

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS INJUSTOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tânia de Sousa Elias*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Insignificância Penal. A Redescoberta de Roxin. 2.1. O Princípio da Insignificância como causa de exclusão da tipicidade material. 2.2. Vetores Objetivos para a sua aplicação, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. 2.3. Princípio da Intervenção Mínima. 2.4. Princípio da Fragmentariedade. 3. Os Injustos contra a Administração Pública. Do Princípio da Moralidade Administrativa. 4. Da Possibilidade de Aplicação do Princípio da Insignificância nos Injustos contra a Administração Pública em Espécie, principalmente nos praticados por funcionários públicos. 4.1. Insignificância e Contrabando. 4.2. Insignificância e Descaminho. 4.3. Insignificância e Peculato. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância nos Injustos contra a Administração Pública, notadamente no descaminho, contrabando e peculato, levando-se em consideração os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da lesividade e da proporcionalidade, em seu requisito necessidade ou exigibilidade da medida.

Para tal mister, será essencial a compreensão da tipicidade não apenas em seu aspecto formal, mas também material, a fim de ser afastada a Tipicidade material de condutas bagatelares.

Ademais, pretende-se demonstrar que o afastamento da tipicidade material nos injustos praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública não enseja a desvalorização da moralidade administrativa, elemento essencial a nortear a conduta dos mesmos, na medida em que, à luz do caso concreto e de acordo com a proporcionalidade, a esfera administrativa poderá se mostrar apta a incidir, além de coibir a reincidência, com a aplicação das respectivas sanções cabíveis.

* Pós-graduada em Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública (ESAP) da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho, Procuradora do Estado e Advogada no Rio de Janeiro.

2. O Princípio da Insignificância Penal. A Redescoberta de Roxin

O Princípio da Insignificância permite o afastamento da tipicidade material de condutas consideradas bagatelares, que não merecem a aplicação da norma penal – desvalor do resultado – na medida em que a incidência de outros ramos do Direito, tais como o Civil e o Administrativo já se mostram suficientes para reprimir a conduta lesiva.

Luiz Regis Prado¹ nos ensina que: “*a irrelevante lesão ao bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade em caso de danos de pouca importância.*”

Cezar Roberto Bittencourt² acrescenta ainda que “*a irrelevância ou insignificância da conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.*”

Inobstante não se encontrar positivado na Lei Fundamental, e tampouco em norma infraconstitucional, – à exceção de alguns dispositivos constantes do Código Penal Militar, tais como os artigos 209, §6º, em caso de lesão levíssima, na qual há autorização para que o juiz considere o fato como infração disciplinar e 240, §1º, no caso do furto insignificante – verifica-se a sua aplicabilidade como princípio informador do direito penal, pois a moderna interpretação constitucional confere normatividade aos princípios. A obrigatoriedade de observância ao princípio decorre de seu conteúdo como fonte do Direito. A respeito do tema, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³ afirmam que:

“A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

(..) Omissis

Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”

¹PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v.I, p.154.

²BITTENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, v.I, p.20.

³Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro, in Revista de Direito da Procuradoria Geral - Estado do Rio de Janeiro, v. 57, pp.272/273.

No que diz respeito à sua origem, a doutrina diverge a respeito do tema. De acordo com a lição de Cássio Vinicius D. C. V. Lazari Prestes⁴, “*os humanistas elaboraram a máxima minima non curat praetor, vigorando assim no direito romano a regra de que o pretor não cuidava de causas mínimas, bagatelares. No final do século XIX foi também referido por Von Liszt para quem a legislação da época utilizava a pena de forma excessiva, devendo-se repensar a restauração do adágio minima non curat praetor, seja como princípio jurídico do processo, seja como regra de direito material.*”

Também se tem afirmado que o mencionado princípio nasceu com o Iluminismo, objetivando-se limitar o poder do Estado.

Em 1964, o princípio da insignificância foi redescoberto por Claus Roxin⁵, em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal* (Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal). O citado mestre nos ensina que:

“Uma análise abrangente da evolução da jurisprudência poderia demonstrar que nossos tribunais, orientados para garantir, como quer o princípio, uma proteção tão abrangente e sem lacunas quanto possível, fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, que levou a um crescimento considerável da criminalidade em vários delitos. Sob o ângulo do princípio nullum-crimen o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realize uma função de Magna Carta e a ‘natureza fragmentária’ do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos, como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão, da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância, e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por violência não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país. (grifos nossos).”

⁴PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazari. O Princípio da Insignificância como causa Excludente da Tipicidade no Direito Penal, p.35.

⁵ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, pp.46/47.

A partir de então, o mencionado princípio vem sendo, paulatinamente, aplicado não só pelos nossos Tribunais, como também em alguns países, como Argentina, Portugal e Itália, pois o Direito Penal não deve se preocupar com condutas cujo desvalor não cause lesão significativa a bens jurídicos relevantes.

Além disso, Klaus Tiedemann também fez referência à insignificância, denominando-a princípio de bagatela.

A respeito do tema, cumpre mencionar ementa de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça⁶, em sede de julgamento de recurso penal, no qual a Corte Portuguesa decidiu o seguinte:

“EVASÃO. ROUBO. VALOR INSIGNIFICANTE. NEGLIGÊNCIA. DOLO EVENTUAL. MEDIDA DA PENA. 99/92, 17/12/92, N.1, REC PENAL.

PROVIDO PARCIAL. DIR CRIM - CRIM C/PATRIMÓNIO / CRIM C/ ESTADO. CP82 ART22 N1 N2 ART23 N1 N2 ART74 N1 ART297 D ART298 N1 N2 ART306, N1 N3 B N5 ART392 N1 N4. AC RC DE 1986/02/26 IN BMJ N354 PAG622. AC RC DE 1989/09/27 IN BMJ N389 PAG659.

*I - Uma coisa é de valor insignificante quando não tem relevância económica, não só para o arguido como para o ofendido e para a generalidade das pessoas da mesma região e do mesmo estrato social, que vulgarmente se apelida de **bagatela** ou ninharia.*

*II - Não é de valor insignificante o roubo de 5000 escudos em dinheiro porque, sendo de valor superior à retribuição de um dia de trabalho para a grande maioria dos portugueses, não pode ser considerado **bagatela** ou ninharia”*

Luiz Flávio Gomes⁷ nos informa que “em sentença de 10.02.1998 a Corte de Cassação italiana reconheceu que a interpretação teleológica do fato típico previsto nos artigos 1º e 1º sexto da Lei de 8 de agosto de 1985, n.431 [que tutela o meio ambiente] revela claramente que o legislador não pretendeu defender o ambiente de qualquer ataque, senão dos ataques relevantes contra o objeto da tutela penal” (artigo da internet)

2.1. O Princípio da Insignificância como causa de exclusão da tipicidade material.

O tipo penal é um instrumento legal. Logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes⁸.

⁶<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0>

⁷GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato, