princípios diminuem a discricionariedade jurisdicional, vinculando até mesmo o próprio legislador.

Aliás, ratificando esses vieses relativos às funções cumpridas pelos princípios, veja que eles vão ao encontro da própria classificação sobre os princípios constitucionais, elaborada por José Joaquim Gomes Canotilho[15], em especial, àquilo que o mestre português compreende como princípios jurídicos fundamentais:

> Princípios jurídicos fundamentais são aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica que, encontrando uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional, pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Aliás, os princípios tem uma função negativa particularmente relevante nos "casos limites" (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e Ditadura), fornecendo sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais, vinculando o legislador no momento legiferante, podendo afirmar que se trata da liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.

1.3. Do princípio da juridicidade: alargamento principiológico da legalidade

Por fim, para arrematar este primeiro capítulo, vale a pena ser ressaltada a circunstância de que essa normatividade plena a que ascenderam os princípios, em realidade, nada mais é do que uma decorrência da própria ampliação do conceito subjacente ao princípio da legalidade, hoje majorado naquilo que se cunhou por princípio da juridicidade, enquanto uma das muitas tendências atuais não apenas do direito administrativo, mas do direito público de modo geral.

Inegavelmente, o princípio da legalidade foi robustecido pela adoção dos princípios atrelados ao Estado Democrático de Direito, o que trouxe como corolário uma maior limitação à discricionariedade administrativa, em virtude de uma maior submissão

[15]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 179.

do Poder Público aos princípios do ordenamento jurídico e aos próprios valores preconizados pela Carta Magna de 88, a par de uma considerável ampliação do controle jurisdicional sobre os atos da Administração.

Comparado ao sentido original, o princípio da legalidade, verdadeiramente, sofreu grande evolução dentro do direito pátrio, na linha do tempo de nossas Constituições. Por isso, inclusive, que Fernando Dias Menezes de Almeida[16], ao tratar do veto como condicionante da interpretação das leis, confirma essa evolução, ao afirmar:

> É certo que a concepção de legalidade tem sofrido alterações com o passar do tempo, desde sua afirmação como pilar do constitucionalismo contemporâneo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, já em 1990, detectava o acréscimo à noção de legalidade, ao lado de uma dimensão mais formal, de outra de cunho axiológico, especialmente decorrente de um ordenamento constitucional que privilegia princípios e valores, o que tem por consequência a ampliação da esfera de controle jurisdicional da ação administrativa.

Senão vejamos.

No Estado Mínimo e Liberal da Constituição de 1891, o princípio da legalidade resumia-se à sua vertente negativa, podendo ser feito tudo o que não fosse expressamente proibido pela lei. Noutro giro, a Constituição de 1934 inaugurou um Estado Social de Direito no Brasil, então prestador de um número maior de serviços e, assim, responsável por uma maior intervenção nas áreas social e econômica, o que fortaleceu o Poder Executivo. Ora, juntamente com esses novos delineamentos constitucionais, o princípio da legalidade administrativa inverteu-se para uma vertente positiva, franqueando-se à Administração Pública somente poder fazer aquilo que estivesse expressamente permitido na lei, subentendendo-se por vedação ao Poder Público a ausência de norma sobre o assunto.

A redemocratização do país trouxe consigo a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual houve uma clara opção política de fundação de um Estado Democrático de Direito, calcado em uma concepção mais ampliada do princípio da legalidade, por meio do qual a lei deve atrelar-se à ideia de justiça, porque não bastava mais que o Poder Público fosse submetido aos ditames da lei formal, mas, sim, ao

---

[16]ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. O veto como condicionante na interpretação das leis. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e administração pública*: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

ordenamento jurídico como um todo, inclusive, aos próprios valores inseridos no texto constitucional ou mesmo decorrentes deles.

Note que essa percepção de recrudescimento do princípio da legalidade para o atual princípio da juridicidade é um tema muito bem apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[17] como uma das principais tendências do direito administrativo hodierno. Para ela:

> Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do *Estado Democrático de Direito*. Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a ideia de *participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública.
>
> No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.
>
> Nesse sentido, o artigo 20, § 3º, da Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, estabelece que "o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito". Ideias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa.
>
> No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado.
>
> Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao *Direito*.

Estudando as fontes do direito administrativo e sua ligação com o princípio da legalidade, Thiago Marrara[18] deixa bem clara a impossibilidade de autossuficiência normativa exaustiva de todas as circunstâncias e condutas ontológicas para serem inseridas e previstas no campo deontológico, motivo pelo qual o administrador deve pautar-se de

---

[17]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 29-30.

[18]MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 232-233.

acordo com o direito, isto é, de acordo com princípio da juridicidade, em verdadeira e moderna evolução do princípio da legalidade:

> Dessa forma, não é sempre necessário que todos os tipos de ação estatal estejam *detalhadamente previstos* em diplomas legais ou, mais especificamente, em leis. A regra da reserva legal em sentido estrito deve ser compreendida como uma inafastável exigência de lei para atividades de restrição da esfera do administrado (atividade de poder de polícia, restringindo a liberdade e propriedade, bem como atividade de intervenção na economia). Frente a atos materiais da Administração Pública e também atos de prestação e concessão de benefícios ao particular, a reserva legal deve ser entendida como ação autorizada pelo *Direito*.
>
> Essa diferenciação é relevante, pois – convém recordar o óbvio – nem o legislador nem tampouco o Poder Público no uso do seu poder normativo seriam capazes de editar todas as normas necessárias à ação do Estado. A realidade é complexa, dinâmica e as situações fáticas, por mais que sejam objeto de normas, são muitas vezes imprevisíveis. Além do mais, mesmo que todas as situações fáticas fossem previsíveis e o legislador capaz de normatizá-las, jamais seria adequado que fossem todas elas objeto de tratamento pelo direito positivo. A hipernormatização da realidade teria por efeito direto a petrificação do ordenamento jurídico e, por consequência, geraria amarras indevidas à ação estatal em ocasiões que não atentassem contra a esfera de direitos fundamentais do administrado – o que seria de todo inconveniente.
>
> [...]
>
> Nesse contexto, a legalidade administrativa dispensaria que o Poder Público atuasse apenas na presença de regra escrita e específica. A ação estatal se tornaria válida e legítima pelo fato de estar pautada por princípios da Administração Pública e voltada para a consecução de objetivos estatais e a proteção de interesses públicos primários. A regra da reserva legal em sentido amplo, portanto, exige que o Estado se comporte de acordo com o ordenamento jurídico como um todo. Apenas em sentido estrito e nos casos previstos de modo explícito e implícito na Constituição, a reserva legal deverá ser compreendida como a necessidade de edição de lei formal ou outro diploma normativo específico para que a Administração Pública possa atuar em determinado caso concreto.

Sem discrepar, veja-se que para o próprio Supremo Tribunal Federal, o princípio básico que fundamenta o regime administrativo contemporâneo não é mais o da mera legalidade administrativa, mas o da juridicidade, pois, na própria afirmação da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha[19]:

> [...] o Estado Democrático quer-se de Direito Material, e não apenas de Direito Formal, ou Estado de Lei. [...] Social o Estado, a Administração é mais que pública, é igualmente social.

[19]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 15.

2. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1. Origem e justificativas para a sua adoção

O princípio da insignificância, tal como hoje encarado, encontrou nascedouro na doutrina de Claus Roxin ao engendrá-la como modo de justificar juridicamente a exclusão das condutas insignificantes do raio de incidência do direito penal.

Sua origem e transcurso históricos retrocedem ao ponto de partida cunhado na máxima do direito romano *minima non curat praetor*. Séculos após, no entanto, foi ressuscitada por Franz von Liszt e posteriormente adotada como parâmetro do princípio da adequação social de Hans Welzel, até se chegar ao princípio da insignificância tal como hoje é encarado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, assim resumido na explanação de Carlos Vico Mañas[20]:

> É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Como já dito, o surgimento do princípio da insignificância nasceu no provérbio romanístico *minima non curat praetor*. Contudo, face ao próprio desenvolvimento do direito romano, é fora de dúvidas que esse adágio teve uma origem muito mais próxima do direito privado do que propriamente criminal, porquanto, inegavelmente, o direito romano não apresentou grande desenvolvimento nesta esfera, ao contrário do que pode ser verificado naquele, sendo até hoje estudado com afinco nos cursos de graduação e pós-graduação e, sobretudo, pelos próprios civilistas, na busca das origens de inúmeros institutos de sua área de atuação.

Em verdade, o apotegma *minima non curat praetor* encerrava um pressuposto processual civil, cujo nascimento serviu para restrição de acesso ao magistrado, objetivando obstar-lhe a chegada e análise de litígios de menor expressão, pois, na sua

---

[20]MAÑAS, Carlos Vico. *Tipicidade e princípio da insignificância*. 1993. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993. p. 97.

origem, o escopo do adágio não era voltado à restrição do poder punitivo estatal, mas, sim, à redução da carga de trabalho do órgão jurisdicional.

Somente após o transcurso de muitos séculos, já em meio ao movimento iluminista, foi que o direito criminal começou a ser objeto de uma alguma preocupação mais crítica, na busca de limitações ao poder punitivo do Estado, a partir da edição de Cesare Beccaria, em 1764, de seu livro *Dos delitos e das penas*.

É certo, contudo, que o adágio *minima non curat praetor* foi a inspiração histórico-principiológica para se rascunhar a criação do princípio da insignificância, a partir do distanciamento de sua incidência romanística original.

Em seu *Tratado de direito penal*, Franz von Liszt[21], no final do século XIX, buscou inspiração no aludido provérbio romano para conceber o resgate histórico do princípio, a fim de justificar-lhe feição e aplicação criminais, enquanto preceito jurídico de procedimento criminal ou como regra própria de direito material.

Na sequência, Hans Welzel, ao cunhar a sua regra geral de hermenêutica, fundada no princípio da adequação social (*sozialadäquaanz*), no início do século XX, tangenciou o tema da insignificância. Estudando o assunto, Carlos Vico Mañas[22] explica que:

> O fundamento da teoria, portanto, está na constatação de que os tipos só assinalam as condutas proibidas socialmente relevantes, inadequadas a uma vida ordenada. No tipo, segundo Welzel, "faz-se patente a natureza social, e, ao mesmo tempo, história do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se afastam gravemente das ordens históricas da vida social".

Mas os princípios da insignificância e da adequação social não se confundem; quando muito, mantem uma intersecção entre si. Apesar de Welzel entender que a adoção do seu princípio bastaria, por si só, para excluir da punição criminal determinadas lesões subsumíveis à moldura penal típica e formal, porém, juridicamente irrelevantes, Odone Sanguiné[23] aponta com precisão a diferença entre os princípios:

> A adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade, enquanto que o princípio da insignificância leva em conta a tolerância do grupo em relação a determinada conduta de escassa gravidade. A primeira está prevalentemente regulada sobre o desvalor da ação e o segundo sobre o desvalor do evento.

---

[21]LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2007. p. 241.
[22]MAÑAS, Carlos Vico. op. cit., p. 56.
[23]SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 38, jan./mar. 1990.

A evolução no tempo até a definição mais precisa a respeito do princípio da insignificância teve na doutrina de Claus Roxin[24] um verdadeiro divisor de águas. Observando a linha do tempo sobre o referido princípio, ele o incorporou aos princípios do Estado Social de Direito adotados pela Constituição Alemã promulgada após a Segunda Guerra Mundial, bem assim à acentuada e crescente preocupação com os direitos humanos, culminando com um sistema penal no qual cada categoria (ação, tipo, injusto e responsabilidade) deve encerrar um instrumento próprio de valoração político-criminal.

Foi assim, portanto, que o princípio da insignificância tornou-se um autêntico instrumento de política criminal, utilizado como vetor interpretativo de aplicação mais justa e racional da lei penal, para afastar do raio de incidência desta as condutas dotadas de mera e exclusiva tipicidade formal, porém desprovidas de risco de ofensa ao respectivo bem jurídico tutelado.

A necessidade de utilização do princípio da insignificância prende-se à circunstância de que a técnica legislativa, durante a formulação dos tipos penais, não consegue obstar por completo a previsão de condutas até reputadas como formalmente típicas, mas que posteriormente, já durante a vigência da lei penal, verificam-se como irrelevantes do ponto de vista material, no mundo fenomênico. Por óbvio, isso ocorre de modo inintencional, porquanto, em verdade, é algo que está para além da mais absoluta previsibilidade do legislador criminal, o qual somente deve preocupar-se com a criminalização de condutas causadoras de ofensas efetivamente significativas aos bens jurídicos que ele objetiva salvaguardar[25].

Ora, para que uma conduta possa ser tomada como típica, para fins de sua incidência sancionatória, o mero enquadramento da conduta à moldura legal descritiva é insuficiente, por encerrar apenas a sua tipicidade formal. Sem embargo, não basta uma lesão meramente formal ao bem jurídico protegido. Sua gravidade deve ser sensível, tanto ao bem jurídico tomado individualmente no sujeito passivo, em tese, vitimado pela conduta praticada e, ao mesmo tempo, deve ser reputada danosa no tocante ao bem jurídico abstratamente considerado. Isso porque a configuração de um resultado penalmente típico deve ser mensurada a partir do bem jurídico abstratamente considerado.

---

[24]ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução: Luís Grecco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

[25]BIANCHINI, Aline; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 321.

Com isso, o princípio da insignificância ganha relevância ao se perfazer como um instrumento disponível ao alcance do magistrado para correção de excessos na devida exegese e aplicação da norma penal, apartando de sua incidência as situações ontologicamente irrelevantes.

Além de abonar as ideias até aqui alinhavadas, Carlos Vico Mañas[26] vai além e encara o princípio da insignificância como um instrumento de política criminal, revelador da própria feição subsidiária e fragmentária do direito penal:

> Como visto, a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal.
>
> O legislador, ao conceituar um crime, leva em conta os *"modelos da vida"* que deseja punir. Para tanto, procura definir, da forma mais precisa possível, a situação vital típica.
>
> Não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques.
>
> Por tal motivo, o processo legislativo de tipificação é realizado de maneira *"abstrata"*, alcançando também o que Engisch chama de *"casos anormais"*. A imperfeição do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal.
>
> Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.
>
> O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *"nullum crimen sine lege"*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.

Malgrado essa concepção tenha sido iniciada em relação ao direito penal, mais especificamente no âmbito dos crimes contra o patrimônio, o princípio da insignificância também deve recair sobre os bens jurídicos tutelados por outras áreas do sistema jurídico, passíveis de um viés sancionatório, irradiando efeitos para além dos estreitos limites do direito penal, como será defendido ao longo da presente dissertação.

Aliás, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trouxe preocupação com eventual excesso sancionatório e, por isso, cunhou regra expressa em seu

---

[26]MAÑAS, Carlos Vico. op. cit., p. 92-94.

art. 8º, primeira parte, segundo o qual "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias".

2.2. Princípios de sustentação do princípio da insignificância

Como o princípio da insignificância não encontra farta positivação expressa no ordenamento jurídico pátrio (com raras exceções[27]), ele deriva, em realidade, de outros princípios jurídicos que lhe fornecem sustentação e validade jurídica, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade. Dediquemos uma rápida atenção a cada qual.

2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, diversamente de outros direitos, não decorre de norma posta pelo Poder Legislativo ordinário nem tampouco de mero aspecto concernente às relações travadas pelos seres humanos em sociedade (como os direitos em geral), mas,

---

[27] Art. 209, § 6º, do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001, de 21.10.1969):
"[...]
Lesão levíssima
§ 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar."
Art. 240, § 1º, do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001, de 21.10.1969):
"[...]
Furto atenuado
§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.
[...]"
Art. 168-A, § 3º, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940, alterado pela Lei 9.983, de 14.07.2000):
"[...]
§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou
II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais."

antes, prefigura como uma característica inata a todo ser humano de *per se*, o que, aliás, serve de elemento diferenciador dos demais seres. Por isso, Marcelo Novelino[28] afirma que:

> A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação.

Definindo dignidade, Plácido e Silva[29] consigna que:

> Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se entende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

Apesar das dificuldades de definição e precisão jurídica que o rondam, o princípio da dignidade da pessoa humana assumiu positivação expressa após a Segunda Guerra Mundial, a partir da Declaração Universal da ONU de 1948, passando a ser estabelecido expressamente nas Constituições de diversos países que adotaram um modelo de Estado Democrático e Social de Direito.

Embutida de modo explícito pelo art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se apoia a República Federativa do Brasil, sendo certo que o princípio da insignificância desfruta de parte desse mesmo prestígio, por decorrer diretamente dela.

Como já referido, a dignidade da pessoa humana não é um direito, mas, antes disso, figura como uma qualidade inerente a todo ser humano, de sorte que, a partir do seu reconhecimento pelo sistema jurídico, em especial, pela própria Constituição, exsurge a necessidade de proteger todos os direitos fundamentais do homem.

A dignidade da pessoa humana, assim, serve para elevar o ser humano - e não o Estado – à centralidade do ordenamento jurídico, em franco movimento antropocentrista,

---

[28]NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 210.
[29]SILVA, De Plácido e *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 2, p. 526.

igualmente perfilhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua tarefa de intérprete máximo da Carta Magna de 88:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF – ADI 2649-6 / DF – Tribunal Pleno – rel. Ministra Cármen Lúcia – j. 08.05.2008 – DJe 197 - DIVULG 16-10-2008 - PUBLIC 17-10-2008)

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria

> penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF – HC 84078 / MG – Tribunal Pleno – rel. Ministro Eros Grau – j. 05.02.2009 – DJe 035 - DIVULG 25.02.2010 - PUBLIC 26.02.2010)

Como visto, pela jurisprudência atualizada do Pretório Excelso, o Estado não é um fim em si mesmo; aliás, ele existe para assegurar a dignidade da pessoa humana e, a partir dela, o exercício dos direitos fundamentais aptos ao pleno desenvolvimento de suas capacidades e aptidões, pois o ser humano, este sim, é um fim em si mesmo.

Desse modo, todas as normas jurídicas devem ser interpretadas com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana, afastando-se as normas violadoras da dignidade da pessoa humana, pois, em última análise, esse princípio fundamenta todos os demais princípios e regras do ordenamento, sobretudo no que tocar à temática do sancionamento e da restrição de direitos, em qualquer área do direito.

Frise-se, porém, que isso não pode impedir o Estado de, legitimamente, restringir ou privar o ser humano de alguns de seus direitos, porquanto, somente a violação do núcleo essencial dos seus direitos, acoplada à subjugação da pessoa, é que se prestam à infração do princípio da dignidade da pessoa humana, até mesmo porque o homem existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso arbitrário de tal e qual determinada vontade, ainda que do próprio Estado, na visão já proclamada há quase trezentos anos por Immanuel Kant[30].

Aliás, esse mesmo argumento de que o ser humano não pode e nem deve ser tratado como instrumento – mas sim como fim em si mesmo – serve também de fundamento para a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto nenhum direito ou princípio pode ser rotulado como absoluto, face à própria necessidade de convivência harmônica, tanto quanto possível, da dignidade de todos os seres humanos. Nesse sentido, ensina José Joaquim Gomes Canotilho[31]:

> As teorias absolutas vêem no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias relativas vêem no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens. De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador.

Sem dissonâncias, igualmente, Ingo Wolfgang Sarlet[32]:

> Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos,

---

[30]KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 68.

[31]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 459-460.

[32]SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 137.

> liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens.
>
> A própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade.

Aliás, o ato estatal de infligir uma sanção, abstratamente considerada, não invalida o princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, a esfera jurídica do sancionado, pois decorre de prévia violação à dignidade humana de terceiros.

Noutro giro, um sancionamento ilimitado ou mesmo desproporcional pode, sim, ser reconhecido como ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, a aplicação apriorística de um ato sancionatório, desproporcionalmente desligado da prática de uma dada infração previamente cominada em lei como tal, sob singela justificativa de índole meramente preventiva, configura penalidade violadora da dignidade da pessoa humana, por tratar o apenado como mero instrumento na busca de um fim comum.

E é exatamente aqui, no tocante ao aspecto tendente à limitação de apenamento, amparado em uma feição retributiva, que reside a relevância do princípio da insignificância como um dos elementos aptos ao embasamento do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, se a conduta praticada pelo sujeito ativo puder ser considerada como algo de risco ínfimo, ou mesmo de lesividade insignificante, ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento, a deflagração de uma consequência estatal, tendente a limitar desarrazoadamente, ou mesmo suprimir, algum de seus direitos fundamentais, será irremediavelmente reputada como uma repressão ilegal, porquanto injustificada e desproporcional e, como tal, lesiva à dignidade da pessoa humana.

2.2.2. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Desde o advento das bases modernas do direito penal, baseado no princípio *nullum crimen sine lege*, exigindo prévia cominação legal à ocorrência do fato tido por delituoso, o seu escopo foi o de refrear os abusos decorrentes da expansão desmedida do direito punitivo do Estado, objetivando atribuir uma função preventiva à pena.

Somente com o movimento iluminista houve o entendimento de que apenas as condutas violadoras dos direitos subjetivos de outrem é que poderiam ser categorizadas como delitos. Posteriormente, referido ideário evoluiu para se atribuir ao direito penal a missão de proteger interesses vitais até culminar com a atual concepção, erigida, inclusive, à categoria de princípio, no sentido de que o direito penal somente deve se prestar à proteção de autênticos bens jurídicos.

Mas o que vem a ser um bem jurídico, para fins de tutela pelo direito penal? Para tanto, valemo-nos do conceito de bem jurídico trazido por Francisco de Assis Toledo[33], redator do anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, assim como de sua explicação sobre a evolução histórica do presente princípio:

> [...] *bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*.
>
> O conceito de bem jurídico, assim sintetizado, resultou de lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o injusto típico, do qual se pudesse deduzir orientação segura para a aplicação da lei penal. Primeiramente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de *direitos subjetivos* (época das luzes, especialmente Feuerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de *interesses vitais* (fins do século XIX); por fim, chegou-se à conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou exposição a perigo de um *bem jurídico*.

Como visto, o direito penal desempenha a sua função por meio do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, como forma de restrição do poder punitivo estatal, que não deve punir condutas irrelevantes, inaptas a afetar um bem jurídico.

A esta altura, vale mencionar a existência de certa discussão doutrinária acerca da seguinte indagação: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos coincide[34], ou não[35], com o princípio da ofensividade (também conhecido por princípio da lesividade)? Para a primeira corrente, esses princípios realmente se confundem; por outro lado, para a segunda corrente, a distinção reside no fato de que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos tem o seu foco de atuação na missão do direito penal de proteger bens jurídicos enquanto categoria abstrata, ao passo que o princípio da ofensividade (ou

---

[33]TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 16-17.

[34]PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 140-141.

[35]BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 29; BIANCHINI, Aline; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 43.

lesividade) preceitua a incumbência do direito penal de somente incriminar lesões ou perigos de lesões concretas aos bens jurídicos elegidos pela lei criminal.

Adotando uma ou outra corrente, inegável que o principio da insignificância deriva das ideias concebidas por detrás desses dois princípios. Vejamos.

Se o direito penal presta-se a assegurar a existência livre e segura da sociedade, criminalizando apenas condutas violadoras de bens jurídicos, por óbvio, não há porque tipificar condutas que, abstratamente, já se mostrem insignificantes para com o bem jurídico que se quer proteger. Afinal, o que é insignificante *ex ante* já é insuscetível de arriscar a segurança da vida social e o próprio sistema estatal que busca referida segurança.

Igualmente, se, no caso concreto, a ofensa perpetrada tiver sido apenas insignificante, não há porque tal conduta ser sancionada, à míngua de qualquer ofensividade (ou lesividade, enfim) desta conduta.

2.2.3. Princípio da subsidiariedade

Se pelo princípio anterior, o direito penal deve proteger bens jurídicos, também não é qualquer bem jurídico que deve se encontrar sob o manto protetivo do direito penal, mas apenas os considerados imprescindíveis à segurança da vida social e que, simultaneamente, não puderem ser protegidos, de outro modo tão eficaz e menos rigoroso.

Daí exsurge o princípio da subsidiariedade do direito penal (também conhecido como princípio da intervenção mínima), pelo qual o Estado somente deve prever e infligir reprimendas penais para proteger os bens jurídicos mais relevantes do ordenamento jurídico, já que o direito penal é o ramo do direito mais violento de que dispõe o Estado para efetuar um controle social, sendo certo que o princípio da insignificância propõe-se a racionalizar os sancionamentos em geral, obstando punições desnecessárias a condutas minimamente lesivas aos bens jurídicos tutelados.

Nesse sentido, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazari Prestes[36]:

> O legislador, ao elaborar a norma penal, deve fazer uma escala de valores, em forma hierárquica, dos bens jurídicos objetos de sua tutela. Quanto maior a lesão ou ameaça de lesão, ou quanto maior a

[36]PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 15.

> essencialidade social do interesse ameaçado ou lesado, maior deve ser a resposta penal, através de maior reação sancionadora. As normas penais não têm o mesmo valor, este varia de acordo com o fato que lhe dá conteúdo. A tutela penal deve abranger única e exclusivamente os bens fundamentais da comunidade, aquelas situações e condições sociais e pessoais necessárias à sobrevivência harmônica do grupo.

2.2.4. Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade chega ser conexo ao princípio da subsidiariedade, sem, no entanto, serem sinônimos. Enquanto o princípio da subsidiariedade impõe a especificidade de aplicação do direito penal pelo Estado para salvaguardar somente os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, o princípio da fragmentariedade dispõe que, mesmo diante da ineficiência dos outros ramos do direito, também não será toda e qualquer violação aos bens jurídicos defendidos pelo Estado que deverá ser punida criminalmente, mas somente as violações mais graves a determinado bem jurídico, classificadas como intoleráveis pelo meio social.

Conectando os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal, Francisco de Assis Toledo[37] expõe que:

> [...] Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu. Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não são todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.

Agora, suponha uma conduta que até seja considerada como intolerável pela sociedade por agredir um determinado bem jurídico essencial. Se, por acaso, referida conduta tiver sido praticada, diante de certas circunstâncias, a ponto de não lesionar significativamente esse determinado bem jurídico essencial, por força do princípio da fragmentariedade, tal conduta restará como sendo apenas formalmente intolerável. E, nesse caso, deve entrar em ação o princípio da insignificância para, aquilatando concretamente a ínfima lesão sofrida pelo bem jurídico, afastá-la do âmbito punitivo do Estado.

---

[37]TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit., p. 17.

2.2.5. Princípio da proporcionalidade

À semelhança do que sucede com o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade não pertence a uma área exclusiva do direito, pairando sobre todo o ordenamento jurídico, conquanto seja verificada a sua aplicação, com grande incidência estatística, no direito administrativo.

No direito penal, a ideia de proporcionalidade é frequentemente abordada em matéria punitiva, passando, necessariamente, por um juízo axiológico, variável no tempo e no espaço, com vistas a um balanceamento entre o fato perpetrado e a sanção que vier a ser infligida ao seu respectivo autor. Por isso, tratando do tema com muita propriedade, Mariângela Gama de Magalhães Gomes[38] aduz que para a proporcionalidade não há uma medida absolutamente objetiva, atemporal e neutra para calibrar a relevância dos diversos bens jurídicos em jogo, uma vez que qualquer medida de valor relativa a tais bens varia no tempo, de acordo com a sua percepção e o seu significado social.

Tratando do princípio da proporcionalidade em sua Tese de Doutorado sobre a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tuteladores de bens jurídicos difusos, Adjair de Andrade Cintra[39] trata das três categorias em que se divide o princípio, fazendo a sua apreciação no âmbito sancionatório, de modo a expor que:

> A proporcionalidade *lato sensu* se divide em três categorias, quais sejam, adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.
>
> Por adequação (ou idoneidade) entende-se que o meio utilizado deve ser apropriado para se atingir o fim desejado. Assim, haverá adequação se a pena cominada (abstratamente) e aplicada (concretamente) for o meio apropriado para se atingir as suas funções e finalidades, tradicionalmente retribuição e prevenção.
>
> Por necessidade (ou exigibilidade) entende-se que este meio (adequado) seja imprescindível para a obtenção das funções e finalidades da pena, porque, se existirem outras medidas menos gravosas que atinjam as mesmas finalidades, estas outras medidas deverão ser as escolhidas.
>
> Por fim, proporcionalidade em sentido estrito é o sopesamento entre o meio e os fins, entre o prejuízo sofrido pelo apenado e as vantagens buscadas pela sociedade.

---

[38]GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 200.

[39]CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 74.

Por força do princípio da proporcionalidade, em primeiro lugar, deve ser *adequadamente* ponderado o valor do bem jurídico que se pretende salvaguardar, mediante o devido balanceamento do desvalor da conduta praticada com o valor do direito que se pretende atingir do agente, cuja *necessidade* sancionatória do Estado que deseja vê-lo punido, deve eleger o apenamento necessário para ver cumpridas as finalidades preventiva e repressiva da sanção a ser cominada no devido e legítimo atingimento da esfera jurídica do punido.

Somente após a verificação das duas categorias anteriores, é que o julgador deve passar à *terceira fase da proporcionalidade*, devendo estabelecer a medida exata daquela punição, desde que já concebida como devida. Nesta fase, não se indagará mais a possibilidade, ou não, de sacrifício de um direito individual do sancionado em detrimento de um direito geral da coletividade, mas, sim, do *quantum*, da medida exata em que isso será possível.

Veja que a relevância do princípio da proporcionalidade é tamanha que ele deve ser observado tanto pelo Poder Legislativo, no momento de redação da norma sancionatória, genérica e abstrata, quanto pelo Poder Judiciário no momento de aplicar concretamente a penalidade abstratamente posta pelo legislador, consoante orientação atualizada do Supremo Tribunal Federal:

> E M E N T A: "HABEAS CORPUS" – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, "IN ABSTRACTO", A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, "CAPUT" E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA "PROIBIÇÃO DO EXCESSO": FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONVERSÃO, EM SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AOS CONDENADOS NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA VIGENTE LEI DE DROGAS. – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas

> constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. – O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo critério da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos no art. 33, "caput" e § 1º, e arts. 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006. O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL ATUA COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO AO RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES. - A formulação, contra o sentenciado, de juízo de maus antecedentes não pode apoiar-se na mera instauração de inquéritos policiais (em andamento ou arquivados), ou na simples existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso. É que não podem repercutir, contra o réu, sob pena de transgressão à presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII), situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, porque inexistente, em tal contexto, título penal condenatório definitivamente constituído. Doutrina. Precedentes. (STF – HC 108026 / MS – Segunda Turma – rel. Ministro Celso de Mello – j. 27.03.2012 – DJe 184 - DIVULG 18.09.2013 - PUBLIC 19.09.2013)

Por sinal, vale a pena registrar que o próprio legislador, na dicção normativa apropriada do art. 59 do Código Penal, que versa sobre a temática da aplicação da pena, teve por bússola orientadora o princípio da proporcionalidade, ao determinar expressamente a necessidade como um dos itens que o magistrado deve aquilatar na fixação da pena-base. *In verbis*:

> **Fixação da pena**
>
> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja <u>necessário</u> 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.
>
> (<u>grifos nossos</u>)

Enorme, pois, é a correlação do presente princípio com a insignificância, na medida em que ela encontra fundamento de validade no próprio princípio da proporcionalidade, já que a sanção a ser cominada ao autor do fato contrário ao direito deve guardar estrita proporcionalidade com a gravidade de sua conduta praticada. Todavia, a conduta dotada de insignificância para o direito não traduz qualquer gravidade digna de sancionamento e, assim, qualquer que seja a penalidade aplicada, esta sempre será desproporcional, em virtude da própria ausência de gravidade do ato censurado.

2.3. Natureza jurídica do princípio da insignificância e sua concepção pelo Supremo Tribunal Federal

O entendimento em torno da natureza jurídica do princípio da insignificância é de fundamental importância para a apreensão do modo como a Corte Suprema tem aplicado o princípio, uma vez que, somente a partir dessa compreensão, é que poderão ser lançadas as bases doutrinário-jurisprudenciais para se defender a extensão do princípio como aplicável também aos atos de improbidade administrativa.

2.3.1. Natureza jurídica

Na linha do tempo, como já estudado no item 2.1 do presente trabalho, Claus Roxin ressuscitou a máxima do direito romano *minima non curat praetor*, a partir dos estudos de Franz von Lizst, para adotar o mesmo preceito parametrizado pelo princípio da adequação social de Hans Welzel. Nessa primeira concepção, engendrou o princípio da insignificância como forma de apartar do raio de ação do direito penal as condutas delituosas irrelevantes, na mesma toada daquilo que sucedia na teoria da adequação social: os casos de aplicação de princípio da insignificância seriam impuníveis pela falta de antijuridicidade material do fato tido por delituoso.

Posteriormente, o penalista tedesco modificou o seu próprio ponto de vista sobre o tema, para defender a falta de tipicidade material das condutas marcadas pela insignificância, renunciando à tese de que o princípio da insignificância excluiria a antijuridicidade material da conduta e, assim, evoluiu cientificamente a sua própria compreensão sobre o tema.

Hodiernamente, a tese da atipicidade material da conduta verificada como insignificante tem o acolhimento da jurisprudência da Suprema Corte, como veremos à frente.

Roxin terminou por concluir que, diante de ações dotadas de tipicidade meramente formal, porquanto ausente qualquer resultado lesivo digno de expressão, não haveria ofensa ao bem jurídico respectivamente tutelado pela norma e, por isso, a tipicidade - e não a antijuridicidade - estaria afastada, como leciona Luiz Flávio Gomes[40]:

> No plano doutrinário (dogmático) a resposta pode ser dada com apoio nas lições de Roxin, que desde 1970 (e diferentemente do que dizia von Liszt) vem sustentando a construção de um novo sistema penal fundado na indivisibilidade entre Direito penal e Política criminal. Os princípios de Política criminal (exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima – fragmentariedade e subsidiariedade -, ofensividade etc.) são relevantes não só para o legislador, senão também para o aplicador do Direito, que ao analisar as diversas categorias do fato punível (tipicidade, antijuridicidade e punibilidade), assim como os demais pressupostos da pena (culpabilidade, necessidade concretada pena etc.), deles não pode prescindir.
>
> A consequência dogmática inevitável decorrente da incidência do princípio da insignificância é a exclusão da tipicidade do fato. O fato deixa de ser materialmente típico. A decisão supra do Min. Celso de Mello dá apoio a essa nova concepção doutrinária da tipicidade penal, que é um dos avanços da nossa teoria constitucionalista do delito e que vem a ser a soma da tipicidade formal + tipicidade material.
>
> Não basta, assim, que a conduta realizada tenha produzido o resultado naturalístico exigido por alguns tipos penais (crimes materiais), que haja nexo de causalidade entre a conduta e esse resultado, que a conduta esteja devidamente descrita numa formulação típica legal. Esse lado formal do delito (da tipicidade penal) é necessário, mas não suficiente.
>
> Ademais da tipicidade formal impõe-se também a presença da tipicidade material, que exige um duplo juízo valorativo: (a) de desaprovação da conduta e (b) de desaprovação do resultado jurídico. Nos crimes dolosos, ainda se requer a dimensão subjetiva (dolo e outros eventuais requisitos subjetivos especiais).

Uma vez superada a teoria pela qual o princípio da insignificância afastaria a antijuridicidade, Roxin terminou por assinalar a tese de que o princípio em estudo excluiria a tipicidade material, o que, inclusive, foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do *leading case* julgado no HC 84412-0/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello (e que será estudado com mais vagar um pouco mais à frente), pois ficou assentada a ligação existente entre a nocividade social de uma conduta e a tipicidade material do delito.

---

[40]GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 75-76.

Com efeito, uma conduta formalmente típica, somente o será também do ponto de vista material, se e quando puder ser verificada uma efetiva ofensa (ou, ao menos, perigo concreto de ofensa), ao bem jurídico tutelado, enquanto uma lesão que, de tal monta, possa ser considerada como apta a causar uma lesividade social.

Não obstante, na transposição da teoria para a prática jurisprudencial, a par da configuração do princípio da insignificância como excludente de tipicidade material, houve uma relativa dilatação do conteúdo teórico, pois a identificação da insignificância da lesão ao bem jurídico também pode ser feita à luz da análise das condições pessoais do sujeito ativo e das demais circunstâncias do fato delituoso, caracterizando-se como insignificantes determinadas condutas que, a partir de um juízo de sua reprovabilidade, foram casuisticamente analisadas e consideradas insignificantes, como autêntica causa de exclusão da culpabilidade.

2.3.2. Insignificância absoluta e insignificância relativa

Antes, porém, de dissecarmos o *leading case* da Suprema Corte, julgado no HC 84412-0/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a partir do qual foram assentadas as bases jurisprudenciais de aplicação do princípio da insignificância, faz-se mister abordar uma subclassificação doutrinária imprescindível à integral compreensão do aludido precedente: a subdivisão da insignificância em absoluta e relativa, muito bem abordada por Adjair de Andrade Cintra[41], em sua Tese de Doutorado sobre a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tuteladores dos bens jurídicos difusos:

> A insignificância absoluta seria aquela que, por ser de tal forma diminuta, sequer afeta o bem jurídico penalmente tutelado, já que apresenta uma ofensividade reduzidíssima, carecendo a conduta de tipicidade material, sendo afastada de pronto do âmbito do ordenamento penal (mas não do ordenamento jurídico como um todo).
>
> É absoluta porque a insignificância se dá independentemente do referencial tomado. Um grão de areia é insignificante em relação a um punhado de areia ou a um caminhão de areia. Um centavo é insignificante seja em relação a um salário mínimo, seja em relação a milhões de reais. Nestes casos, excluindo-se a própria tipicidade material da conduta, não há porque se analisar a culpabilidade do agente.
>
> A insignificância relativa, por sua vez, seria aquela que pode vir a excluir a culpabilidade, nos casos de condutas que não chegam a ter excluída a tipicidade (formal e material), já que apresentam sim uma lesão ao bem

[41]CINTRA, Adjair de Andrade. op. cit., p. 84-85.

> jurídico, apesar desta lesão ser de reduzida monta. É apenas relativamente insignificante pois só assim é considerada a conduta se tomarmos por base o resultado causado em relação a um determinado bem jurídico concretamente considerado (um determinado patrimônio, um pequeno ecossistema).
>
> [...]
>
> *Fato axiologicamente irrelevante* - essa é a ideia central da insignificância relativa. Materialmente, há uma (pequena) violação ao bem jurídico penalmente protegido, abstratamente considerado. No entanto, como essa lesão é de pequena monta, tendo-se por referência o objeto jurídico individualizado (suas condições, as de seu titular), isso faz com que o fato seja axiologicamente irrelevante já que, apesar de não ser absolutamente insignificante, o seu conjunto não agrega um valor negativo o suficiente para ser merecedor de uma pena criminal.
>
> O senso comum de justiça indica não ser justa a aplicação de uma pena nesse caso concreto, ou seja, o fato não se mostra merecedor de reprovação penal, ainda que tenha havido a lesão ao bem jurídico, e ainda que a conduta seja típica e antijurídica. Nessa hipótese, entretanto, a valoração deve ocorrer no momento da análise da reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, sendo então consideradas as suas condições pessoais.

Veja que a doutrina não descura dessa diferenciação, ainda que lhe forneça, formalmente, nomenclatura diversa. A esse instituto que Adjair de Andrade Cintra denomina de insignificância relativa, Luiz Flávio Gomes atribui a expressão *irrelevância penal do fato*. Isso porque este último discorda que a análise do juízo de reprovabilidade da conduta, para fins de irrelevância da ofensividade verificada, enquanto elemento apto a excluir a culpabilidade, descaracterizando a própria criminalização da conduta, possa ser encarada como uma das vertentes do princípio da insignificância, mesmo que dotada da adjetivação *relativa*. Os critérios orientadores de um (princípio da insignificância) e de outro (irrelevância penal do fato) seriam de uma diversidade tamanha, que não poderiam sequer fazer remissão de um (insignificância absoluta) a outro (insignificância relativa).

Para Luiz Flávio Gomes, o princípio da insignificância somente pode ser tido, encarado e aplicado como excludente da tipicidade material, seja pela insignificância da conduta perpetrada, seja pela insignificância do resultado alcançado, razão pela qual este princípio teria cabimento apropriado diante daquilo que ele denomina de *delitos de bagatela próprios* (ou *infrações bagatelares próprias*).

Em outro diapasão, como gênero diverso mesmo, a irrelevância penal do fato, calcada na desnecessidade de aplicação concreta de sanção, assim considerada a partir de um juízo *ex post*, verificado na culpabilidade do agente e no grau de reprovabilidade de sua

conduta, sob a óptica tanto de todas as circunstâncias subjetivas do agente, quanto objetivas do evento, é algo que não concerne ao princípio da insignificância e, por isso mesmo, somente poderia incidir sobre os delitos de bagatela impróprios (também chamados de infrações bagatelares impróprias).

Esclarecendo o seu posicionamento distintivo entre os institutos, Luiz Flávio Gomes[42] expõe o seu raciocínio com os seguintes dizeres:

> *Sintetizando*: quando se trata de um fato bagatelar próprio o princípio a ter incidência é o da insignificância, regida pelos quatro vetores concebidos pelo STF: (a) ausência de periculosidade social da ação, (b) a mínima ofensividade da conduta do agente – isto é: mínima idoneidade ofensiva da conduta, (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de reprovabilidade da conduta (HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello). Esses vetores, como vimos, devem ser bem compreendidos (para alcançar o puro desvalor da ação, o puro desvalor do resultado assim como ambos). De outro lado, cuidando-se de um fato bagatelar impróprio o princípio a ser aplicado é o da irrelevância penal do fato, fundada na desnecessidade concreta da pena (nos termos do art. 59 do CP).
>
> *Critérios de distinção dos princípios referidos*: os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena).
>
> O primeiro correlaciona-se com a chamada infração bagatelar própria; o segundo corresponde à infração bagatelar imprópria. O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado e/ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato), o segundo exige, sobretudo, desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação), assim como o concurso de uma série de requisitos *post factum* que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto.

Ocorre que, à míngua de qualquer diferenciação pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que abarca todos os requisitos previstos no *leading case* do HC 84412-0/SP (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada), naquilo que a própria Corte Suprema considera como sendo

[42]GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 34-35.

princípio da insignificância, seguiremos o posicionamento de Adjair de Andrade Cintra, subdividindo a insignificância em absoluta e relativa, guardado o profundo respeito ao posicionamento de Luiz Flávio Gomes (inclusive explicitado acima), que prefere chamar de irrelevância penal do fato aquilo que adotaremos como insignificância relativa.

Dessarte, com base nos requisitos previstos no *leading case* do HC 84412-0/SP (relatado pelo Ministro Celso de Mello), os quais serão esmiuçados a seguir, conceberemos dois modos de verificação do princípio da insignificância: a absoluta, excludente da tipicidade material e a relativa, excludente da culpabilidade.

A verificação da insignificância absoluta dar-se-á diante da mínima ofensividade da conduta do agente, em relação ao bem jurídico tutelado, abstratamente considerado, dado que, nesse caso, o bem jurídico protegido pela norma foi tão minimamente lesionado (se é que chegou a sê-lo) que a conduta praticada será materialmente atípica.

Já a ocorrência da insignificância relativa exige que o objeto jurídico inexpressivamente lesionado seja analisado não de modo abstrato, mas, sim, com relação ao bem individualizado, tomado em todas as suas relações e circunstâncias concretamente aferidas, secundado, ainda, pela análise das condições subjetivas do agente. Assim ocorre porque, no caso de insignificância relativa, tem-se a tolerância da sociedade ao compreender como despicienda e não merecedora de repressão a conduta praticada, se as condições pessoais do agente forem favoráveis, verificando-se, aqui, o juízo de sua culpabilidade.

Saliente-se que a insignificância relativa apenas terá o condão de afastar a culpabilidade do agente, caso sejam favoráveis as condições subjetivas por ele apresentadas, à luz dos predicados estabelecidos pelo art. 59 do Código Penal.

Dessa maneira, a insignificância relativa deve ser aprovada pelo julgador, no caso concreto, desde que seja verificada e satisfeita em dois momentos diversos: o anterior, no qual será aquilatada a ofensa concretamente sofrida pelo bem jurídico e o posterior, em que serão detalhadamente avaliadas as condições subjetivas do causador da inexpressiva lesão jurídica perpetrada.

Conclusivamente: se, e somente se, concorrerem essas duas situações benéficas ao agente - inexpressividade da lesão jurídica provocada e condições pessoais favoráveis – é que a culpabilidade do causador da conduta, em tese, punível, será excluída, em função da irrelevância valorativa do fato, dotado de insignificância relativa.

2.3.3. Modo de aplicação do princípio da insignificância pela Corte Suprema

Conquanto já tenha sido objeto de aplicação expressa, pelo Supremo Tribunal Federal, desde logo após a promulgação da presente Constituição Federal[43], o princípio da insignificância somente adquiriu o presente significado jurídico hoje ostentado e assentado pela jurisprudência do guardião da Lei Fundamental, a partir do julgamento do *leading case*, relativo ao HC 84412-0/SP, ocorrido aos 19.10.2004, na Segunda Turma, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, tendo em vista que vem servindo de modelo para as decisões que se seguiram tanto na Excelsa Corte quanto no Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais alhures. Eis a ementa do julgado:

> E M E N T A: **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** - IDENTIFICAÇÃO **DOS VETORES** CUJA PRESENÇA **LEGITIMA** O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - **CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO** DA TIPICIDADE PENAL **EM SEU ASPECTO MATERIAL** - DELITO DE FURTO - **CONDENAÇÃO** IMPOSTA **A JOVEM DESEMPREGADO**, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" **NO VALOR** DE R$ 25,00 (**EQUIVALENTE A 9,61%** DO SALÁRIO MÍNIMO **ATUALMENTE** EM VIGOR) - **DOUTRINA** - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA **JURISPRUDÊNCIA** DO STF - PEDIDO **DEFERIDO**.
>
> **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.**
>
> **- O princípio da insignificância -** que deve ser analisado **em conexão** com os postulados da fragmentariedade **e** da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido **de excluir** ou **de afastar** a própria **tipicidade** penal, **examinada** na perspectiva **de seu caráter material. Doutrina.**
>
> Tal postulado - **que considera necessária**, na aferição **do relevo material** da tipicidade penal, **a presença** de certos **vetores**, tais como (**a**) a **mínima** ofensividade da conduta do agente, (**b**) a **nenhuma** periculosidade social da ação, (**c**) o **reduzidíssimo** grau de reprovabilidade do comportamento e (**d**) a **inexpressividade** da lesão jurídica provocada - **apoiou-se**, em seu processo de formulação teórica, **no reconhecimento** de que o **caráter subsidiário** do sistema penal **reclama** e **impõe**, em função dos próprios objetivos por ele visados, **a intervenção mínima** do Poder Público.

[43] A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a reconhecer expressamente o princípio da insignificância foi proferida no HC 66.869-1/PR, Segunda Turma, cuja data do julgamento ocorreu aos 06.12.1988, de relatoria do então Ministro Aldir Passarinho.

> **O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*"**.
>
> - O sistema jurídico **há de considerar** a relevantíssima circunstância de que a **privação** da liberdade **e a restrição** de direitos do indivíduo **somente** se justificam **quando estritamente necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, **notadamente** naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, **impregnado de significativa lesividade**.
>
> O direito penal **não se deve ocupar** de condutas que produzam resultado, **cujo desvalor** - por não importar **em lesão significativa** a bens jurídicos relevantes - **não represente**, por isso mesmo, prejuízo importante, **seja** ao titular do bem jurídico tutelado, **seja** à integridade da própria ordem social.
>
> (STF – HC 84412-0 / SP – Segunda Turma – rel. Ministro Celso de Mello – j. 19.10.2004 – DJ 19.11.2004)

Passemos, pois, à analise semântico-jurídica de cada uma dessas quatro expressões, autênticos vetores exegéticos dos pressupostos de cabimento do princípio da insignificância.

2.3.3.1. Mínima ofensividade da conduta do agente

Retomando ideia já abordada, a missão do direito penal destina-se à garantia de uma vida social livre e segura, por meio da proteção de bens jurídicos, os quais perfazem valores ético-sociais, que o direito seleciona para colocá-los sob a sua proteção normativa, objetivando evitar que venham a ser expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.

O motivo dessa função deve-se ao fato de que o direito penal está restrito a tipificar como crimes apenas as condutas passíveis de ofenderem bens jurídicos, a teor do quanto preceituado pelo princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, já trabalhado na presente dissertação (item 2.2.2).

Com isso, somente podem ser reputados como crimes os fatos que trouxerem no seu bojo ofensividade suficiente para lesar ou, ao menos, colocar em risco concreto determinado bem jurídico elegido pelo legislador criminal, sendo certa a aproximação (ou mesmo similitude) existente entre os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade (ou lesividade).

Ora, se o direito penal deve ser voltado à proteção de bens jurídicos, essa incumbência a que se propõe o direito penal deve procurar obstruir a ocorrência de lesões a esses bens jurídicos ou tentar impedir que eles sejam postos em situações de perigo concreto. Igual e reciprocamente, se é verdade que apenas podem ser incriminadas lesões ou perigos de lesões, elas devem ter por referência a proteção dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais. Enfim, a lei penal somente pode tipificar as condutas que mostrarem ofensividade (lesividade) aos bens jurídicos, isto é, aos valores ético-sociais selecionados para proteção pelo direito penal, dada a sua relevância ao convívio social.

Sucede que, por melhor e mais apurada que seja a técnica legislativa, irremediavelmente, algumas condutas materialmente insignificantes terminam por serem arroladas no processo legiferante e, por isso, apresentando tipicidade apenas formal. Aqui, não basta o singelo enquadramento da conduta na moldura penal estabelecida pela norma descritiva, uma vez que essa situação de insuficiência apenas se presta à mera formalização da tipicidade.

Para retificar esse tipo de malsinação do ordenamento, faz-se imprescindível que a conduta prevista dê um passo a mais rumo à sua própria completude, de molde a incorporar e assumir autêntica tipicidade material: a extensão e profundidade da lesão verificada devem ser tamanhas, que ofenda tanto o bem jurídico individualizadamente considerado no objeto jurídico que padeceu pela conduta perpetrada quanto em relação ao próprio bem jurídico abstratamente encarado.

Somente mediante a concorrência e acoplamento da tipicidade formal com a tipicidade material, nos termos acima expostos, é que será possível conceber a tipicidade plena da conduta, apta a merecer uma resposta de índole penal, preventiva e repressiva, do Estado. Por outro lado, se for ínfima a lesividade da conduta analisada em relação ao bem jurídico tutelado e abstratamente examinado, a conduta não será típica, em razão da necessidade de que a tipicidade reclama uma ofensa (via lesão ou perigo de lesão) robusta ou, pelo menos, que não seja insignificante.

Conclusivamente, se for mínima a ofensividade da conduta do agente, ela não será bastante para por em risco tanto o bem jurídico salvaguardado pela normal penal, enquanto instrumento normativo de uma vida social segura, quanto o ordenamento jurídico assinalado pelo Estado que deve se preocupar em fornecer essa segurança, à míngua de tipicidade material.

2.3.3.2. Nenhuma periculosidade social da ação

A periculosidade social da ação não concerne à lesividade (ou danosidade) da ação. Esta atine à própria tipicidade material da conduta na verificação da gravidade com que o bem jurídico tutelado chegou a ser ofendido. Aquela remete o intérprete a perquirir eventual juízo de reprovabilidade da conduta, mediante uma comparação do modo com que se desenvolveu o fato em julgamento com a média da prática social, a fim de asseverar a presença, ou a ausência, de periculosidade dessa conduta averiguada.

Antes de mais nada, ontologicamente, o crime encerra a prática de uma conduta indesejada pela sociedade, sendo certo que todos os elementos que compõem estruturalmente o delito - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – tomam por base o desvalor da conduta: (i) o fato típico reputa o desvalor da conduta verificada e a sua potencialidade lesiva em relação ao bem jurídico tutelado; (ii) já antijuridicidade refere-se ao desvalor da conduta comparativamente ao ordenamento jurídico e à sociedade, genericamente considerados e; (iii) a culpabilidade, analisa o desvalor da conduta em relação às condições pessoais do agente, tratadas pelo art. 59 do Código Penal e a necessidade de imposição de uma pena criminal, decorrente da conduta apreciada.

Como consabido, a insignificância não chega a atingir a antijuridicidade da conduta. Isso porque, se a conduta estiver dentro do âmbito de licitude permitida pelo ordenamento, ou seja, dentro da juridicidade do sistema, sequer deverá ser cogitada a verificação de sua significância, uma vez que as excludentes de antijuridicidade próprias, em regra, tem o condão de afastar eventual dever indenizatório, justamente pela conduta ser lícita frente a todo o ordenamento[44].

Noutro giro, contudo, mesmo as condutas insignificantes podem trazer em si alguma danosidade social, como, por exemplo, o descaminho de mercadorias de valor reduzido. Mesmo de modo insignificante, a conduta prejudica o Fisco aduaneiro e a arrecadação tributária que dela é devida, privado que fica da taxação decorrente da importação das mercadorias descaminhadas. Vê-se que condutas como essa exemplificada,

---

[44]Art. 188 do Código Civil. "Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo."

apesar de insignificantes, acarretam um prejuízo à sociedade, ainda que bem difundido e, por isso, até imperceptível por vezes.

Nessa acepção, portanto, que a expressão *periculosidade social da ação*, se presente na hipótese em análise, deve ser compreendida: um elemento apropriado para excluir a aplicação do princípio da insignificância em relação às condutas tidas por socialmente perigosas, por trazerem risco à integridade da coletividade. Afinal, mesmo as condutas insignificantes, ainda assim, podem despertar o interesse punitivo do Estado, em função de eventualmente apresentarem periculosidade social.

Desse modo, uma vez constatada a periculosidade social da conduta perpetrada, se, ademais, também for típica e antijurídica essa mesma conduta praticada pelo sujeito ativo, poderá lhe gerar um juízo de reprovabilidade apto a acarretar a sua punição, se dotado dos demais elementos do art. 59 do Código Penal, configuradores da culpabilidade criminal.

Veja que a periculosidade social da conduta gera uma tamanha carga valorativa negativa ao desvalor contido no fato, designando-o como autenticamente criminoso. A nota distintiva da periculosidade social da ação, pois, adquire relevo na medida em que adiciona ao contexto analisado um valor negativo suficientemente apto à criminalização da conduta do agente, mesmo que causadora de uma pequena lesão (ou risco de lesão) ao bem jurídico penalmente tutelado.

Assim, aplicando-se a teoria que divide a insignificância em absoluta e relativa ao presente elemento em estudo, tem-se que a ausência de periculosidade social da ação, ou seja, *nenhuma periculosidade social da ação*, por se conectar à culpabilidade, somente terá incidência em caso de insignificância relativa.

Ao contrário, perquirir a *periculosidade social da ação* e, outrossim, perscrutar pela sua ausência ou pela sua presença no caso concreto, não tem qualquer razão de ser diante de um caso de insignificância absoluta, pois a conduta avaliada já cuida de uma ofensa tão ínfima ao bem jurídico tutelado, que esse fato, em si considerado é, de *per se*, materialmente insignificante e inapto, sequer, a ameaçar o bem jurídico tutelado.

2.3.3.3. Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

Este subitem, a exemplo do que se verificou no estudo do subitem anterior, indiscutivelmente, versa sobre o destaque que a análise da culpabilidade do sujeito ativo importa para se certificar a respeito do cabimento, ou não, do princípio da insignificância, ainda que pelo viés da insignificância relativa. Na definição de Luiz Régis Prado[45]:

> A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

A culpabilidade, malgrado não conceituada legalmente pelo Código Penal, cumpre uma tríplice função no sistema normativo, (i) fundamentando a pena, (ii) demarcando limites para a sua aplicação e (iii) servindo de fator de gradação da pena a ser imposta (se for o caso), segundo escólio de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina[46].

Enquanto fundamento da pena, a culpabilidade exerce a primeira de suas missões, referindo-se ao fato de ser possível, ou não, o cabimento de uma pena àquele que praticar um fato típico e antijurídico, desde que presentes os pressupostos da culpabilidade: imputabilidade penal, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Outrossim, a culpabilidade limita o *quantum* sancionatório, servindo de autêntico instrumento para o cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF[47]), a partir da exata mensuração da reprovabilidade incidente sobre o causador do delito.

Por último, a culpabilidade ainda serve para delimitar o *jus puniendi* estatal, evitando-se um sancionamento eventualmente desproporcional, aquilatando a severidade merecida (se merecida) e impedindo uma penalização acima do limite da culpabilidade do agente.

---

[45]PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 408.

[46]GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 545.

[47]Art. 5º, XLVI, da CF -"a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;
[...]"

Veja que essa triplicidade de objetivos da culpabilidade, em resumo, busca encontrar e aquilatar, com a maior precisão possível, o juízo de reprovabilidade do acusado, para submetê-lo à sanção mais condizente com sua conduta, equilibrando-se, assim, a reprovação estatal contida na penalidade imposta diante da conduta que se quer ver punida.

Reforçando o acerto da tese suscitada no item 2.3.2, que subdividiu a insignificância em absoluta (atrelada à exclusão da tipicidade) e relativa (concernente à exclusão da culpabilidade), é digno de nota que o *leading case* em comento, ao exigir *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* para ver aplicado o princípio da insignificância, deita raízes diretas na análise da culpabilidade do agente, enquanto um de seus pressupostos de aplicação.

Impraticável, por sinal, condicionar a tipicidade (cuja ausência material implica a insignificância absoluta) à verificação de um juízo da culpabilidade (cuja ausência pode acarretar a insignificância relativa) do agente perpetrador da conduta em julgamento.

O motivo dessa inviabilidade reside na circunstância de que a tipicidade liga-se ao desvalor da conduta em si considerada e a sua lesividade causada sobre o bem jurídico tutelado; já a culpabilidade, afirma o desvalor da conduta pela aderência às condições subjetivas do agente (contidas no art. 59 do Código Penal) e à sua própria reprovabilidade, verificando-se a necessidade de infligir uma pena como corolário de sua conduta.

Se atípica a conduta (porque mínima a sua ofensividade), sequer deve ser feita uma análise da reprovabilidade do agente, porque a necessidade de precipitar-se uma sanção sobre esta conduta já foi excluída, justamente pela sua insignificância absoluta.

A verificação, todavia, da reprovabilidade é essencial para se absolver alguém pela insignificância relativa de sua conduta praticada, lesiva ao bem jurídico tutelado, em um grau acima do mínimo. A despeito da ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado, por lesar ou expor a perigo concreto aludido bem jurídico, restando, com isso, configurada a sua tipicidade, ainda assim será possível que essa conduta seja relativamente insignificante, pelo reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, o que exonerará o agente do merecimento de uma sanção, graças à irrelevância axiológica do fato examinado, pelo seu acervo não conter um valor negativo suficientemente merecedor da necessidade de aplicação de uma penalidade.

Essa verificação axiológica sobre o fato merecedor de reprovabilidade, ainda que tenha havido uma pequena (e não mínima) ofensa ao bem jurídico, deve ocorrer no

momento da constatação da culpabilidade do agente quando, então, serão verificadas as suas condições pessoais. Aliás, enquanto reflexo do próprio princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) é que a culpabilidade assenta-se sobre os mesmos elementos das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, previstos no cálculo da primeira fase da dosimetria penal.

Se, por acaso, a insignificância mostrar-se somente relativa, é porque houve real tolerância da coletividade para com aquele acusado, que praticou aquela conduta, daquele modo, compreendendo-se como dispensável a reprovação sancionatória pelo sistema jurídico, até mesmo porque a insignificância relativa somente pode afastar a culpabilidade do sujeito ativo, se as suas condições pessoais forem favoráveis.

2.3.3.4. Inexpressividade da lesão jurídica provocada

O derradeiro item assinalado no acórdão paradigmático versa sobre a *inexpressividade da lesão jurídica provocada* concretamente sobre o objeto jurídico individualmente analisado, não se tomando por análise o bem jurídico abstratamente considerado, o qual foi objeto de exame da ofensividade da conduta. Diversamente da *mínima ofensividade da conduta do agente* (excludente da própria tipicidade material como visto na insignificância absoluta), a *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, impede o reconhecimento da culpabilidade para fins de insignificância relativa.

A mínima ofensividade da conduta perpetrada denota a aptidão de potencial lesão (ou exposição a perigo de lesão) do bem jurídico penalmente tutelado, cuidando do potencial ofensivo da conduta, ao se tomar por norte o bem jurídico de maneira abstrata. Diversamente, a compreensão do conceito de lesão jurídica provocada pela conduta estipula incidência sobre o objeto jurídico efetivamente danificado por essa conduta desenvolvida ou sobre o objeto jurídico realmente lesionado pelo perigo concreto sofrido por ele.

Facilitando a distinção que se pretende fazer: com a *mínima ofensividade da conduta*, ela será dotada de insignificância absoluta; ao revés, diante da *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, leia-se, concretamente verificada, ter-se-á uma conduta relativamente insignificante.

2.3.3.5. Conjugação dos elementos elencados pelo HC 84412-0/SP na interpretação do princípio da insignificância

Como interpretar a aplicação dos vetores orientadores do princípio da insignificância?

Com o *leading case* do julgamento do HC 84412-0/SP, relatado pelo atual decano da Corte Suprema, Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, sistematicamente, passou a aplicar o princípio da insignificância, se bem caracterizados os quatro vetores orientadores da insignificância de uma conduta formalmente típica: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Acontece que, conforme minuciosamente analisado, o conteúdo de cada uma dessas expressões não reflete uma relação de pertinência com o elemento tipicidade da conduta. Aliás, apenas a *mínima ofensividade da conduta do agente* é causa única e suficiente para a indicação da atipicidade do fato verificado no mundo fenomênico; as demais balizas, no que lhe dizem respeito, direcionam o intérprete para aspectos indiscutivelmente ligados à culpabilidade do agente.

E, como a apreciação da culpabilidade do agente não traduz um pressuposto da tipicidade da conduta (ou mesmo de sua ausência), tem-se que esses quatro indicativos do princípio da insignificância, em realidade, demonstram as duas espécies do gênero insignificância: a absoluta, a partir da exclusão da tipicidade e a relativa, por conta da exclusão da culpabilidade.

Muito oportuna e digna de elogios, por sinal, a percepção de Adjair de Andrade Cintra[48] pela qual, em sua Tese de Doutoramento, ao defender a incidência do princípio da insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos, apreendeu que a insignificância deve ser vista como um gênero subdividido nas espécies absoluta e relativa. A primeira, como excludente da tipicidade material da conduta, suficientemente embasada na *mínima ofensividade da conduta do agente*. A segunda, enquanto excludente da culpabilidade do agente que apresentar nenhuma periculosidade social na ação praticada, com reduzidíssimo grau de reprovabilidade em seu comportamento, cuja lesão jurídica

[48]CINTRA, Adjair de Andrade. op. cit., p. 81.

concretamente provocada seja inexpressiva, para o caso da conduta que tenha ofendido determinado bem jurídico, de modo um pouco mais gravoso, acima do mínimo.

Sobre a insignificância absoluta, reitera-se e aprofunda-se o quanto já trazido anteriormente. Caso a ofensividade da conduta do agente criminoso seja mínima, ter-se-á por absolutamente insignificante, pois o sistema jurídico penal somente deve ser voltado à salvaguarda de bens jurídicos, por força do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Com isso, as condutas que não tutelam qualquer bem jurídico ou, aquelas que até se prestam a essa finalidade, mas que são dotadas de mínima ofensividade ao respectivo bem jurídico tutelado, não podem ser encaradas como materialmente típicas, à míngua de ofensividade e, portanto, absolutamente insignificantes.

Veja que, com o reconhecimento da insignificância absoluta, a partir da *mínima ofensividade da conduta do agente*, em referência ao bem jurídico tutelado e abstratamente considerado, torna-se, do mesmo modo, absolutamente desnecessária análise das outras expressões contidas no bojo da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, dado que a conduta objetivamente averiguada, já é materialmente atípica, inexistindo qualquer motivo para o julgamento de algo atípico.

A par, entretanto, das condutas formalmente típicas, mas materialmente atípicas pela sua mínima ofensividade ao bem jurídico abstratamente cogitado, também pode haver condutas outras dotadas de relevância ofensiva a bens jurídicos tutelados penalmente, mas que, na hipótese vertente, podem apresentar insignificância relativa, pela exclusão da culpabilidade do agente que apresentar, concomitantemente, todos os outros três elementos indicados pela jurisprudência pretoriana da Suprema Corte: nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. A propósito[49]:

> Os demais vetores, entretanto, são essenciais para a análise da insignificância relativa, e deverão estar todos presentes para a sua configuração (e consequente exclusão da culpabilidade do agente).
>
> Não sendo mínima a ofensividade da conduta do agente, a conduta não é absolutamente insignificante. Mas pode ser relativamente insignificante, no caso de estarem presentes os demais vetores: nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, afastando-se assim a culpabilidade.

[49]CINTRA, Adjair de Andrade. op. cit., p. 106.

A forma de apreciação desses três elementos passíveis de desencadear a insignificância relativa encontra-se muito bem explicada por Adjair de Andrade Cintra[50], na sequência de sua tese:

> Assim, o primeiro desses três vetores a ser analisado é a lesividade da conduta. Ainda que não seja mínima a ofensividade da conduta (tomando-se em conta o bem jurídico abstratamente considerado), é possível que a lesão jurídica provocada seja mínima, tomando-se em conta o objeto individualmente lesionado pela conduta delituosa praticada.
>
> Sendo esse o caso, passa-se para os outros dois vetores.
>
> A "periculosidade social da ação" é a gravidade da conduta praticada, que impede que condutas consideradas socialmente perigosas, que colocam em risco a "integridade da própria sociedade", sejam consideradas relativamente insignificantes (mas não tem o poder de afastar a insignificância absoluta), como seria o caso do tráfico de entorpecentes, no entender do Supremo Tribunal Federal.
>
> Dessa forma, ainda que de pequena monta a lesão ou perigo de lesão (tendo-se por referência o objeto jurídico individualizado), a periculosidade social da conduta pode agregar ao seu conjunto um valor negativo o suficiente para tornar necessária e merecida a aplicação de pena criminal em decorrência dessa conduta, não se tratando de fato *axiologicamente irrelevante.*
>
> Por fim, sendo inexpressiva a lesão jurídica provocada e não estando presente esta "periculosidade social", analisa-se a reprovabilidade do comportamento do agente.
>
> Essa reprovabilidade é a indicação da necessidade e do merecimento de aplicação de uma sanção penal ao agente. Contudo, se a conduta é relativamente insignificante, não há necessidade e merecimento de se aplicar esta pena, pois a sociedade tolera esta conduta, desde que as condições pessoais do agente sejam favoráveis (condições tais como as indicadas por Luís Flávio Gomes, "ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de ter sido o agente processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período, etc.").
>
> Trata-se, pois, da própria análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima).
>
> Dessa forma, se a conduta provocar inexpressiva lesão jurídica, não apresentar nenhuma periculosidade social, e sendo reduzidíssimo o grau de reprovabilidade do comportamento, afastada restará a culpabilidade, tratando-se de fato "axiologicamente irrelevante", eis que seu conjunto não contém um valor negativo o suficiente para tornar necessária e merecida a aplicação da pena criminal.

[50]CINTRA, Adjair de Andrade. op. cit., p. 107-108.

Por fim, só para confirmar a existência de uma insignificância relativa, calcada na apreciação da reprovabilidade da conduta do agente, fundada na análise de sua culpabilidade, há uma gama de julgados, de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, em que o princípio da insignificância deixou de ser aplicado, por conta da reincidência específica do autor que, repetidamente, adotou a mesma modalidade criminosa como meio de vida.

Ora, para esse tipo de sujeito ativo, o eventual reconhecimento da insignificância de sua conduta, muito mais serviria de deletério incentivo ao cometimento de novos delitos da mesma natureza do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário que, para o acusado do caso concreto, não merece o beneplácito do princípio da insignificância (ou melhor, da insignificância relativa a esse sujeito passivo específico):

> *Habeas corpus*. 2. Furto (consumado e tentado) a dois estabelecimentos comerciais de forma sucessiva. Bens avaliados em R$ 355,00 (trezentos e cinquenta e cinco reais). 3. Ausência de um dos vetores considerados para aplicação do princípio da insignificância: o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. 4. Maior desvalor da conduta aliado à personalidade do agente, voltada ao cometimento de delitos patrimoniais (reincidência específica). 5. Ordem denegada. (STF – HC 115147 / MG – Segunda Turma – rel. Ministro Gilmar Mendes – j. 06.08.2013 – DJe 77 - DIVULG 23.04.2014 - PUBLIC 24.04.2014)

> Ementa: RECURSO ORINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO IMPROVIDO. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – No caso sob exame, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu *modus vivendi*, uma vez que possui extensa lista de inquéritos policias e ações penais, inclusive condenações definitivas pelo mesmo delito. III – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. IV – A pena, de resto, estabelecida em 2 anos e 4 meses de reclusão, que não foi substituída por sanção restritiva de direitos ante a vedação legal prevista no art. 44, II, do Código Penal (reincidência), não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, mostrando-se adequada ao caso concreto e necessária à repressão e prevenção de novos delitos. V – Recurso improvido. (STF – RHC 115490 / MG – Segunda Turma – rel. Ministro Ricardo Lewandowski – j. 21.05.2013 – DJe 108 - DIVULG 07.06.2013 - PUBLIC 10.06.2013)

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO TENTADO (ART. 155, CAPUT, c/c ART. 14, II, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. 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; 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O valor da *res furtiva* não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. 4. *In casu*, o Tribunal a quo afirmou que "as instâncias ordinárias levaram em consideração apenas o pequeno valor da coisa subtraída, sem efetuar qualquer análise de outros elementos aptos a excluir de forma definitiva a relevância penal da conduta". Ademais, o Ministério Público ressaltou que "o paciente, além de ostentar outras três condenações, também responde a dois processos por crimes da mesma espécie". 5. Deveras, ostentando o paciente a condição de reincidente, não cabe a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes: HC 107067, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 26.05.11; HC 96684/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.11.10; e HC 108.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.03.12. 6. Ordem denegada. (STF - HC 108403 / RS – Primeira Turma – rel. Ministro Luiz Fux - j. 05.02.2013 – DJe 51 - DIVULG 15.03.2013 - PUBLIC 18.02.2013)

3. CONCEITO, FUNDAMENTOS E TUTELA JURÍDICA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. Conceito e fundamentação constitucional e legal da improbidade administrativa

A improbidade significa a falta de probidade, ou seja, inobservância dos próprios deveres e responsabilidades com falta de retidão de conduta, enfim, imoralidade. Isso porque tanto a improbidade quanto a imoralidade carregam em si um ideário de desonestidade. Ocorre que, quando qualificadas pela expressão *administrativa*, em vista do norte atrelado à Administração Pública, moralidade e improbidade adquirem, cada qual, um sentido próprio, à vista da tecnicidade que a ciência do direito exige de seus respectivos operadores, como bem salientado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[51]:

> Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como **princípios**, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro.
>
> No entanto, quando se fala em improbidade como **ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Deveras, a diversidade técnico-jurídico-administrativa, para fins jurídico-sancionatórios, entre imoralidade e improbidade foi bem patenteada na Carta Magna de 1988.

Veja que a moralidade administrativa, no art. 37, *caput*, da CF[52], foi cunhada na Constituição como princípio aplicável a todos os Poderes e a toda Administração Pública,

---

[51]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 901.

[52]Art. 37, *caput*, da CF. "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]" (grifos nossos)

direta e indireta, de todos os entes federados. No art. 5º, LXXIII, da CF[53], igualmente, foi prevista como um dos fundamentos aptos a serem tutelados pela via processual da ação popular. Oportuno lembrar que, enquanto princípio que é, a moralidade administrativa perfaz um conceito jurídico-axiológico indeterminado, sem delimitação de precisa definição pelo direito positivo, assim reconhecida pela jurisprudência:

> CONSTITUCIONAL. PENSÃO ESPECIAL A VIÚVA DE PREFEITO. LEI MUNICIPAL DE EFEITOS CONCRETOS. VALIDADE. ISONOMIA E PRINCÍPIO DA MORALIDADE (CF, ART. 37). IMUNIDADE MATERIAL DE VEREADORES (CF, ART. 29, VIII). EXTENSÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. Não há empecilho constitucional à edição de leis sem caráter geral e abstrato, providas apenas de efeitos concretos e individualizados. Há matérias a cujo respeito a disciplina não pode ser conferida por ato administrativo, demandando a edição de lei, ainda que em sentido meramente formal. É o caso da concessão de pensões especiais. 2. O tratamento privilegiado a certas pessoas somente pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada. 3. A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. 4. No caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar "imoral" a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio. 5. Com maior razão se mostrava indispensável um juízo sobre o elemento subjetivo da conduta, para fins de atribuir responsabilidade civil, relativamente aos demandados que exerciam o cargo de vereador, investidos, constitucionalmente, da proteção de imunidade material (=inviolabilidade) pelos votos proferidos no exercício do mandato (CF, art. 29, VIII). Se é certo que tal imunidade, inclusive para efeitos civis, é assegurada até mesmo em caso de cometimento de crime, não se há de

[53]Art. 5º, da CF. "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;
[...]" (grifos nossos)

> afastá-la em casos como o da espécie, que de crime não se trata e em que sequer a intenção dolosa foi aventada. 6. Recursos extraordinários providos. (STF - RE 405386 / RJ – Segunda Turma – rel. Ministra Ellen Gracie – rel. para acórdão Ministro Teori Zavascki – j. 26.02.2013 – DJe 057 - DIVULG 25.03.2013 - PUBLIC 26.03.2013)

Já a improbidade administrativa aparece no texto constitucional no art. 15, V, da CF[54], como um dos fundamentos para a perda ou suspensão dos direitos políticos, nos termos do art. 37, § 4º, da CF. Esse dispositivo ao final referido, por sua vez, arrola as penalidades a que estarão sujeitos os praticantes de atos de improbidade administrativa - suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário -, na forma e gradação estabelecidas na respectiva lei regulamentadora[55]. Ademais, o art. 85, V, da CF[56], ainda menciona que a falta de probidade na Administração Pública pode caracterizar crime de responsabilidade do Presidente da República, atentatório contra a Constituição Federal.

Reforçando a diversidade de conteúdo que a Constituição Federal pretendeu atribuir, para fins sancionatórios, às expressões moralidade administrativa e probidade administrativa, o art. 14, § 9º, da CF[57] arrolou, cada qual, como item diverso e autônomo para fins de proteção derivada dos casos de inelegibilidade.

Para regulamentar, no âmbito infraconstitucional, o art. 37, § 4º, da CF, sobreveio a edição da Lei 8.429, de 02.06.1992 que, apesar de mencionar dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, a bem da verdade, faz mais do que isso, regulamentando o próprio subsistema da improbidade administrativa no Brasil.

---

[54]Art. 15, da CF. "É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
[...]
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º." (grifos nossos)

[55]Art. 37, § 4º, da CF. "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." (grifos nossos)

[56]Art. 85, da CF. "São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
[...]
V - a probidade na administração;
[...]" (grifos nossos)

[57]Art. 14, § 9º, da CF. "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta." (grifos nossos)

A maior prova dessa amplitude é o próprio conteúdo legal e tipificador dos atos de improbidade administrativa, definidos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei 8.429/92), cujo espectro é muito mais amplo do que hipóteses de mero enriquecimento ilícito. Tanto assim que o art. 9º trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. No entanto, o art. 10 cuida dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e, por fim, o art. 11 versa sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Aliás, é justamente por essa amplitude da LIA que o ato de improbidade administrativa vem bem definido por Flávia Cristina Moura de Andrade[58], como sendo

> [...] ato de imoralidade qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública, e que enseja, em processo judicial promovido pela pessoa jurídica lesada ou pelo Ministério Público, a aplicação das seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios.

Os atos de improbidade administrativa apenas indicados anteriormente, encontram-se atualmente tipificados dentro do Capítulo II, pelos arts. 9º (Seção I), 10 (Seção II) e 11 (Seção III), da Lei 8.429/92, com a seguinte redação legal, ora vigente:

> **CAPÍTULO II - Dos Atos de Improbidade Administrativa**
>
> **Seção I - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito**
>
> Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:
>
> I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
>
> II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1° por preço superior ao valor de mercado;

[58] ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 236.

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.

Seção II - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Seção III - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
>
> II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
>
> III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
>
> IV - negar publicidade aos atos oficiais;
>
> V - frustrar a licitude de concurso público;
>
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
>
> VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Por oportuno, para fins de manutenção da atualidade da redação legal ora transcrita, releva apontar que a Lei 13.019, de 31.07.2014, ainda em período de *vacatio legis*, pela sua vigência diferida para somente após o transcurso de 360 (trezentos e sessenta dias) da data de sua publicação, ocorrida no Diário Oficial da União de 01.08.2014, modificou a redação do inciso VIII e acrescentou os incisos XVI a XXI, ao art. 10, além de também acrescentar o inciso VIII ao art. 11, da Lei 8.429/92, cuja redação legal que vigerá será a seguinte:

> Art. 10, da Lei 8.429/92.
>
> [...]
>
> VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;
>
> [...]
>
> XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
>
> XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
>
> XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
>
> XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente;

> XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
>
> XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.
>
> Art. 11, da Lei 8.429/92.
>
> [...]
>
> VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

Quanto à respectiva punição dos atos ímprobos, a par das medidas já previstas constitucionalmente no art. 37, § 4º, da CF - suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário -, cuja forma e gradação foram remetidas ao disciplinamento legal, o art. 12 da LIA foi além, tendo previsto outras medidas sancionatórias, o que não infringiu a Constituição, pois a Carta Maior apenas trouxe o rol mínimo de penas, sem ter limitado a competência do legislador ordinário para prever outras sanções além daquelas. Vejamos a redação legal atualizada do art. 12 da Lei 8.429/92, na redação dada pela Lei 12.120/2009:

> **CAPÍTULO III - Das Penas**
>
> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
>
> I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
>
> II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

> III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

O art. 12 da Lei 8.429/92 deixa evidenciados vários parâmetros em torno da dosimetria da pena aplicável ao agente ímprobo.

Em primeiro lugar, nota-se a clara gradação legal decrescentemente feita no tocante à severidade das penas, considerando-se mais graves os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), seguidos daqueles que causam prejuízo ao erário (art. 10) e, por fim, os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), conforme a didática tabela abaixo, resumindo o dispositivo legal:

TABELA DE PENALIDADES EM CASO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MODALIDADE DE IMPROBIDADE ADMI-NISTRATIVA	PERDA DOS BENS OU VALORES ILÍCITOS SOMADOS AO PATRIMÔNIO + RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO, QUANDO HOUVER	PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA	SUSPEN-SÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS	MULTA	PROIBIÇÃO DE CONTRA-TAR COM O PODER PÚBLICO
ART. 9º - ENRIQUECI-MENTO ILÍCITO	perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio + ressarcimento integral do dano, quando houver	SIM	De 8 a 10 anos	até 3 x o valor do acréscimo patrimonial	10 anos
Art. 10 – LESÃO AO ERÁRIO	ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio	SIM	De 5 a 8 anos	até 2 x o valor do danos	5 anos
Art. 11 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINIS-TRAÇÃO PÚBLICA	ressarcimento integral do dano, se houver	SIM	De 3 a 5 anos	até 100 x o valor da remune-ração percebida pelo agente	3 anos

Em segundo lugar, como é possível que uma mesma conduta infrinja, simultaneamente, dois ou até três tipos de improbidade, nesse caso, deverão ser aplicadas as sanções preestabelecidas para a infração mais severa, sendo fora de dúvidas a possibilidade de que as sanções previstas sejam aplicadas de modo isolado ou cumulativo, pela redação que a Lei 12.120/2009 estabeleceu ao atual art. 12, *caput*, da LIA.

Em terceiro lugar, o parágrafo único do dispositivo legal traçou critérios para orientar o magistrado na dosimetria da pena a ser fixada, sendo a extensão do dano causado a base predominante que deverá norteá-lo, devendo tal critério ser interpretado de modo ampliativo, não se referindo exclusivamente ao dano cominado ao erário, mas também ao patrimônio público econômico e moral do Estado e da sociedade.

Uma vez expostos os atuais instrumentos de tutela constitucional e legal do direito material consubstanciado no combate à improbidade administrativa, passaremos à exposição da atual visão extremista da jurisprudência dominante, que rechaça a aplicação do princípio da insignificância sobre esse arcabouço normativo.

3.2. Da impossibilidade do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa para o Superior Tribunal de Justiça

Para a jurisprudência majoritária que se formou em torno do tema, capitaneada por precedente oriundo do julgamento do REsp 892818/RS, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, não é possível incidir o princípio da insignificância sobre as condutas caracterizadas como atos de improbidade administrativa, pois o bem jurídico que a lei respectiva objetiva proteger é a moralidade administrativa, a qual não deveria comportar qualquer relativização, justamente para não permitir sequer analisar, eventualmente, a ocorrência de *mínima ofensividade da conduta do agente* ou *inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

Para a corrente majoritariamente formada na jurisprudência, não se pode indagar da aplicação do princípio da insignificância às condutas reconhecidamente ímprobas, porque não poderia haver ofensa insignificante ao princípio da moralidade.

Esse entendimento foi construído a partir do *leading case* derivado do julgamento do REsp 892818/RS, Processo 2006/0219182-6, na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin que, em seu voto, expressamente declarou que:

> [...]
>
> Dessa forma, é inconcebível uma conduta que, apesar de configurar patente e voluntário desvio de finalidade, ofenda "só um pouco" a moralidade. O princípio da moralidade deve ser objetivamente considerado (na linha do que modernamente se apregoa para o princípio da boa-fé objetiva), dele admitindo-se apenas uma de duas soluções: ou o ato não agride o princípio (tanto por ser a conduta fiel ao princípio da legalidade ou por se caracterizar com mera irregularidade administrativa) ou é imoral – *tertium non datur*. Isso quer dizer que o princípio da moralidade administrativa, por sua centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, não admite relativização, pois descabe falar em semiprobidade, meia probidade ou quase probidade. A conduta é proba ou não é. Ponto final.

O voto até chega a reconhecer a possibilidade de verificação de pequenas irregularidades a que estão sujeitos todos os agentes públicos, as quais, contudo, não podem ser confundidas, sob hipótese alguma, com atos de improbidade administrativa, porque *tertium non datur*. Diante de uma situação contrária ao direito, no âmbito da Administração Pública, ter-se-ia uma mera irregularidade, passível de correção, porque alheia ao microssistema da improbidade administrativa ou um ato de improbidade administrativa autêntico, obrigatoriamente sancionável. Esse rigorismo decorrente da objetividade com que deve ser tratada a improbidade administrativa vem revelado na obrigatoriedade de sancionamento que todo e qualquer ato de improbidade administrativa merece receber, conforme excerto tirado também do voto do Ministro Herman Benjamin:

> **2. Juízo de improbidade administrativa e juízo de dosimetria da sanção**
>
> A implementação judicial da Lei da Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: juízo de improbidade da conduta (= premissa maior) e o juízo de dosimetria da sanção (= premissa menor).
>
> Se o juiz, mesmo que implicitamente, declarar ímproba a conduta do agente, não lhe é facultado – sob influxo do princípio da insignificância – evitar o juízo de dosimetria da sanção, se para tanto que pretende é, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) sanções legalmente previstas.

O sobredito precedente foi assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE IMPROBIDADE DA CONDUTA E JUÍZO DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Chefe de Gabinete do Município de Vacaria/RS, por ter utilizado veículo de propriedade municipal e força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares. 2. Não se deve trivializar a Lei da Improbidade Administrativa, seja porque a severidade das punições nela previstas recomenda cautela e equilíbrio na sua aplicação, seja porque os remédios jurídicos para as desconformidades entre o ideal e o real da Administração brasileira não se resumem às sanções impostas ao administrador, tanto mais quando nosso ordenamento atribui ao juiz, pela ferramenta da Ação Civil Pública, amplos e genéricos poderes de editar provimentos mandamentais de regularização do funcionamento das atividades do Estado. 3. A implementação judicial da Lei da Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: o juízo de improbidade da conduta (= premissa maior) e o juízo de dosimetria da sanção (= premissa menor). 4. Para que o defeito de uma conduta seja considerado mera irregularidade administrativa, exige-se valoração nos planos quantitativo e qualitativo, com atenção especial para os bens jurídicos tutelados pela Constituição, pela Lei da Improbidade Administrativa, pela Lei das Licitações, pela Lei da Responsabilidade Fiscal e por outras normas aplicáveis à espécie. Trata-se de exame que deve ser minucioso, sob pena de transmudar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade, *business as usual*. 5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância, mormente se por "insignificância" se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas. 6. Iniqüidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniqüidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniqüidade coletiva), incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração. 7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa. 8. Como o seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei 8.429/92 tem na moralidade administrativa o bem jurídico protegido por excelência, valor

> abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente. 9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos. 10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do juízo de dosimetria da sanção, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio juízo de improbidade da conduta, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico. 11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que "deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral." (REsp 769317/AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/3/2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil. 12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público. (STJ - RESP 892818/ RS – Processo 2006/0219182-6 – Segunda Turma – rel. Ministro Herman Benjamin - j. 11.11.2008 – DJe 10.02.2010)

Apenas para melhor situar a hipótese fática da qual foi originado esse precedente, segue um breve resumo do ocorrido.

Na hipótese posta nos autos, ficou confessado e incontroverso que João Amaro Borges da Silva, Chefe de Gabinete da Prefeitura do Município de Vacaria/RS, utilizou o carro oficial e a força de trabalho de três membros da respectiva Guarda Municipal, para transportar utensílios e bens particulares, tendo reembolsado a Fazenda Pública Municipal local do valor do dano causado, mediante depósito de R$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos), relativo ao consumo de combustível do percurso.

Em virtude do ocorrido, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca de Vacaria/RS, propôs ação civil pública por improbidade administrativa, a despeito da boa-fé do agente que confessou o fato, assumiu a sua responsabilidade e, principalmente, ressarciu o dano causado.

Em primeiro grau, a sentença local condenou o réu à pena de multa de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). No entanto, a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com base no voto do relator,

Desembargador Genaro José Baroni Borges, reverteu o julgado, para dar provimento ao apelo do condenado, justamente com base na incidência do princípio da insignificância, apto a elidir qualquer condenação ao réu.

Irresignado, o Ministério Público gaúcho interpôs recurso especial, a fim de reformar o v. acórdão e ressuscitar a condenação anteriormente imposto, tendo sido provido o seu recurso, conforme ementa acima declinada.

Como fundamento do acórdão, foi destacada a defesa ferrenha que a Lei de Improbidade Administrativa faz da moralidade administrativa, insuscetível de quantificação precificada, razão por que o ressarcimento do dano pelo agente não teria sido suficiente para absolvê-lo, já que a Lei 8.429/92, por seu turno, arrola como atos passíveis de improbidade administrativa, não apenas aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), mas também os causadores de prejuízo ao erário (art. 10) e, sobretudo, os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Segue o capítulo do voto que tratou desse fundamento:

> **4. Sobre o dano na improbidade administrativa**
>
> Como seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei 8.429/92 encontra na *moralidade administrativa* o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente.
>
> A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10 ("Seção II - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam *Prejuízo* ao Erário", para utilizar as palavras da própria Lei, com meu grifo), emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9º e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, o dano aos cofres públicos é somente uma das modalidades de dano à moralidade administrativa; lá temos a espécie, aqui, o gênero.
>
> O dano, no terreno do Direito da Improbidade Administrativa, não é avaliado exclusivamente sob a ótica *patrimonial*, mas, com muito maior apelo, sob a égide *social* e *moral*. Para que um desvio administrativo seja considerado insignificante (= mera irregularidade administrativa), deve ser valorado quantitativa e *qualitativamente*. Trata-se de exame que deve ser amplo e minucioso, sob pena de transmudar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade *business as usual*.
>
> É nesse sentido que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em seu Recurso Especial, defende que "não raras vezes *os atos, ditos imorais, mas que não geram repercussão econômica, são mais graves do que aqueles que lesionam financeiramente a administração pública*, porquanto a moralidade e a honestidade são conceitos axiológicos que repercutem perante a sociedade, que exige da administração pública a probidade de seus agentes" (fl. 171, grifei).

> Como já referimos, considerado em si mesmo e no contexto da teia do ordenamento brasileiro, o bem jurídico protegido pela Lei 8.429/92 a moralidade dos atos da Administração Pública não pode ser relativizado, pois ocupa o patamar de *sobrebem* ou *hiperbem*, representando para a integridade e viabilidade do Estado o que a vida e a liberdade simbolizam para a existência das pessoas naturais. Numa palavra, mostra-se tecnicamente ilógico ou juridicamente bizarro que se pretenda seja uma conduta *imoral*, em grau capaz de disparar a Lei da Improbidade Administrativa, e, ao mesmo tempo, *irrelevante* perante o Direito. O fato imoral, sobretudo o de índole administrativa, essencial e inevitavelmente de impacto coletivo, é reprovável e, como tal, deve ser enfrentado pelo aplicador do sistema.

Por fim, como outro fundamento em prol da condenação do réu, o princípio da insignificância foi afastado pelo Ministro com afinco nas seguintes bases:

> **5. O princípio da insignificância e a improbidade administrativa**
>
> A questão posta na presente demanda não trata exatamente da possibilidade, em tese, de utilização, no Direito da Improbidade Administrativa, do *princípio da insignificância*. A discussão é mais restrita, isto é, se ao juiz, uma vez tendo chegado à conclusão de que determinado comportamento caracteriza improbidade (isto é, após a emissão do juízo de improbidade administrativa), é facultado *afastar toda e qualquer sanção* com base no *princípio da insignificância* (vale dizer, já no estágio do juízo de dosimetria da sanção). Quer me parecer que a resposta é negativa, pois, no juízo de dosimetria, não mais se discute se a conduta é proba ou ímproba, avaliam-se tão-só as circunstâncias dos fatos para a escolha e dosagem das sanções, sob o influxo dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.
>
> Se o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, desarrazoado falar em aplicação do *princípio da insignificância* às condutas consideradas imorais pelo próprio magistrado. Não existe improbidade administrativa significante e improbidade administrativa insignificante. O que há é *irregularidade insignificante* (e, por isso, não constitui improbidade) e *irregularidade significante* (e, por isso, improbidade administrativa). No campo dos valores principiológicos que regem a Administração Pública, não há como fiscalizar a sua obediência com calculadora na mão, expressando-os na forma de reais e centavos. Logo, o *princípio da insignificância* não se presta para, *após* o juízo *positivo* de improbidade, exonerar, por inteiro e de forma absoluta, o infrator da aplicação das sanções até da multa civil previstas na Lei.
>
> Nesse âmbito, outros aspectos precisam ser levados em conta. A insignificância, como regra, exclui a tipicidade da conduta. Ora, no Direito da Improbidade Administrativa a marca é a *tipicidade aberta*, a começar pelo próprio sentido de moralidade administrativa. A Lei de Improbidade não lista, nem descreve, em *numerus clausus*, as condutas e tipos puníveis, ao contrário do que o fazem o Código Penal e as normas que prevêem ilícitos administrativos e disciplinares. Nem poderia fazê-lo, pois o legislador não teria como antecipar exaustivamente todas as ações contrárias à boa Administração.
>
> [...]

Para finalizar os fundamentos de impossibilidade de incidência do princípio da insignificância no âmbito da Administração Pública, foi trazido acórdão da Quinta Turma do próprio Superior Tribunal de Justiça que não admitiu a aplicação do princípio em tela a crime de responsabilidade praticado por Prefeito Municipal, reforçando o seu ponto de vista sob o baluarte de que se o princípio da insignificância teve sua aplicação rejeitada no terreno penal, *ultima ratio* do sistema, com maior razão a negativa deve ser repetida, sob a mesma linha de cautela, no âmbito do microssistema da improbidade administrativa, enquanto domínio não-penal do ordenamento jurídico.

Os capítulos subsequentes serão voltados, não à defesa absoluta e irrestrita do cabimento desmedido do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa.

Absolutamente.

Não se deve descurar do relevantíssimo bem jurídico que a Lei 8.429/92 pretende salvaguardar. Ocorre que, na outra ponta, a exclusão absoluta e *ex ante* da insignificância que sequer pode ser cogitada, porque *tertium non datur*, diante de um dado caso concreto, de apreciação de um ato de improbidade administrativa, pode trazer à baila situações de grande injustiça, seja pela falta de razoabilidade, seja por ignorar que inúmeros princípios do direito penal, em verdade, são princípios que compõem um sistema muito maior do direito sancionador, seja, ainda, por ignorar exemplos já existentes, no sentido de que o princípio da insignificância já faz parte do meio da improbidade administrativa, malgrado a dicção jurisprudencial que insiste em negar cegamente essa possibilidade.

4. DA TUTELA PROCESSUAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS BENS JURÍDICOS DIFUSOS

Do ponto de vista processual, a tutela da improbidade administrativa dá-se pelo mecanismo da ação civil pública, prevista pela Lei 7.347/85, cujos dispositivos adjetivos não colidem com a substância da LIA, tuteladora da probidade administrativa, um autêntico bem jurídico transindividual, mais especificamente difuso.

A Lei 8.429/92 não é, em essência, uma lei de ritos, mas, sim, uma lei de direito material, com um capítulo processual enxuto de poucos artigos (arts. 14 a 18, da Lei 8.429/92), de sorte a compatibilizar-se com a ação civil pública, esta sim, uma lei de índole essencialmente instrumental.

Ao mesmo tempo, como a todo um direito (lei de improbidade) há a correspondente ação (ação civil pública) que o deve tutelar, é posição majoritária que as sanções previstas na lei de improbidade administrativa devem ser buscadas pelo cabedal instrumental da ação civil pública, com as derrogações dos arts. 14 a 18, da Lei 8.429/92.

Essa é a posição de Alexandre de Moraes[59]:

> A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício de controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação de sanções do artigo 37, § 4o, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.
>
> O art. 129, III, da Constituição Federal, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.
>
> Essa disposição constitucional ampliou o rol previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7.347/85, para incluir a defesa, por meio de ação civil pública, de interesses transindividuais, possibilitando a fixação de responsabilidades (ressarcimentos ao erário; perda do mandato; suspensão dos diretos políticos; aplicação de multas) por prejuízos causados não só aos interesses expressamente nela previstos, mas também quaisquer outros de natureza difusa ou coletiva, sem prejuízo da ação popular. Entre estes outros interesses não previstos na lei citada,

[59]MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 364-365.

> destacam-se a defesa do *patrimônio público*, da *moralidade administrativa*, ambos de natureza indiscutivelmente difusa.
>
> A Lei Federal nº 7.347/85 é norma processual geral para a tutela de interesses supra-individuais, *aplicando-se a todas as outras leis destinadas a defesa desses interesses, como a Lei Federal nº 8.429/29, conforme artigos 17 e 21*. Esta disposição integra-se ao art. 83 da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina a admissão de qualquer pedido para tornar adequada e efetiva a tutela aos interesses transindividuais, ou seja, possibilita a formulação de qualquer espécie de pedido de provimento jurisdicional, desde que tenha por objetivo resguardar defesa do interesse em jogo.
>
> Note-se, igualmente, que os arts. 110 e 117, da referida Lei nº 8.078/90, inseriram na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) o inciso IV do art. 1º e o art. 21, estendendo, de *forma expressa*, o que a Constituição Federal havia estendido *de maneira implícita*, ou seja, *o alcance da ação civil pública à defesa de todos os interesses difusos*.
>
> O referido inciso IV do art. 1º, introduzido no texto da Lei da Ação Civil Pública, cuida de uma norma de enceramento, exemplificativa, que se aplica a todo e qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual tratado coletivamente, ao passo que o art. 21 possibilita não apenas pedido condenatório ou cautelar, mas também qualquer pedido, de qualquer natureza.
>
> Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que constitui nada mais do que uma mera denominação das ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses metaindividuais.
>
> Assim, não se pode negar que a ação civil pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para repressão de atos de *improbidade administrativa*, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão no art. 12 da Lei nº 8.429/92 (de acordo com o art. 37, §4º, da Constituição Federal) e no art. 3º da Lei Federal nº 7.347/85.

Apesar de essa posição não contar com uma unanimidade doutrinária, como bem cataloga Marino Pazzaglini Filho[60], de todo o modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[61] também compartilha do mesmo posicionamento majoritariamente liderado por Alexandre de Moraes, o que, inclusive, conta com o abono da jurisprudência que autoriza o manejo da ação civil pública para se buscar a responsabilização por ato de improbidade administrativa, nos termos dos precedentes abaixo ementados:

---

[60]PAZZAGLINI FIHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 192-197.

[61]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 924.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa a toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de noveis demandas. 5. As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças. 6. *A fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto-executável ou mandamental. 7. Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda. 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. 9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que "A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular. (...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)" (Alexandre de Moraes in "Direito Constitucional", 9ª ed., p. 333-334) 10. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp 510150 / MA – Processo 2003/0007895-7 – Primeira Turma – rel. Ministro Luiz Fux - j. 17.02.2004 – DJ 29.03.2004 - p. 173)

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL. ABUSIVIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 7º DA LEI Nº 9.870/99. 1. O Tribunal *a quo* manifestou-se exaustivamente quanto aos assuntos levantados nos embargos de declaração, apenas contrariando o interesse da parte, o que, por óbvio, não basta para ficar

> configurado o vício de omissão atribuído ao aresto em testilha. 2. Não prospera a assertiva de que a Corte de origem incorreu em contradição, a qual resta caracterizada somente na hipótese em que a decisão judicial contém proposições inconciliáveis, o que não ocorreu no caso vertente. 3. Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás em desfavor da Universidade Vale do Acaraú-UVA sob o fundamento de que diversas das cláusulas inseridas nos contratos de prestação de serviços educacionais celebrados junto aos alunos da referida instituição revestem-se de manifesta abusividade, devendo, portanto, ser alteradas ou mesmo excluídas da avença. 4. A fim de ampliar o espectro da tutela coletiva e permitir uma maior participação dos interessados diretos nas disputas dessa natureza, vários diplomas legais foram acrescentando, ao rol inicialmente estabelecido, outros entes dotados de legitimidade para ingressar com ação civil pública em situações especificamente definidas, como bem exemplifica o 7º da Lei nº 9.870/99, que disciplina os contratos de prestação de serviço educacional, nos seguintes termos: "São legitimados à propositura das ações previstas na Lei nº 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior". 5. É inconcebível a tese de que o advento dessa norma operou implicitamente a exclusão do *Parquet* como legitimado para ingressar com ação civil pública relacionada a assuntos dessa espécie. O argumento não se coaduna em absoluto com o microssistema processual da tutela coletiva existente no ordenamento pátrio, no qual vige a legitimidade concorrente e disjuntiva em que a inclusão de um ente como legitimado não afasta essa qualificação dos demais. 6. Não cabe a aplicação de multa em embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento. Aplicação da Súmula 98/STJ. 7. Recurso especial provido em parte. (STJ – Resp 1012158 / GO – Processo 2007/0288416-2 – Segunda Turma – rel. Ministro Castro Filho - j. 04.06.2009 – DJe 17.06.2009)

Do modo como estipulada processualmente, é lícito afirmar em consectário que a probidade administrativa pode ser qualificada como um direito transindividual, em especial difuso, de natureza indivisível, titularizado por toda a sociedade. Tanto é assim, que tem a sua veiculação processual orientada pela via da ação civil pública, nos termos do raciocínio desenvolvido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[62], que tece os seguintes comentários doutrinários sobre a ação civil pública:

> Quanto ao uso da ação civil pública para proteção do patrimônio público, a Súmula nº 329, de 10-8-06, do Superior Tribunal de Justiça, fixou o entendimento de que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

[62]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 895.

> Cabe assinalar também que hoje a ação civil pública é utilizada como meio judicial cabível para punir os responsáveis por atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição. A matéria está disciplinada pela Lei nº 8.429/92, de 2-6-92, que, pela sua amplitude, relevância e atualidade, será objeto de análise no Capítulo 18. Por meio dela, protege-se basicamente **a honestidade, a moralidade, a lisura** na Administração Pública, não escapando, portanto, aos objetivos previstos no artigo 129, III, da Constituição. Com isso, é possível enquadrá-la como ação civil pública, regida pela Lei nº 7.347/85, no que couber e não contrariar a legislação específica.
>
> Pelo exposto, pode-se definir a ação civil pública como o meio processual de que se podem valer o Ministério Público e as pessoas jurídicas indicadas em lei para proteção de interesses difusos e gerais.

Ocorre que, nos Tribunais Superiores, há uma acentuada e recente tendência jurisprudencial de aplicação do princípio da insignificância às ofensas cometidas contra bens jurídicos difusos, tal qual se verifica nos acórdãos abaixo, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (STF - HC 112563 / SC – Segunda Turma – rel. Ministro Ricardo Lewandowski – rel. para acórdão Ministro Cezar Peluso – j. 21.08.2012 – DJe 241 - DIVULG 07.12.2012 - PUBLIC 10.12.2012)
>
> CRIME – INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado. (STF - AP 439 / SP – Tribunal Pleno – rel. Ministro Marco Aurélio – revisor Ministro Gilmar Mendes – j. 12.06.2008 – DJe 030 - DIVULG 12.02.2009 - PUBLIC 13.02.2009)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. 1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes. 2. Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. 3. A

> aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem. 4. No caso, embora a conduta do apenado - pesca em período proibido - atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, na medida em que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, pois em seu poder foram apreendidos apenas seis peixes, devolvidos com vida ao seu habitat, conduta que não é suficiente para desestabilizar o ecossistema. 5. Agravo regimental a que se dá provimento a fim de acolher o recurso especial e absolver o agravante em face da atipicidade material da conduta praticada. (STJ – AGREsp 1320020 / RS – Processo 2012/0087668-3 – Quinta Turma – rel. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR) – rel. para acórdão Ministro Jorge Mussi - j. 16.04.2013 – DJe 23.05.2013)

Apesar da circunstância de os exemplos colhidos na jurisprudência terem feito incidir o princípio da insignificância sobre bens jurídicos difusos atrelados ao meio ambiente, o raciocínio e os motivos que estão por detrás da aplicação do princípio podem ser igualmente estendidos a quaisquer bens difusos e, dentre eles, a probidade administrativa.

Como exposto e tratado com maior minúcia no subitem 2.2.2, bens jurídicos são interesses humanos representativos de valores ético-sociais selecionados pelo legislador, com o fito de garantir a paz social, inserindo-os sob a sua proteção, para não ficarem a mercê do risco de ataques ou lesões efetivas. Isso porque os interesses selecionados para consubstanciar esses bens jurídicos devem ser dotados de uma importância tal que sejam imprescindíveis para a vida em comum dos seres humanos, sejam os personificados nas gerações presentes dos indivíduos hoje vivos sejam aqueles componentes das futuras gerações.

De acordo com a sua divisibilidade, distribuição e fruição, os bens jurídicos, enquanto elementos imprescindíveis que são, podem ser classificados em individuais (passíveis de serem tomados para cada ser humano individualmente considerado) e difusos (pela sua imprescindibilidade simultânea para todos os seres humanos, marcados, ainda pela sua indivisibilidade de fruição).

Logo, bens jurídicos difusos são os necessários para toda a coletividade poder manter condições de convívio social. Por via de consequência, os bens jurídicos ostentam a

impossibilidade de titularização autônoma individual e, indivisíveis que são, tampouco podem ser distribuídos em unidades próprias de gozo e fruição autônoma.

Como marca distintiva da relevância do bem jurídico difuso, tem-se a proteção dos seres humanos presentes e futuros, com vistas ao pleno desenvolvimento humano destas e daquelas gerações. Acontece que o bem jurídico não encerra um fim em si mesmo, porque, invariavelmente, todo e qualquer bem jurídico deve buscar manter uma profunda relação de pertinência com o ser humano, o que também deve ser igualmente verificado com os bens jurídicos difusos.

Aliás, tratando do bem jurídico difuso concebido em torno do meio ambiente (mas cujo raciocínio pode ser validamente emprestado a outros bens jurídicos difusos, como a probidade administrativa), Helena Regina Lobo da Costa[63] mostra-se adepta da visão antropocêntrica dos bens jurídicos, aceitando uma tutela jurídica do meio ambiente que somente o tome como bem essencial ao desenvolvimento da pessoa humana.

Para a autora, o meio ambiente pode ser tutelado como um bem jurídico autônomo, distinto da vida, da integridade física, do patrimônio ou de qualquer outro, mas essa autonomia não autoriza conceber o meio ambiente como que desconectado e independente do ser humano, dado que a nenhum bem jurídico pode ser atribuída uma prescindibilidade da sua estreita relação com o ser humano.

Enfim, nenhum bem jurídico pode distanciar-se de sua relação umbilicalmente mantida com o ser humano, sendo certo que, quanto maior o distanciamento desse bem jurídico com as pessoas tomadas concretamente, menor será a sua legitimação como bem jurídico, apto a merecer a atenção e a tutela do ordenamento jurídico. Estendendo esse raciocínio para o fato de o bem jurídico difuso não constituir um fim em torno de si próprio e, principalmente, pela circunstância da sua proteção ocorrer somente em consequência da relação com o ser humano, impossível afastar-se por completo a possiblidade de incidência do princípio da insignificância aos bens jurídicos difusos, não se podendo negar, peremptoriamente, o eventual cabimento do princípio sobre os atos de improbidade administrativa.

---

[63]COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade e tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

Estudando o assunto, a partir das discussões travadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ação penal originária - AP 439/SP, Adjair de Andrade Cintra[64] explica em sua tese de doutorado que:

> Se até mesmo lesões a bens jurídicos individuais, que afetam diretamente o ser humano (razão de ser do próprio ordenamento penal), são passíveis de ser consideradas insignificantes, não há porque se afastar esta possibilidade em relação a pequenas lesões a bens jurídicos difusos, que protegem apenas indiretamente o ser humano.
>
> Uma pequena lesão a um bem jurídico difuso, dessa forma, será ainda menor em relação a cada ser humano, ainda que socialmente considerado.
>
> Ora, se ninguém pode ser considerado o titular desse bem, tampouco pode ser atribuída uma parcela do bem jurídico a qualquer indivíduo, essa lesão será sentida por todos, embora de forma cada vez mais indireta.
>
> Assim, uma pequena lesão de tal forma diminuta e indireta em relação aos indivíduos não poderá ser suficiente para ser considerada empecilho para o convívio social.
>
> Exatamente em razão de serem necessários a todos os indivíduos, socialmente tomados, não sendo titularizados por ninguém, não havendo distributividade nem sendo eles consumíveis, os bens jurídicos difusos se distanciam do ser humano, de modo que as lesões a esses bens sejam sempre reduzidas em relação ao indivíduo. Se a lesão já for pequena em relação ao próprio bem jurídico difuso, será mínima em relação ao indivíduo, podendo chegar ao ponto de ser considerada insignificante.
>
> É claro que nem toda lesão a bens jurídicos difusos será insignificante ao ser humano. Ao contrário, o bem jurídico difuso é tutelado, tal qual qualquer outro bem jurídico, para possibilitar o convívio social.
>
> Entretanto, as lesões ao bem jurídico difuso atingem apenas indiretamente o indivíduo, sendo por ele sentidas de forma menos intensa. Sendo o indivíduo a razão de ser do próprio ordenamento penal, quando o reflexo da lesão ao bem jurídico difuso atingir o indivíduo (de hoje ou do futuro) de forma muito reduzida, pode ser considerada insignificante.
>
> As características do bem jurídico difuso (não titularidade, não distributividade e o fato de não serem consumíveis) reforçam ainda mais a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, pois demonstram o distanciamento do bem jurídico difuso em relação ao indivíduo.

Conclusivamente, do ponto de vista formal, se a probidade e a moralidade administrativa, tuteladas processualmente pela via da ação civil pública, encerram um bem jurídico difuso e, ao mesmo tempo, restou demonstrada a possibilidade de cabimento do princípio da insignificância aos bens jurídicos difusos, tanto quanto maior for o seu distanciamento da concretude com o indivíduo, não se deve obstar, por completo e

[64]CINTRA, Adjair de Andrade. op. cit., p. 111-112.

abstratamente, a possiblidade de incidência do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa.

Se neste capítulo foi abordada a possibilidade formal e adjetiva de aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/92, no próximo capítulo serão indicados e explicitados os fundamentos materiais e substantivos de cabimento da tese ora exposta.

5. DOS FUNDAMENTOS SUBSTANTIVOS DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.1. Princípio da insignificância enquanto decorrência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Rememorando, a preocupação do princípio da insignificância visa ao impedimento da aplicação de uma reprimenda em desfavor de alguém que tenha praticado uma conduta minimamente ofensiva ao bem jurídico tutelado, excluindo-se a tipicidade material da conduta, em homenagem à insignificância absoluta. A par desta, há também a insignificância relativa de uma conduta cuja lesão jurídica produzida tenha sido inexpressiva, com nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.

De uma forma ou de outra, seja na insignificância absoluta seja na insignificância relativa, fato é que, diante de uma lesão insignificante, a sanção que seria dela decorrente, deve permanecer limitada àquilo que efetivamente for necessário, ainda que seja obstando a própria punição.

Conquanto ausente previsão normativa explícita, o princípio da insignificância é constantemente aplicado, mas, para sua devida utilização, ele sempre deve irradiar seus efeitos somente a partir da análise das especificidades de cada caso concretamente posto. A razão principiológica subjacente à aplicação do princípio da insignificância encontra-se fundamentada na circunstância de a sanção imposta pelo ordenamento jurídico revelar-se desproporcional ou irrazoável, à luz das considerações em torno da conduta efetivamente perpetrada ou o resultado concretamente resultante dela.

De acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estabelecida a partir do precedente julgado no HC 84412-0/SP, para que se perfaçam as condições de aplicação do princípio da insignificância, no caso concreto, é necessário que ocorra: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, para fins de insignificância absoluta ou, para vislumbrar-se a insignificância relativa, (i) nenhuma periculosidade social da ação; (ii)

reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iii) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Como dito, o princípio da insignificância somente poderá ter incidência a partir da análise de cada caso concreto, mediante o devido balanceamento entre o grau de lesão jurídica causada pela conduta ilícita do agente e a necessidade de intervenção do poder punitivo estatal, já que a repressão estatal somente deve ter vez diante das situações em que seja necessário proteger bens reputados importantes para a sociedade.

Por isso, ainda que configurado um fato ilícito, se a conduta for de insignificância absoluta para o bem jurídico abstratamente considerado ou de insignificância relativa pela inexpressiva lesão jurídica, ausência de periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade de seu comportamento, o agente não será merecedor de pena. No primeiro caso pela proporcionalidade; no segundo, pela razoabilidade.

Em verdade, a insignificância absoluta tem o seu esteio na proporcionalidade e a insignificância relativa prende-se à razoabilidade, lembrando que ambas permitem ao Estado a devida ponderação em torno da aplicação de uma determinada norma jurídica, sobretudo uma norma sancionadora e limitadora de bens e direitos do apenado e, por conseguinte, avaliar qual será a medida mais apropriada para atender, da melhor forma, ao interesse público, mesmo que seja até, deixando de punir o agente em tela. Escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro[65] acerca do princípio da razoabilidade:

> Embora a Lei n° 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. [...]

Apesar de haver pontos de vista divergentes[66], o presente trabalho trata do princípio da proporcionalidade como uma decorrência do princípio da razoabilidade que, malgrado não mencionado expressamente no art. 37, *caput*, da CF, abarca uma bússola do

---

[65]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 81.

[66]PAZZAGLINI FIHO, Marino. op. cit., p. 43; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 154.

senso comum (ou daquilo que, numa dada sociedade e numa dada época convenciona-se por bom senso), o qual deve ser concretamente aplicado ao direito.

Abordando com maior vagar e profundidade os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, José Roberto Pimenta Oliveira[67] expõe que o seu traço comum é o fato de ambos terem por detrás de si a ideia de Estado de Direito. Essa base normativa comum, entretanto, não elide as distinções que devem ser sopesadas entre os princípios, mormente diante das situações que comportarem a aplicação de um e não do outro.

Na concepção do citado autor, a aplicação da proporcionalidade enseja duas variáveis: a verificação dos meios e dos objetivos perseguidos, em relação à situação fática em concreto. A análise da proporcionalidade exige, enfim, a comparação entre os meios aplicados para o fim almejado.

Na concepção da razoabilidade, todavia, não é necessária essa correlação. A razoabilidade serve para verificar a exigibilidade do dever legal imposto frente às circunstâncias pessoais do envolvido. A noção de razoabilidade tem ligação direta com a noção de justiça individualmente considerada no caso concreto: mesmo havendo a adequação dos meios aplicados ao fim perseguido, mesmo presente a proporcionalidade da medida, será que a mesma é razoável para aquela determinada pessoa? Será aquela a medida para aquela pessoa?

Em suma, enquanto que a proporcionalidade afere abstratamente a justiça da medida adotada, na relação entre os meios aplicados e o fim almejado, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça do caso concreto, em face das condições do agente considerado.

Some-se a isso o fato de esses princípios estarem intimamente relacionados ao poder discricionário da Administração Pública, na media em que deverá haver uma correlação de pertinência entre o escopo de uma dada sanção e a conduta do agente, pretendendo, com isso, impor limitações à aparente discricionariedade. Diz-se aparente porque jamais o poder do Estado será totalmente discricionário; afinal, competência e finalidade, no mínimo, sempre serão vinculadamente preestabelecidos pela lei.

Agora, o apelo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade presta-se ao devido controle da discricionariedade dos agentes públicos, pois, frequentemente, o

---

[67]OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 48.

legislador deixa de contemplar na lei uma dada solução fixa, previamente preconizada, outorgando àqueles a competência para fazê-lo, em vista das peculiaridades e especificidades da hipótese vertente, concretamente posta à sua apreciação para a melhor resolução em favor do interesse público, conquanto traçados os limites legais.

Apesar da falta de critérios predeterminados e objetivos na definição dos conceitos de proporcionalidade[68] e razoabilidade, os seus contornos indicam que o agente público deve adotar uma atuação racional, orientada por decisões coerentes, prudentes e equilibradas, no exercício de suas atividades. O princípio da razoabilidade serve para trazer à escolha do agente público a solução mais ponderada para a problemática concretamente posta à sua esfera de decisão, tendo em vista as múltiplas facetas que as circunstâncias sociais, políticas, econômicas, e outras tantas ensejarem, sem desbordar os limites impostos pela legalidade.

Com isso, o agente público, tomado no sentido mais genérico da expressão, do administrador ao magistrado, deve trabalhar com espeque na razoabilidade das decisões adotadas no exercício de suas funções, de molde a amparar a legitimidade e a própria legalidade das decisões proferidas, com apoio no uso do princípio como o vetor orientador de suas medidas, a partir do que poderá fazer incidir, com exatidão, a intervenção estatal necessária sobre a esfera jurídica do destinatário.

E é justamente no espectro sancionador que a relevância do princípio da razoabilidade ganha notoriedade no direito administrativo. O Poder Público, no campo do seu poder sancionatório, frequentemente exara suas manifestações partindo de normas jurídicas abertas e abstratas, cujo conteúdo sancionatório termina por ser preenchido pelo aplicador da penalidade, dotado da devida competência punitiva, previamente validada na norma, mediante recurso ao uso da discricionariedade que lhe é outorgada pela lei, para infligir o seu conteúdo punitivo do caso concreto.

Veja que a jurisprudência não destoa desse aspecto discricionário contido no campo punitivo do direito administrativo e, em especial, no sancionamento derivado dos atos de improbidade administrativa, à luz do art. 12 da Lei 8.429/92, na redação atualizada que lhe foi conferida pela Lei 12.120/2009:

---

[68]BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 392.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LOTEAMENTO ILEGAL DE IMÓVEL PARTICULAR. PAGAMENTO DO VALOR PELA DESAPROPRIAÇÃO. CESSÃO PARA CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES E DE INFRA-ESTRUTURA BÁSICA. INOBSERVÂNCIA À LEI 6.766/1979. BENEFICIÁRIOS ESCOLHIDOS A CRITÉRIO DO ADMINISTRADOR. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA. ELEMENTO SUBJETIVO. 1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública contra ex-prefeito do Município de Tejupá e cônjuge, à época chefe-de-gabinete, pela prática de improbidade consubstanciada em loteamento irregular do solo - em imóvel pertencente a particular que, diante de tal fato, teve de ser desapropriado pelo ente municipal - e posterior doação dos lotes a munícipes para construção de casas populares. 2. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido e enquadrou a conduta dos réus nos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992, condenando-os ao ressarcimento do Erário e impondo-lhes sanções. 3. O Tribunal de Justiça proveu a apelação dos réus e reformou a sentença, ao fundamento de que a ausência de má-fé e de prejuízo ao Erário afasta a configuração de improbidade administrativa, havendo mera irregularidade. No seu entender, não houve doação, mas apenas cessão do imóvel para moradia. 4. É incontroverso o fato de que, em 1995, os recorridos procederam a irregular loteamento de imóvel particular - e por isso o município teve que pagar posteriormente o valor da indenização -, sem autorização dos órgãos públicos competentes, nem realização de infraestrutura básica e outros requisitos exigidos pela Lei 6.766/1979, e permitiram a construção de casas populares para pessoas por eles selecionadas. 5. Tal conduta não constitui mera irregularidade, mas traduz grave ofensa aos princípios que devem pautar a atuação de quem se dispõe a exercer o múnus público, sobretudo o da legalidade e o da impessoalidade. 6. É inegável que as questões sociais devem ser tratadas com primazia e que a função social da propriedade deve ser observada. Isso não autoriza, contudo, que o administrador aja a seu talante, à margem das normas legais e de políticas públicas previamente definidas e autorizadas. 7. Ademais, não é certo que o interesse público tenha sido alcançado no caso dos autos, seja porque se autorizou a construção de casas populares para pessoas escolhidas livremente pelos recorridos, seja porque se fez o suposto loteamento sem infraestrutura básica, estando asseverado de forma contundente na sentença o estado precário da área em comento, sobretudo pela inexistência de sistema de captação e escoamento de águas pluviais. 8. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa censurada pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica. 9. *In casu*, a atuação deliberada dos recorridos em desrespeito às normas legais que regulam o loteamento do solo urbano, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. A situação fática delineada na sentença e no acórdão recorrido não permite concluir pela ocorrência de mera irregularidade. 10. Está configurada violação do art. 11 da Lei 8.429/1992, com a ressalva de que não há como reinstituir a sentença, porque as penalidades foram aplicadas com base em parâmetros estabelecidos para o art. 10 da referida lei, e também por observar que não se fixara o prazo da proibição temporária de contratar e receber

> benefícios do Poder Público. 11. Assim, fica a cargo do Tribunal de origem proceder à dosimetria das sanções cominadas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, que não são necessariamente cumulativas, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta o disposto no *caput* e no parágrafo único da mesma lei (gravidade do fato, extensão do dano causado e proveito obtido pelo agente). 12. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ – REsp 1156209 / SP – Processo 2009/0197653-8 – Segunda Turma – rel. Ministro Herman Benjamin - j. 19.08.2010 – DJe 27.04.2011)

Ora, se a discricionariedade, ainda que regrada em alguns aspectos por limites legais, faz parte do espectro punitivo dos atos de improbidade administrativa, como consequência inarredável, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem ter igual aplicação nesse mesmo âmbito sancionatório, não só como limitadores, mas, sobretudo, como princípios legitimadores da fundamentação desenvolvida em torno da absolvição ou punição do agente e, se condenado, também da dosimetria da pena eventualmente aplicada.

Sobre a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, há quem defenda que o art. 12 da Lei 8.429/92 sofreu a alteração na sua redação advinda da Lei 12.120/2009, justamente para incorporar expressamente os sobreditos princípios ao microssistema da improbidade administrativa, em especial à parte punitiva e respectiva dosimetria de suas penalidades, a fim de permitir a imposição não-cumulativa do cabedal de sanções disponíveis na LIA, como o faz Pedro Evandro de Vicente Rufato[69] em excerto abaixo citado:

> A discussão doutrinária e jurisprudencial perdurou até o final do ano de 2009, quando foi promulgada a Lei n.º 12.120/09, que modificou o artigo 12, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, de forma a permitir, expressamente, a aplicação não cumulativa das sanções, de acordo com a gravidade do fato.
>
> Nos termos da novel legislação, "independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato".
>
> Diante da infinidade de condutas que podem caracterizar um ato de improbidade administrativa, tem o julgador, agora amparado legalmente, a liberdade de aplicar as sanções consideradas adequadas, justas e corretas para o caso concreto, de acordo com a gravidade do fato e a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

[69]RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. A aplicação do princípio da proporcionalidade na fixação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3001, 19 set. 2011. Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/20014>. Acesso em: 08 dez. 2014.

> Lembrado e estudado principalmente no âmbito do direito administrativo, o princípio da proporcionalidade é aplicável a todos os ramos do direito, estando intimamente ligado à idéia de razoabilidade, bom senso e ponderação. Sob essa ótica, o postulado da proporcionalidade, tamanha sua importância, deve ser seguido em todo e qualquer ato estatal, seja na aplicação de uma multa pelo agente de trânsito, seja na imposição de uma sanção disciplinar a um servidor público desidioso, seja na fixação da pena em virtude da prática de uma infração penal, seja na escolha e dosimetria das sanções pela prática de um ato de improbidade administrativa.
>
> […]
>
> Assim, o que era uma construção doutrinária e jurisprudencial acabou se tornando lei, sendo certa e induvidosa atualmente a possibilidade de aplicação não cumulativa das sanções previstas na Lei n.º 8.429/92.
>
> Ainda que para muitos a alteração não fosse necessária (e não era mesmo), já que o princípio da proporcionalidade deve orientar todo e qualquer ato estatal – de forma que a dosimetria das sanções não advêm da lei e sim do princípio –, merece aplausos o legislador.
>
> É que a modificação extirpou as dúvidas então existentes a respeito do tema, conferiu segurança jurídica aos operadores do direito, principalmente aos magistrados, e, em última análise, robusteceu e deu mais credibilidade à utilização e aforamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa por parte do Ministério Público.

De fato, é inolvidável que o art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92, em sua nova redação, contemplou um influxo expresso da razoabilidade e da proporcionalidade. O legislador, ao prever que o juiz deverá fixar a pena tomando por base a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo sujeito ativo, implicitamente, fez alusão ao princípio, porquanto caberá ao julgador infligir ao acusado uma consequência jurídica capaz de sancioná-lo, mas, sempre dentro dos limites que devem permear os meios e o fim colimado, ou seja, entre as sanções eventualmente impostas com vistas à finalidade de punir a conduta perpetrada, à vista do dano causado e do proveito patrimonial alcançado.

Destaque-se que, a despeito de não haver discordância sobre o reflexo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade agora acolhidos expressamente na atual redação do art. 12 da Lei 8.429/92, isso não autoriza dizer que os aludidos princípios tenham sido esgotados e exauridos na nova dicção legal.

Ora, se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade visam à compatibilização dos meios com os fins desejados, das medidas utilizadas com a sua respectiva finalidade, diante de uma mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, no caso, a probidade, a moralidade administrativas, o princípio da insignificância, em sua

vertente absoluta, não pode ser vedado por completo e tampouco excluído de antemão, diante do princípio da proporcionalidade, pois, uma vez excluída a tipicidade material da conduta de que se está diante, frente a um bem jurídico difuso, cuja relação com a vítima tutelada pode não guardar uma elevada intensidade, uma profunda estreiteza que faça do acusado alguém merecedor de qualquer uma das sanções da Lei 8.429/92.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado se se vislumbrar uma hipótese de insignificância relativa, diante de (i) nenhuma periculosidade social da ação, (ii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iii) inexpressividade da lesão jurídica provocada, pela exclusão da culpabilidade do acusado do caso concreto, à vista do princípio da razoabilidade.

Merece ser repisada a necessidade de não se excluir, de modo absoluto, a possibilidade de precipitação do princípio da insignificância sobre um determinado caso concreto, diante de um correto e devido balanceamento entre o grau de ofensividade praticada ao bem jurídico (insignificância absoluta) ou, à luz da reprovabilidade concreta da conduta, face à lesão jurídica provocada, a periculosidade social da ação e o grau de reprovabilidade do comportamento (insignificância relativa), apesar da ilicitude da conduta perpetrada, cuja necessidade de intervenção do poder punitivo estatal sempre deve estar circunscrita aos princípios da proporcionalidade (no primeiro caso) e da razoabilidade (no segundo), os quais hão de orientar a repressão estatal para as situações em que o sujeito mereça e precise de punição, para salvaguardar os bens reputados de maior relevância para a sociedade.

Enfim, o art. 12 da LIA, mesmo após a alteração promovida pela Lei 12.120/2009, não esgota e tampouco exaure, em si e por si, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo imprescindível que seja deixado um espaço para a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, em função desses mesmos princípios.

Como dito anteriormente, muito embora os princípios ora abordados tenham sua origem na esfera penal, não ficaram restritos somente a essa área jurídica, migrando, entre outros, para o campo do Direito Administrativo. Nesta altura, passaremos a analisar hipóteses de aplicação de outros princípios do direito penal na esfera administrativa sancionatória.

5.2. Comunicação dos princípios do direito penal com o âmbito punitivo dos atos de improbidade administrativa enquanto um sistema único de direito sancionatório

Prosseguindo na saudável comunicação de princípios jurídicos que, uma vez cabíveis, ainda que em tese, não podem ter a sua incidência hermeticamente vedada, agora será abordada a possibilidade de comunicação principiológica do direito penal à vertente sancionatória dos atos de improbidade administrativa, face à existência de um sistema único de direito sancionatório.

A lei de improbidade não é uma lei criminal, até porque a própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, parte final, ressalva expressamente a possibilidade de ação penal pelas mesmas condutas de que o sujeito pode ser acusado na LIA, na qual, também, não existe previsão de penas privativas de liberdade. Inobstante parte da doutrina vislumbrar na LIA um espectro tipicamente administrativo[70], a posição aqui adotada compreende que a Lei 8.429/92, ao escolher condutas para reputar como ilícitos administrativos, contra as quais previu como possíveis sanções aplicáveis as penas severas do art. 12 da LIA, muito mais gravosas do que as penalidades normalmente encontradas nos estatutos de servidores públicos civis, terminou por criar autênticos tipos administrativos que estariam entre os meros ilícitos administrativos e os tipos penais, tal como vislumbrado pela jurisprudência:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR. 1. Conduta de ex-prefeito, consistente na aquisição de combustíveis, sem a efetivação de processo licitatório. 2. Razoabilidade de enquadramento nas sanções por infrações político-administrativas e na Lei n.º 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa. 3. Os ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores em geral. 4. Determinadas autoridades públicas não são assemelhados aos servidores em geral, por força do cargo por elas exercido, e, consequentemente, não se inserem na redução conceitual do art. 2º da Lei n.º 8.429/92 ("Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou

[70]OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.

qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior"), posto encartados na lei que prevê os crimes de responsabilidade. 5. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e *pour cause* atua com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade. 6. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como "crime de responsabilidade", de natureza especial. 7. A Lei de Improbidade Administrativa admite no seu organismo atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso, como se colhe do art. 14, § 3º da lei 8.429/92 ("§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares."), por isso que se infere excluída da abrangência da lei os crimes de responsabilidade imputáveis aos agentes políticos. 8. O Decreto-lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos agentes políticos (prefeitos e vereadores), punindo-a com rigor maior do que o da lei de improbidade. Na concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas com sanções penais, deixando, apenas, ao desabrigo de sua regulação, os ilícitos civis, cuja transgressão implicam sanção pecuniária. 9. Conclusivamente, os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos, salvo através da propositura da correspectiva ação por crime de responsabilidade. 10. O realce político-institucional do *thema iudicandum* sobressai das conseqüências das sanções inerentes aos atos ditos ímprobos, tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. 11. As sanções da ação por improbidade podem ser mais graves que as sanções criminais *tout court*, mercê do gravame para o equilíbrio jurídico-institucional, o que lhe empresta notável colorido de infração penal que distingue os atos ilícitos civis dos atos ilícitos criminais. 12. Resta inegável que, no atinente aos agentes políticos, os delitos de improbidade encerram crimes de responsabilidade e, em assim sendo, revela importância prática a indicação da autoridade potencialmente apenável e da autoridade aplicadora da pena. 13. A ausência de uma correta exegese das regras de apuração da improbidade pode conduzir a situações ilógicas, como aquela retratada na Reclamação 2138, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, que por seu turno, calcou-se na Reclamação 591, assim sintetizada: "A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de função pública, por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal Supremo. Entretanto a admitir a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do STF e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível como o sistema." 14. A eficácia jurídica da solução da demanda de improbidade faz sobrepor-se a essência sobre o rótulo, e contribui para emergir a questão de fundo sobre a questão da forma. Consoante assentou o Ministro Humberto Gomes de Barros na Rcl

591: "a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil. A circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais." 15. A doutrina, à luz do sistema, conduz à inexorável conclusão de que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da lei de improbidade. O fundamento é a prerrogativa *pro populo* e não privilégio no dizer de Hely Lopes Meirelles, *verbis*: "Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (...) Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (cit. p. 77)" (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., p. 76). 16. Aplicar-se a Lei de Improbidade, cegamente, pode conduzir a situações insustentáveis enunciadas pelo voto preliminar do Ministro Jobim, assim descritos: a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, par. único. da Lei 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b, c;c o art. 86, *caput*); ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo: b) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do Congresso Nacional e do presidente da Câmara dos Deputados nas mesma condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o STF (CF, art. 102, I, b) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II); c) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do STF, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau; d) o afastamento cautelar ou definitivo de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças

> Armadas, de Governador de Estado, nas mesmas condições dos itens anteriores; e) o afastamento cautelar ou definitivo do procurador-geral em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores" 17. Politicamente, a Constituição Federal inadmite o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável *bis in idem*. 18. A submissão dos agentes políticos ao regime jurídico dos crimes de responsabilidade, até mesmo por suas severas punições, torna inequívoca a total ausência de uma suposta "impunidade" deletéria ao Estado Democrático de Direito. 19. Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo desprovido, mantendo o acórdão recorrido por seus fundamentos. (STJ – REsp 769811 / SP – Processo 2005/0123947-0 – Primeira Turma – rel. Ministro Francisco Falcão - j. 19.06.2008 – DJ 06.10.2008)

O entendimento do qual se parte, no sentido de que a Lei 8.429/92 está para além da legislação administrativa e para aquém da legislação penal, em virtude de sua austera sistemática sancionatória, autoriza atribuir-lhe uma exegese semelhante a que é conferida às leis penais. Afinal, a LIA contempla em seu art. 12 um vasto rol sancionatório, dotado da possibilidade de restringir, com extrema aspereza, inúmeros direitos do réu de várias naturezas, passíveis, inclusive, de imposição cumulativa.

Um reforço argumentativo em prol desse entendimento de responsabilização especial, que ora se adota para a Lei de Improbidade Administrativa, está no próprio conceito atual da antijuridicidade, como um elemento comum a diversos ramos do ordenamento jurídico, dado que, modernamente, antijurídica é toda e qualquer conduta contrária ao direito, de qualquer segmento do ordenamento jurídico, público ou privado, à míngua de qualquer diferença ontológica entre os ilícitos penal, civil e administrativo.

Veja que o próprio redator do Código Penal, Nelson Hungria[71] já vislumbrava desde há muito essa conceituação única para o elemento comum da antijuridicidade, enquanto contrariedade ao direito *lato sensu*:

> A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas "sôbre um mesmo plano, sôbre um só *mapamúndi"*. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. [...]

[71]HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. In: SELEÇÃO Histórica da Revista de Direito Administrativo: 50 anos de Revista de Direito Administrativo, v. 1-150, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 17.

Sem destoar, Regis Fernandes de Oliveira[72], em sua obra *Infrações e sanções administrativas*, alude a essa mesma categoria jurídica comum, consubstanciada no elemento *antijuridicidade*, para quem, como corolário, não se pode conceber uma diferença essencial de consequente jurídico, entre pena e sanção administrativa:

> O conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do direito; pertence à teoria geral do direito. Por isso não se distinguem os ilícitos civil, criminal e administrativo, em sua essência; ontologicamente, são uma e mesma coisa.

Ora, se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, pois ambos encerram a contrariedade à ordem jurídica, também não existe uma sanção administrativa substancialmente diversa da pena criminal. Trata-se de espécies decorrentes de um mesmo gênero, cuja identidade de fundo acarreta a possibilidade de aplicação dos mesmos princípios de salvaguarda da pessoa humana, contra o poder punitivo do Estado, enquanto consequência direta do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal de 1988 abrigou como modelo político-jurídico de Estado, havendo comunicação dos princípios de direito penal às demais frentes dotadas de um viés sancionatório do Estado.

Por esse motivo, Marcelo Harger[73] defende a utilização de conceitos de direito criminal para uma releitura mais humanizadora da Lei de Improbidade Administrativa, até para se aproximar de uma exegese inclinada ao antropocentrismo orientador da nova ordem constitucional, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da CF:

> Aplicam-se por isso, por ocasião da interpretação da Lei n° 8.429/92, os princípios do direito punitivo e as regras de interpretação previstas para as aplicações de punições. Há quem ressalte que há princípios gerais de direito punitivo e outros que são peculiares ao direito penal. Embora seja correta a referida afirmação, é forçoso reconhecer que todos os princípios gerais do direito punitivo foram estudados mais aprofundadamente por estudiosos do direito penal. É por essa razão que faremos referência a esse ramo do direito, sem deixar de reconhecer que a transposição de princípios não pode se dar de modo acriterioso.

---

[72]OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 19.

[73]HARGER, Marcelo. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade administrativa. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, p. 111-112, maio/jun. 2010.

Grife-se que é exatamente em função desse viés mais humanitário, de comunicação dos princípios do direito penal, limitadores do *jus puniendi* estatal, ao sancionamento decorrente dos atos de improbidade administrativa, que alguns princípios devem ter possibilidade de intercomunicação com a LIA, como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme trabalhado no item anterior e, em especial, o princípio da insignificância, razão de ser da defesa da presente dissertação.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade entrelaçam-se com o princípio da insignificância, de um modo tal que a função retributiva da pena não pode exceder o limite do mal causado pela conduta ilicitamente perpetrada, sendo obrigatório que a resposta punitiva do Estado seja proporcional à gravidade da ofensa verificada ao bem jurídico tutelado. Ora, se mínima a ofensividade da conduta do agente, não se justifica que o Estado deflagre uma penalidade sobre o acusado, independentemente do rótulo que se queira punir, infração penal ou improbidade administrativa.

Esses princípios não podem ser previamente proscritos do microssistema da improbidade administrativa, em especial, o princípio da insignificância, o qual, há tempos, já lançou ramificações para além da seara criminal, na qual teve o seu nascedouro na vedação à condenação dos delitos de bagatela.

O Supremo Tribunal Federal, como estudado, tem ampla jurisprudência sobre o princípio da insignificância em matéria criminal, tendo cunhado os postulados básicos de verificação da incidência do princípio, os quais já foram estudados no item 2.3.3, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ocorre, no entanto, que o princípio da insignificância já foi transplantado, com as devidas adaptações que se fizeram necessárias, para a seara tributária, em franca comunicação desta com o direito penal, uma vez que o trabalho que o Estado tem para investigar e punir uma conduta de resultados lesivos inexpressivos não compensa a punição infligida, tanto quanto tributar uma hipótese de incidência de baixo aproveitamento arrecadatório.

Estirada nesse ideário, a jurisprudência tem absolvido réus acusados de crimes de descaminho, em casos nos quais o valor do montante que seria devido, decorrente dos objetos internalizados no território nacional, desacompanhados do respectivo recolhimento dos tributos

incidentes, seja inferior ao valor de R$10.000,00 (dez mil reais), por arbitramento derivado do art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação vigente que lhe foi conferida pela Lei 11.033/2004. *In verbis*:

> Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).
>
> § 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.
>
> § 2º Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais).
>
> § 3º Revogado pela Lei 13.043, de 2014.
>
> § 4º No caso de reunião de processos contra o mesmo devedor, na forma do art. 28 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para os fins de que trata o limite indicado no *caput* deste artigo, será considerada a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas.

De modo equivalente, os dirigentes de empresas públicas federais também encontram-se dispensados de promover a cobrança judicial de créditos atualizados, no valor de até R$ 10.000,00 (dez mil reais), seja deixando de ajuizar as respectivas demandas competentes, seja deixando de recorrer ou, ainda, requerendo expressamente a extinção daquelas já ajuizadas ou a desistência recursal expressa, a teor do art. 1º-B, *caput*, da Lei 9.469/97, nos termos da redação legal que lhe foi dada pela Lei 11.941/2009. Importante notar que o parágrafo único do mesmo dispositivo legal vai além, franqueando evidente desjudicialização da cobrança de valores até superiores ao teto de R$ 10.000,00 (dez mil reais), por parte das empresas públicas federais, desde que observada a respectiva tutela administrativa autorizativa do membro da Administração Direta, para as respectivas empresas públicas dependentes de recursos orçamentários, circunstância que sequer é exigida das não-dependentes, que apenas carecem da autorização expressa de seu dirigente interno máximo. Eis o teor da normação mencionada:

> Art. 1º-B. Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas.

> Parágrafo único. Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o disposto no *caput*, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, excluído o caso das empresas públicas não dependentes que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

Seja na hipótese do art. 20 da Lei 10.522/2002, seja no caso do art. 1º-B da Lei 9.469/97, a lei expressamente desjudicializa essas cobranças de até R$ 10.000,00 (dez mil reais), porque reputa que o aludido teto não justifica e tampouco compensa a energia e esforços gastos por parte do respectivo corpo advocatício com cobranças dessa pequenez. Ora, se esse valor não serve sequer para a cobrança judicial por parte da Administração Direta ou Indireta, igualmente não poderá o Estado pretender deflagrar o seu *jus puniendi* sobre os agentes responsáveis pelo seu respectivo inadimplemento, face ao princípio da insignificância.

Faz-se mister ressaltar que essa valoração identificada, embora sirva de indício sobre a incidência do princípio da insignificância na hipótese vertente, tal valor, por si só considerado, não traduz elemento suficientemente apto à sua caracterização, valendo a pena destacar a existência de inúmeras peculiaridades que, uma vez constatadas na realidade fático-probatória do caso concreto, impediram a incidência do princípio da insignificância. A mais comumente encontrada é a reiteração da conduta delituosa indicativa do agente que incorporou, com habitualidade, o caudaloso mundo crime à sua primordial ocupação de vida, entre outros tantos motivos que poderiam ser citados, de sorte que a aplicação do princípio da insignificância sempre dependerá de uma análise casuística, como se extrai da jurisprudência sobre o tema:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGISTROS CRIMINAIS PRETÉRITOS. ORDEM DENEGADA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Embora, na espécie, o descaminho tenha envolvido elisão de tributos federais em montante pouco superior a R$ 11.533,58 (onze mil, quinhentos e trinta e três reais e cinquenta e oito centavos) a existência de registros criminais pretéritos obsta, por si só, a aplicação do princípio da insignificância, consoante

> jurisprudência consolidada da Primeira Turma desta Suprema Corte (HC 109.739/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 108.696/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.10.2011; e HC 107.674/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.9.2011). Ressalva de entendimento pessoal da Ministra Relatora. 4. Ordem denegada. (STF - HC 123861 / PR – Primeira Turma – rel. Ministra Rosa Weber – j. 07.10.2014 – DJe 211 - DIVULG 24.10.2014 - PUBLIC 28.10.2014)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR A R$ 10.000,00. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. HABITUALIDADE NA PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A despeito do débito tributário referente às mercadorias estrangeiras sem documentação fiscal ser inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), subsiste o interesse estatal à repressão do delito de descaminho praticado habitualmente pelo Acusado 2. A Suprema Corte firmou sua orientação no sentido de que "[o] princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010). 3. De fato, constatada a conduta habitual do Agente, a lei seria inócua se fosse tolerada a prática criminosa ou, até mesmo, o cometimento do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. A desconsideração dessas circunstâncias implicaria verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. Precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e desta Turma. 4. A despeito de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, consequentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. No caso, há comprovação da existência de outras ações penais em seu desfavor, inclusive da mesma atividade criminosa. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ – AGREsp 1241920 / PR – Processo 2011/0053158-0 – Quinta Turma – rel. Ministra Laurita Vaz - j. 18.06.2013 – DJe 01.07.2013)

A aplicação da lei de improbidade administrativa igualmente deve estar aberta aos eventuais influxos do princípio da insignificância, porque, para se pressupor uma condenação e a consequente penalidade dela decorrente, a conduta do acusado que se queira punir tem de apresentar uma ofensividade minimamente relevante à proteção do bem jurídico tutelado, que deve ter sido colocado em risco, para justificar infligir-se uma sanção.

Tome-se como exemplo de possibilidade da incidência do princípio da insignificância sobre atos de improbidade administrativa em hipóteses aventadas *verbi gratia* por Marcelo Harger[74]:

> Os incisos II, III, VI, VII, XI, XIV e XV do art. 10 da Lei n° 8.429/92 são exemplos claros de dispositivos nos quais poderá ocorrer a aplicação do princípio da insignificância. Todos esses incisos mencionam o desrespeito às formalidades legais. Obviamente, não é qualquer tipo de inobservância que dará ensejo à responsabilização do agente por improbidade. Imagine-se a hipótese de ausência de data em determinado documento. Trata-se de formalidade legal cuja inobservância não implicará a incidência da lei de improbidade. Os exemplos são múltiplos e, jamais, poderíamos cobrir todas as hipóteses no presente trabalho. É necessário ressaltar, contudo, que, como alerta Heraldo Garcia Vitta, "se não houver prejuízo a alguém, não afetar interesses ou direitos de terceiros, a ausência dessa formalidade não será considerada ilícito".

Finalmente, inegável mesmo a inexistência de diferença ontológica entre o ilícito criminal e aquele tirado da Lei 8.429/92. As sanções, em essência, não apresentam diferenças ônticas e, a bem da verdade, a LIA chega a prever sanções de efeitos talvez até mais gravosos, como a perda do cargo público e a suspensão temporária dos direitos políticos, do que algumas penas criminais, sobretudo se considerada a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade de até quatro anos por uma ou duas penas restritivas de direito, praticamente como regra de dosimetria penal, veiculada pelo art. 44 do Código Penal, após a redação que lhe foi conferida pela Lei 9.714/98, cujas condições para essa conversibilidade estão assim estabelecidas:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
>
> I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> II - o réu não for reincidente em crime doloso;
>
> III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
>
> § 1º (VETADO)
>
> § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

[74]HARGER, Marcelo. op. cit., p. 123-124.

> § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.
>
> § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.
>
> § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Dessa maneira, fica demonstrada a inexistência de diferença ontológica entre as infrações penais e as derivadas de atos de improbidade administrativa, motivo por que os princípios garantistas da seara criminal, aplicáveis contra o direito de punir do Estado merecem incidir sobre a porção punitiva da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que encerram uma categoria acima de quaisquer designações e adjetivações restritivas que possam limitá-las a uma determinada área do direito.

Em verdade, retomando a classificação principiológica de José Cretella Júnior, o princípio da insignificância deve ser categorizado como um princípio monovalente, enquanto princípio geral de direito e não como um princípio setorial, exclusivamente aplicável ao direito penal, até porque já demonstrada a sua aplicação legislativa na seara tributária e no âmbito da cobrança civil das empresas públicas federais. Razão não há, portanto, para não se aplicar o mesmo princípio no campo punitivo dos atos de improbidade administrativa.

Logo, o princípio da insignificância não deve ser obstado de *per se* à possbilidade de absolvição de acusados da prática de atos de improbidade administrativa, seja pela possibilidade de comunicação dos princípios garantistas do direito penal, como limitação ao poder punitivo do Estado decorrente do sancionamento da prática de atos de improbidade administrativa, seja do próprio influxo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade à sistemática punitiva dos atos de improbidade administrativa, como muito bem condensa José Roberto Pimenta Oliveira[75]:

---

[75]OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 281-282.

> As mesmas considerações de tipificação material da ilicitude estendem-se ao campo punitivo da improbidade administrativa. Não é qualquer ofensa à probidade administrativa que justifica acionar o dever-poder punitivo cristalizado e fundamentado no artigo 37, §4° da Constituição. Por força do princípio da proporcionalidade, somente havendo agressão em nível suficiente para abalar os bens jurídicos tutelados. Condutas ilegais formalmente ímprobas podem deixar de ser reprimidas no nível do sistema de improbidade, sem prejuízo de que venham seus responsáveis sofrer sanções jurídicas em outras órbitas de responsabilização. [...]

5.3. Influxos concretos do princípio da insignificância reveladores da tendência da sua aplicação aos atos de improbidade administrativa

5.3.1. Tendências jurisprudenciais

De saída, importa notar que um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Herman Benjamin para inadmitir a veiculação do princípio da insignificância sobre os atos decorrentes de improbidade administrativa, foi o fato de que o mesmo princípio teria tido a sua utilização rejeitada em casos de crimes de responsabilidade de prefeitos. Eis o trecho do voto constante no julgamento do REsp 892818 / RS:

> [...]
>
> Nesse âmbito, outros aspectos precisam ser levados em conta. A insignificância, como regra, exclui a tipicidade da conduta. Ora, no Direito da Improbidade Administrativa a marca é a *tipicidade aberta*, a começar pelo próprio sentido de moralidade administrativa. A Lei de Improbidade não lista, nem descreve, em *numerus clausus*, as condutas e tipos puníveis, ao contrário do que o fazem o Código Penal e as normas que prevêem ilícitos administrativos e disciplinares. Nem poderia fazê-lo, pois o legislador não teria como antecipar exaustivamente todas as ações contrárias à boa Administração.
>
> Sobre a incidência do princípio da insignificância no âmbito da Administração Pública, transcrevo julgado da Quinta Turma do STJ, que o afastou no caso de crime de responsabilidade praticado por Prefeito Municipal. Se é assim no terreno penal, *ultima ratio* do Direto, com maior razão se deve seguir a mesma linha de cautela nos domínios da norma não penal:
>
> CRIMINAL. RESP. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. PREFEITO MUNICIPAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. INAPLICABILIDADE. DOLO. EXISTÊNCIA. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAMENTE VALORADAS. EXASPERAÇÃO MOTIVADA.

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> I. Não se conhece do recurso especial relativamente à argumentação no sentido da atipicidade da conduta do recorrente, se a análise das alegações no sentido de que as despesas efetuadas teriam se dado em pagamento a um serviço prestado à comunidade dependem do revolvimento de todo o acervo fático-probatório dos autos, especialmente se a conduta do recorrente se subsume ao tipo penal.
>
> II. Aplicação da Súmula 07/STJ relativamente ao pleito de aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, na medida em que o Juízo monocrático, após análise detida de fatos e provas, entendeu no sentido da condenação do réu.
>
> III. Questionamentos concernentes à ausência ou não de dolo na conduta do agente, evidenciam verdadeiro intuito de reapreciação do material cognitivo dos autos, o que é inviável nesta sede, em respeito ao enunciado na Súmula 07/STJ.
>
> IV. Não há ilegalidade na dosimetria se a majoração da pena-base se deu de maneira devidamente fundamentada, com base na valoração negativa das circunstâncias judiciais.
>
> V. Havendo suficiente fundamentação quanto às circunstâncias que levaram à exasperação da reprimenda, mantém-se a dosimetria aplicada na condenação, tornando-se descabida a análise mais acurada dos motivos utilizados para tanto, o que ensejaria a reapreciação de matéria fático-probatória, inviável na via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte.
>
> VI. *Deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral.*
>
> VII. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (REsp 769317/AL, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006, p.324, grifei).
>
> [...]

Sucede que, na contramão do entendimento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal já registra precedente em prol da aplicação do princípio da insignificância sobre os crimes de responsabilidade, pois, como já analisado anteriormente, uma vez presentes no caso concreto, objetivamente, aqueles vetores definidos pelo *leading case* oriundo do julgamento do HC 84412-0/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello - (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada - , não pode haver motivo outro que tenha o condão de impedir a aplicação do princípio da insignificância:

> *Habeas Corpus*. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida. (STF - HC 104286 / SP – Segunda Turma – rel. Ministro Gilmar Mendes – j. 03.05.2011 – DJe 095 - DIVULG 19.05.2011 - PUBLIC 20.05.2011)

Eis o teor da fundamentação do voto prolatado, que bem denota a objetividade com que o princípio da insignificância foi aquilatado para poder ser aplicado, à vista, sempre, das peculiaridades da casuística envolvida, porquanto ele deve ser aproveitado em benefício das condutas ínfimas, insuscetíveis de malograr o bem jurídico tutelado, tal qual verificado na hipótese dos autos, malgrado cuidar-se de paciente que, à época, exercia a Chefia do Poder Executivo local e, sobretudo, independentemente de envolver o princípio da moralidade administrativa, se este não restar atingido pela conduta perpetrada:

> [...]
>
> Postas essas premissas, passo à análise do mérito deste *writ*.
>
> Em 23 de junho de 2009, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou o paciente à pena de 2 anos de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao disposto no art. 1°, II, do Decreto-Lei 201/67, pois, na condição de prefeito do município de Taquaral/SP, teria utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar serviços de terraplanagem em sua propriedade particular (calçada do sítio em que morava).
>
> Pode-se aferir dos documentos acostados aos autos que era praxe da Prefeitura o empréstimo das máquinas aos munícipes, que não pagavam pelo serviço, apenas compravam o combustível e remuneravam num valor não fixo aos motoristas.
>
> No caso concreto, o ex-prefeito pagou o combustível e ao motorista e, após a prestação do serviço, recolheu aos cofres da Prefeitura o valor de R$ 70,00, considerado o uso das máquinas. Para chegar a esse valor utilizou-se de legislação de município vizinho (Pitangueiras).
>
> Hoje em dia, o valor devido pelo ex-prefeito seria de R$ 40,00 (quarenta reais), considerada a novel lei do município de Taquaral (Lei n. 304 de 6 de outubro de 2006).
>
> Cumpre destacar, no ponto, que, em caso análogo ao dos autos (HC 88.941/AL), a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, analisando de forma subjetiva, teve o ensejo de indeferir a ordem de *habeas corpus*, por reputar que *"descabe agasalhar o princípio da insignificância - consoante o qual hão de ser levados em conta a qualificação do agente e os valores envolvidos - quando se trata de prefeito e de coisa pública"*.
>
> Não obstante as oportunas considerações expostas no HC 88.941/AL, entendo que a espécie guarda peculiaridades.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu ser inaplicável o princípio da bagatela tendo em vista a própria condição do condenado (prefeito) e o fato de que o valor não seria apto à aplicação do princípio, pois se trata de coisa pública.

Malgrado os persuasivos fundamentos invocados pelo Superior Tribunal de Justiça ao denegar a ordem, tenho para mim que, ao invocar a condição de prefeito do paciente como obstáculo à aplicação do princípio da insignificância, afastou-se da melhor jurisprudência sufragada por esta Corte.

Para a aplicação do princípio em comento, apenas aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente. É que, levando-se em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente ter praticado o crime na condição de prefeito da municipalidade. Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico — ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável —, é certo que, uma vez excluído o fato típico, um dos elementos integrantes da estrutura do crime, estar-se-á diante de indiferente penal.

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para a incidência do princípio da bagatela, devem ser sopesadas somente as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder a uma análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Nesse ponto, sempre valiosos os ensinamentos de Francisco de Assis Toledo, ao fazer digressão sobre a culpabilidade do fato e a culpabilidade do autor:

"Uma corrente de penalistas - a dominante, segundo supomos - opta pela culpabilidade do fato. Segundo esta corrente a censura de culpabilidade recai sobre o fato do agente, isto é, sobre o comportamento humano (ação ou omissão) que realiza um fato-crime. Coloca-se a tônica no fato do agente, não no agente do fato. Apóia-se esta concepção da culpabilidade na constatação empírica, pragmática, de que o agente, sendo dotado de certa capacidade de compreensão e de escolha, é culpável por um fato ilícito, na medida em que concretiza o injusto, podendo, nas circunstâncias, ter agido de outro modo. Com isso, o poder-agir-de-outro-modo coloca-se como pressuposto ou como fundamento do juízo de censura de culpabilidade.

Existe, entretanto, outra corrente de penalistas, mais reduzida mas não sem importância pela grande projeção e influência de seus seguidores, que não pensa exatamente assim. Partindo da premissa de que em certos casos a faculdade de compreensão do injusto - portanto a possibilidade de escolha - está comprometida pela conduta da vida do agente, a, ainda, partindo da suposição de que não há meios de se verificar no agente concreto o aludido poder-agir-de-outro-modo, concluem estes penalistas que a única solução, para se salvar o juízo de culpabilidade, seria desfocá-lo do "fato" para a "pessoa agente". Censurável não seria já o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, pela sua personalidade; numa palavra: pelo seu modo de ser e viver.

[...].

235. Direito penal de autor e culpabilidade de autor. O direito penal moderno *é*, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (rufianismo, vadiagem etc.) e, pois, não infirmam a regra.

Nem sempre, porém, foi assim.

Pode-se mesmo afirmar ter sido essa uma penosa conquista da humanidade, sobrevinda com a "secularização" do direito penal ou com a sua desvinculação de propósitos políticos imediatistas. Fácil será, portanto, apontar, na história, períodos em que se pretendeu, por motivos religiosos ou por razões de Estado, fundar a pena criminal não naquilo que o "agente faz", mas no que "ele é". [...].

Do que foi exposto, conclui-se ser possível, sem conotação ideológica, rotularem-se de "direito penal do autor" várias correntes, de origem e propósitos diversos que, todavia, têm de comum a colocação do agente, com o seu caráter, com a sua personalidade, no centro do problema penal, com inteira precedência lógica sobre o fato, considerado este último mero fenômeno sintomático, ou mero ponto de partida para a aplicação da pena criminal. Direito penal de autor, nesse sentido amplo, opõe-se a direito penal do fato.

Filiada historicamente a uma concepção do direito penal de autor está, sem dúvida, a denominada "culpabilidade de autor" (*Taterschuld*), como também a teoria do "tipo de autor" (Dahm Mezger etc.). Desde que se entendeu que o direito penal devia colocar o foco sobre a pessoa do autor, com absoluta primazia, e não sobre o fato isolado, sobre o injusto típico, seria inevitável procurar-se um novo fundamento para a culpabilidade, pois também esta deixaria de ser culpabilidade do fato isolado para erigir-se em culpabilidade do autor. Dentre desta concepção, culpável não mais será o fato do agente, mas o próprio agente pelo seu "modo de ser", pelo seu caráter etc.

242. De tudo que foi dito no título anterior podemos extrair as seguintes conclusões:

1ª) O crime surge aos nossos olhos como um fato causado por um ser humano. Nele podemos, pois, identificar facilmente dois fragmentos bastante nítidos: o fato e o seu autor, ou a ação humana e o agente.

Diante de tal constatação, é possível, para a construção de um sistema punitivo, tomar-se por base um desses dois fatores (o fato ou o autor), ou ambos ao mesmo tempo. Um sistema que considerasse exclusivamente o fato, destacado do agente, seria um puro "direito penal do fato" (*Tatstrafrect).* Outro que, ao contrário, considerasse exclusivamente o autor, destacado do fato, seria um puro "direito penal do autor" (*Tàterstrafrecht).*

Na verdade, porém, nenhum sistema se apresenta com essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos. Exemplo de um direito penal algo extremado pode ser encontrado na escola clássica, que, por meio da noção abstrata da ação humana, via no crime um ente jurídico e disso extraía as necessárias conseqüências. Exemplo de um extremado direito penal do autor

encontramo-lo nas ideais e soluções propostas por certos positivistas que, supondo possível identificarem-se no homem as causas mecânicas do crime, catalogaram alguns tipos de delinqüentes e, com abstração do fato, pretenderam substituir a imputabilidade pela noção de periculosidade, a pena retributiva pela medida de segurança, ou pela terapêutica do criminoso.

Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor. Esta é a posição do moderno direito penal, predominantemente um moderado direito penal do fato. Assim é na Alemanha, na Itália, no Brasil e em outros países civilizados.

[...].

Na culpabilidade pelo fato, que também não desconsidera o agente, conforme foi visto, não é possível esse desligar-se do fato, em momento algum, visto que é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal. Franz Von Liszt percebeu bem isso quando afirmava que, em sua opinião, por paradoxal que pudesse parecer, "o Código Penal é a Magna Carta do delinqüente", protegendo não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se rebela, ao garantir-lhe o direito de ser castigado só quando ocorrerem os pressupostos legais e dentro dos limites legais.

Ora, esses pressupostos e limites muito pouco valeriam se estivessem referidos a conceitos variáveis, pouco seguros, e não a características objetivas que só podem ser oferecidas pelo fato. Daí a já mencionada tipologia de fatos, não de autores. –

(Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., pg. 235-253. São Paulo: Saraiva, 2007).

É por isso que, diante de todas essas considerações, não tenho como concordar com o fundamento utilizado pelo STJ, ao afastar a incidência do princípio da insignificância, tão-só pelo fato de o paciente, no momento da infração penal, exercer o cargo de prefeito. Ao assim agir, nas palavras de Toledo, deu-se prioridade ao "agente-do-fato" e não ao "fato-do-agente". Não se pretendeu, em momento algum, auferir a reprovabilidade, a censurabilidade do comportamento supostamente criminoso (o que de fato teria feito o agente). Por outro lado, afastou-se a aplicação do princípio da bagatela sem sequer se examinar se a conduta perpetrada possuía, ou não, a condição de provocar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

As circunstâncias do caso concreto levam-me a entender não ser razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica à utilização indevida, em proveito próprio, de bens públicos, em operação que totalizaria hoje a pequena monta de R$ 40,00 (quarenta reais) e, à época dos fatos de R$ 70,00 (setenta reais). A despeito de conseguir enxergar no caso a denominada tipicidade formal — perfeita adequação entre a conduta praticada e o modelo abstrato previsto na lei penal —, não consigo vislumbrar, sob qualquer ótica com que se olhe, a denominada tipicidade material, dado que as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade, não havendo qualquer lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada ao paciente.

Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se a sua intervenção mínima, somente devendo atuar para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao direito penal — como instrumento de controle mais rígido e duro que é — ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.

Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando os outros ramos do direito demonstrarem-se ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio)*, limitando-se a punir somente as condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade). Nesse sentido, colho precedente desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. *OCULTA COMPENSATIO*. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculta compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. A subtração de aparelho celular cujo valor é inexpressivo não justifica a persecução penal. O **Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados.** Aplicação do princípio da insignificância, no caso, justificada. Ordem deferida, (grifei) - (HC n. 96.496/MT, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJe 22.5.2009).

Ademais, o princípio da moralidade não pode servir de supedâneo para condenação do paciente. É que, conforme consta dos documentos acostados aos autos, ele não teve dolo de ferir tal princípio, mas a intenção de ajudar a sociedade do município de Taquaral, que estava com obras em curso; o ex-prefeito procurou amenizar os problemas remanejando terras para a terraplanagem não só na área de sua propriedade (calçada da residência), mas também nas propriedades dos munícipes. É de ressaltar, ainda, que a Prefeitura nada cobrava dos moradores, restando o pagamento de quantia não fixada aos condutores das máquinas e o abastecimento de óleo diesel.

Por fim, atesto que a jurisprudência desta Corte tem sido no sentido de que a insignificância da infração penal, que tenha o condão de descaracterizar materialmente o tipo, impõe o trancamento da ação penal por falta de justa causa, inclusive em casos de crimes contra a Administração Pública - peculato (HC 87478, Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJ 23.2.2007; e HC 92634, Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ 15.2.2008):

"HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R$ 455,00 (quatrocentos e

> cinqüenta e cinco reais). Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (HC 87478, Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJ 23.2.2007).
>
> *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR (PECULATO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO: APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. *HABEAS CORPUS* DEFERIDO". (HC 92634, Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ 15.2.2008).
>
> E, mais recentemente, o HC 107.370, da minha relatoria, julgado em 26.4.2011.
>
> Nesses termos, concedo a ordem para cassar a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para trancar a Ação Penal n. 990.09.085546-0, ante a aplicação do princípio da insignificância.
>
> É como voto.

Fora de dúvidas, pois, a objetividade com que o princípio da insignificância merece ser apreciado para verificar-se a propósito de sua eventual incidência, sempre à luz do caso concreto.

Registre-se que o presente trabalho não pugna pela defesa ampla, geral e irrestrita do princípio da insignificância; apenas defende-se que, como princípio jurídico que é, voltado ao antropocentrismo que a Constituição Federal dedica à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, não deve ser coarctado e suprimido, *ex ante*, da apreciação e ponderação jurisdicional, única e exclusivamente pelo singelo fato de que o julgamento possa versar sobre o cometimento de atos de improbidade administrativa. Afinal, como bem aponta Fernando Dias Menezes de Almeida[76] sobre a tarefa interpretativa:

> A interpretação, portanto, sempre há de ser contextualizada político-socialmente, ou seja, num caso, como o brasileiro, em que a Constituição define o País essencialmente como um Estado Democrático de Direito, a interpretação deve importar a conjunção da habilidade de raciocínio do aplicador-intérprete (especialmente o jurisdicional) com seu respeito ao sentido democrático da decisão legislada.

[76]ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. op. cit., p. 5.

5.3.2. Tendências normativas

Não bastasse a tendência da Suprema Corte vista acima, em torno da possibilidade de incidência do princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública e mesmo aos crimes de responsabilidade, que envolvem uma conotação jurídico-política, no plano normativo, o princípio da insignificância já vem tendo igual aplicação, sem se tachar de ímprobos os agentes públicos atingidos pela legislação pesquisada, que ora será trazida à baila.

Um primeiro exemplo disso encontra-se no Decreto 4.081, de 11-01-2002, que instituiu o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República. Em seu art. 10, consta evidente exceção por meio da qual é possível afirmar a possibilidade de cabimento do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa.

No sobredito dispositivo normativo, há a previsão expressa sobre eventuais brindes que venham a ser recebidos pelos servidores públicos, sendo certo que, via de regra, o art. 10, II, proíbe o recebimento de presentes, transportes, hospedagens, compensações ou quaisquer outros favores, bem como a aceitação de convites para almoços, jantares, festas e outros eventos sociais.

A norma de exceção contida no art. 10, § 1º, entretanto, trata dos itens que não são considerados *presentes*, para os fins normativos, a saber: os que sejam destituídos de valor comercial, bem assim os que sejam distribuídos de modo generalizado, por iniciativa de entidades de qualquer natureza, a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, desde que não ultrapassem o valor de R$ 100,00 (cem reais).

> Art. 10. É vedado ao agente público, na relação com parte interessada não pertencente à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou de organismo internacional de que o Brasil participe:
>
> I - prestar serviços ou aceitar proposta de trabalho, de natureza eventual ou permanente, ainda que fora de seu horário de expediente;
>
> II - receber presente, transporte, hospedagem, compensação ou quaisquer favores, assim como aceitar convites para almoços, jantares, festas e outros eventos sociais;
>
> III - prestar informações sobre matéria que:
>
> a) não seja da sua competência específica;

> b) constitua privilégio para quem solicita ou que se refira a interesse de terceiro.
>
> § 1º Não se consideram presentes, para os fins deste artigo, os brindes que:
>
> I - não tenham valor comercial; ou
>
> II - sejam distribuídos de forma generalizada por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, desde que não ultrapassem o valor de R$ 100,00 (cem reais).
>
> § 2º Os presentes que, por qualquer razão, não possam ser recusados ou devolvidos sem ônus para o agente público, serão incorporados ao patrimônio da Presidência da República ou destinados a entidade de caráter cultural ou filantrópico, na forma regulada pela CEPR.
>
> Art. 11. É permitida a participação em seminários, congressos e eventos semelhantes, promovidos por pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, desde que estes não tenham interesse em decisão da esfera de competência do agente público e que sejam tornados públicos eventual remuneração e pagamento das despesas de viagem pelo promotor do evento.

Perceba que, em realidade, normas como as retro citadas, nada mais são do que o próprio encerramento do princípio da insignificância personificado na lei, no princípio da juridicidade. Agora, só falta o sobredito princípio ter a possiblidade de adentrar, difusamente, com a cautela inspirada pela análise casuística da hipótese verificada e comprovada no bojo dos autos, no mundo jurisprudencial atinente aos atos de improbidade administrativa.

A rigor profundo, o art. 9º, I, da Lei 8.429/92 não concede, em si, qualquer exceção e, assim, todo e qualquer recebimento de vantagem econômica, por parte de agente público, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, por poder ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições desse agente público, implicaria o cometimento de um ato de improbidade administrativa, por sinal mais grave dentre os atos ímprobos, por importar enriquecimento tido por ilícito, para fins da LIA.

Com muito bom senso, Sérgio Turra Sobrane[77], produz os seguintes comentários sobre a conjugação dessas normas do Código de Ética da Presidência da República em face da Lei de Improbidade Administrativa:

---

[77]SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa*: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas. 2010. p. 41.

> O presente realmente pode ser dado sem o propósito de amparar qualquer interesse e, nesse caso, não haverá improbidade. Existindo interesse, a entrega de qualquer presente viola o princípio da impessoalidade e aperfeiçoa o ato de improbidade administrativa, já que cria no ânimo do agente público um vínculo que poderá influenciar na ação ou omissão que deve desenvolver, alcançando o interesse no benemérito presenteador.

Outro exemplo que se verifica acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na seara normativa, com eventuais reflexos sobre os atos de improbidade administrativa é o da Instrução Normativa n° 04, de 17 de fevereiro de 2009, da Controladoria-Geral da União – CGU[78], cujo teor é o seguinte:

> **INSTRUÇÃO NORMATIVA CGU N° 04, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2009**
>
> O MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, e o art. 4°, incisos I e II, do Decreto n° 5.480, de 30 de junho de 2005, e tendo em vista o disposto no art. 14 do Decreto-lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 2°, *caput*, e parágrafo único, incisos VI, VIII e IX, da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999,
>
> Considerando a obediência aos princípios da eficiência e do interesse público por meio da racionalização dos procedimentos administrativos; e
>
> Considerando a necessidade de desburocratizar a Administração Pública por meio da eliminação de controles cujo custo de implementação seja manifestamente desproporcional em relação ao benefício,
>
> **RESOLVE:**
>
> Art. 1° Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).
>
> Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se prejuízo de pequeno valor aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.
>
> Art. 2° O Termo Circunstanciado Administrativo deverá ser lavrado pelo chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa ou, caso tenha sido ele o servidor envolvido nos fatos, pelo seu superior hierárquico imediato.
>
> § 1°. O Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter, necessariamente, a qualificação do servidor público envolvido e a descrição sucinta dos fatos que acarretaram o extravio ou o dano do bem, assim como o parecer conclusivo do responsável pela sua lavratura.

[78]Publicada no DOU n° 34, Seção 1, página 1, de 18.02.2009.

§ 2°. Quando for o caso, as perícias e os laudos técnicos cabíveis deverão ser juntados aos autos do Termo Circunstanciado Administrativo pela autoridade responsável pela sua lavratura.

§ 3°. Nos termos do art. 24 da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o servidor indicado no Termo Circunstanciado Administrativo como envolvido nos fatos em apuração poderá, no prazo de cinco dias, se manifestar nos autos do processo, bem como juntar os documentos que achar pertinentes.

§ 4°. O prazo previsto no parágrafo anterior pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

§ 5°. Concluído o Termo Circunstanciado Administrativo, o responsável pela sua lavratura o encaminhará à autoridade máxima da unidade administrativa em que estava lotado o servidor, na época da ocorrência do fato que ocasionou o extravio ou o dano, a qual decidirá quanto ao acolhimento da proposta constante no parecer elaborado ao final daquele Termo.

Art. 3°. No julgamento a ser proferido após a lavratura do Termo Circunstanciado Administrativo, caso a autoridade responsável conclua que o fato gerador do extravio ou do dano ao bem público decorreu do uso regular deste ou de fatores que independeram da ação do agente, a apuração será encerrada e os autos serão encaminhados ao setor responsável pela gerência de bens e materiais da unidade administrativa para prosseguimento quanto aos demais controles patrimoniais internos.

Art. 4° Verificado que o dano ou o extravio do bem público resultaram de conduta culposa do agente, o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento ao erário do valor correspondente ao prejuízo causado, que deverá ser feito pelo servidor público causador daquele fato e nos prazos previstos nos §§ 3° e 4° do art. 2°.

§ 1°. O ressarcimento de que trata o *caput* deste artigo poderá ocorrer:

I - por meio de pagamento;

II - pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ao danificado ou extraviado, ou;

III - pela prestação de serviço que restitua o bem danificado às condições anteriores.

§ 2°. Nos casos previstos nos incisos II e III do parágrafo anterior, o Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter manifestação expressa da autoridade que o lavrou acerca da adequação do ressarcimento feito pelo servidor público à Administração.

Art. 5° É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público.

Art. 6° Não ocorrendo o ressarcimento ao erário, de acordo com o descrito no art. 4°, ou constatados os indícios de dolo mencionados no art. 5°, a apuração da responsabilidade funcional do servidor público será feita na forma definida pelo Título V da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

> Art. 7° Constatada a indicação de responsabilidade de pessoa jurídica decorrente de contrato celebrado com a Administração Pública, serão remetidas cópias do Termo Circunstanciado Administrativo e dos documentos a ele acostados ao fiscal do contrato administrativo para que adote as providências necessárias ao ressarcimento do valor do bem danificado ou extraviado, de acordo com a forma avençada no instrumento contratual e conforme a legislação pertinente.
>
> Art. 8° Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.
>
> JORGE HAGE SOBRINHO

Em linha de princípio, o ato normativo acima pretende desburocratizar procedimentos da Administração Pública Federal, sem, contudo, relegar a aplicação da lei, mas, apenas adotando um procedimento sancionatório, sob o espectro disciplinar, mais singelo e naturalmente mais célere, para resolver casos de menor importância disciplinar, mas cujas variadas condutas, frequentemente, também terminam por subsumir-se a um ato de improbidade administrativa.

Concretamente, o que essa Instrução Normativa faz é simplificar a apuração de casos de menor relevância para o direito administrativo disciplinar, por meio de um procedimento alternativo que evita a instauração de um processo administrativo disciplinar formal e mais complexo. Basicamente, com um mero formulário nominado de Termo Circunstanciado Administrativo - TAC, o órgão interno encarregado da apuração disciplinar pode, com muito maior velocidade, resolver a apuração de pequenos casos de extravio ou dano ao patrimônio público, cujo montante contabilizado traduz um prejuízo irrisório.

Veja que se está diante de outro exemplo do poder normativo federal engendrado com apoio nos princípios da proporcionalidade, da eficiência e do próprio interesse público, mediante recurso concreto ao princípio da insignificância.

Em interessante artigo que trata da intersecção existente entre o princípio da insignificância e o poder discipilnar da Administrção, Alessandra Lopes de Pinho[79] faz um estudo que cuida da Instrução Normativa n° 04/2009, da CGU, concluindo, ao final, ponderações que somente ratificam o posicionamento já adotado neste trabalho e que, por isso, merecem ser transcritas:

---

[79]PINHO, Alessandra Lopes de. O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar. *Revista da CGU*, ano 6, ed. esp.: direito disciplinar, p. 25-26, jul. 2011.

O Estado Democrático de Direito está a exigir uma ordem legitimada e legalizada, e a Administração Pública, enquanto modo derivado de agir do Estado, está a esses preceitos vinculada. Sua atuação deverá ter por base procedimentos, regras de atuação ante a sociedade, como forma de concretizar a democracia. A previsão desses procedimentos e regras em lei configura a implementação de um sistema que não permite a existência de um poder arbitrário e personalizado.

A ação administrativa deve refletir-se não apenas como procedimento, mas também como uma atitude que visa assegurar a conformidade da atividade administrativa a uma ordem normativa preexistente e à participação de todos os envolvidos numa justa e original composição de interesses.

Por outro lado, é inegável a aproximação do Direito Penal com o Direito Disciplinar, exteriorizada por seu caráter sancionador, sujeitando-se às exigências constitucionais, a exemplo do Devido Processo Legal, da ampla defesa e do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como do interesse público.

Nesse contexto, o princípio da insignificância, utilizado no âmbito penal para afastar a tipicidade da conduta e, consequentemente, evitar a instauração de um processo criminal, pode ser utilizado no âmbito do Direito Administrativo.

Entretanto, há que se ressaltar que sanção disciplinar não deverá ter como único escopo a proteção ao Erário. A punição disciplinar também deverá resguardar a regularidade do serviço público, ao inibir condutas indesejáveis, que, caso não impedidas, poderão funcionar como multiplicadoras de irregularidades, colocando em risco a confiança da própria Administração.

Não se pode olvidar do caráter pedagógico que o processo administrativo disciplinar deverá imprimir em certas condutas praticadas por servidores públicos, sob pena de levar à ocorrência reiterada de práticas nocivas à Administração Pública.

Portanto, somente diante do caso concreto, com a minuciosa análise de todos os detalhes a ele inerentes, é que a autoridade instauradora estará autorizada a aplicar o princípio da insignificância para afastar a apuração de condutas de pouca importância por processo administrativo disciplinar. Assim, deixa-se claro que o intuito aqui proposto não é inobservar a lei, mas proporcionar critérios alternativos mais simplificados para cuidar desses casos.

Certamente a adoção do princípio da insignificância, juntamente com a ponderação de outros princípios e interesses jurídicos, contribuirá para afastar a instauração de inúmeros processos administrativos disciplinares que se acumulam nos seios da Administração Pública, onerando os cofres públicos e desviando servidores de suas funções precípuas, para apurar responsabilidade por condutas irrelevantes na esfera administrativa disciplinar.

Enfim, os exemplos normativos trazidos à colação apenas demonstram os influxos que o princípio da insignificância tem, também, no plano do poder normativo da Administração e que, muitas das vezes, repercutem sob a forma de atos de improbidade administrativa. Ora, se o aludido princípio chega a ter até adesão normativa, certamente não pode e tampouco deve ser excluído e descartado, de plano, do âmbito de aplicação dos atos de improbidade administrativa.

6. CONCLUSÕES EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A presente dissertação lançou-se a defender a possibilidade de ver incidir o princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa no direito brasileiro.

O motivo determinante dos estudos empreendidos deveu-se à doutrina e jurisprudências majoritárias, orientadas pela exegese dada pelo Superior Tribunal de Justiça, desde o precedente advindo com o julgamento do REsp 892818/RS, no sentido do total e absoluto impedimento à possibilidade de precipitação do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa, elencados no diploma normativo respectivo - Lei 8.429/92 -, cujo fundamento prende-se à defesa irretorquível do bem jurídico *probidade administrativa* por ele protegido.

Sem descurar da relevância do bem jurídico *probidade administrativa*, o objetivo empreendido nesse trabalho foi o de defender ao menos um espaço, pequeno mesmo, por óbvio, para a incidência do princípio da insignificância, enquanto fundamento principiológico apto a absolver eventuais acusados de atos de improbidade administrativa, cuja conduta, na análise do caso concreto, tenha se revelado dotada de ofensividade mínima ao bem jurídico protegido.

Partindo de um estudo sucinto sobre a autonomia e importância normativa que os princípios tem desempenhado atualmente no sistema jurídico, passando pelo seu significado, conceito e classificação medianamente aceitos pela doutrina, o primeiro capítulo foi encerrado com a constatação do aumento de densidade do princípio da legalidade, atualmente concebido como princípio da juridicidade.

No capítulo subsequente, passou-se a um estudo exaustivo do princípio da insignificância. Por primeiro, foram vistas as origens e os motivos históricos de seu surgimento, bem como os estudos que o ressuscitaram para embasar o crescente garantismo penal contra o poder punitivo do Estado, desde quando este passou a ter que obedecer aos limites impostos pela lei. Após, foram vistos os princípios jurídicos que

compõem a estrutura de sustentação do próprio princípio, bem como a natureza jurídica do princípio da insignificância.

Aprofundando o estudo que se pretendeu fazer desse princípio, foram trazidos o olhar e o modo de interpretação que a Suprema Corte estabeleceu para trabalhá-lo, a partir do julgamento de seu *leading case*, decorrente do julgamento do HC 84412-0/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, que definiu a existência de quatro vetores componentes do preenchimento de seu conteúdo - (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada -, cujo significado de cada qual foi individualmente estudado, a par do modo de serem empregados, na análise do caso concreto.

O terceiro capítulo cuidou de apontar a origem e os motivos que fundamentaram, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o conteúdo da decisão adotada no julgamento do REsp 892818/RS, precedente responsável pelo estabelecimento do absoluto impedimento de incidência do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa.

O quarto capítulo abordou a via adjetiva das ações civis públicas ajuizadas para responsabilização de agentes acusados da prática de atos de improbidade administrativa, à luz do bem jurídico difuso em que se constitui a probidade administrativa. O motivo dessa análise prestou-se à comprovação da existência de uma válvula de escape processual para o quanto defendido nesse trabalho, face à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos bens jurídicos difusos em geral, conforme a exegese dada pelo Supremo Tribunal Federal ao tema, com ratificação doutrinária dessa possiblidade.

O quinto capítulo desenhou uma defesa de direito material para a tese propugnada com o fito de comprovar, a possibilidade de cabimento do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa. Em um primeiro momento, recorreu-se à intersecção dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o da insignificância, para serem estabelecidas as relações de pertinência entre o *jus puniendi* do Estado, aqueles princípios e este, comprovando-se, então, que a insignificância é um elemento apto a atribuir a proporcionalidade e a razoabilidade necessárias às sanções aplicadas pelo Poder Público, sobretudo nos casos de improbidade administrativa, cujo conteúdo normativo aberto expõe o acusado, ainda mais, aos influxos da

discricionariedade, para admitir-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, em casos que tais, chega a ser uma necessidade ontológica e deontológica.

Outrossim, foi demonstrado o conceito único e universal da antijuridicidade, por conta da proximidade existente entre os princípios garantistas do direito penal, defensores da liberdade individual frente ao monopólio da força punitiva do Estado, seja no direito penal, seja no direito administrativo e, em especial, no microssistema dos atos de improbidade administrativa, a partir do que restou revelada a possibilidade concreta de cabimento do princípio da insignificância.

Buscando encerrar esse quinto capítulo, foram igualmente demonstrados os influxos comprobatórios do futuro acolhimento da tese levantada, a partir de precedente do Supremo Tribunal Federal que aplicou a insignificância como força motriz de absolvição de Prefeito Municipal acusado de crime de responsabilidade, indicando a possibilidade de futuro acolhimento da incidência do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa, corrigindo, com isso, o entrave criado pelo absolutismo do posicionamento que veda, por completo, a própria cogitação de incidência do princípio.

Encerrando os argumentos de índole material, desenvolvidos em prol da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, ainda dentro do âmbito das tendências e influxos hoje já verificados acerca do futuro cabimento da tese, também foram apresentados exemplos atualmente vigentes, colhidos no próprio ordenamento jurídico, fruto do poder normativo da Administração Pública Federal, que excepcionam o caráter punitivo dos atos que, em tese, poderiam subsumir-se ao sistema da improbidade administrativa, em virtude de franca normatividade do princípio da insignificância.

Como dito na introdução, o presente trabalho não pretendeu desenvolver uma abrupta inversão de valores, sabendo-se, de antemão, da importância que a Lei 8.429/92 desempenha no sistema jurídico, face aos relevantes bens jurídicos por ela defendidos. Longe de qualquer iconoclastia, a única preocupação que se teve foi com o desenvolvimento de uma tese encerradora dos ideais de justiça, sem se afastar da dogmática e técnica jurídicas, procurando, apenas e tão somente criar um espaço, naturalmente pequeno, do próprio tamanho dos atos que mereçam ser beneficiados pelo princípio da insignificância, para ver superada a atual proscrição absoluta que a jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, impõe à mera cogitação de incidência do princípio da insignificância sobre os atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. O veto como condicionante na interpretação das leis. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e administração pública*: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BIANCHINI, Aline; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. tir. Coimbra: Almedina, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade e tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio Eletrônico – versão 2.0.* São Paulo: Regis; J. C. M. M. Editores, 1996.

GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

HARGER, Marcelo. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade administrativa. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, p. 109-133, maio/jun. 2010.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. In: SELEÇÃO Histórica da Revista de Direito Administrativo: 50 anos de Revista de Direito Administrativo, v. 1-150, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 15-55.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2007.

MAÑAS, Carlos Vico. *Tipicidade e princípio da insignificância*. 1993. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PAZZAGLINI FIHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINHO, Alessandra Lopes de. O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar. *Revista da CGU*, ano 6, ed. esp.: direito disciplinar, p. 15-27, jul. 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução: Luís Grecco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. A aplicação do princípio da proporcionalidade na fixação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3001,19 set. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20014>. Acesso em: 08 dez. 2014.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 36-50, jan./mar. 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido e *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 2.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa*: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2001.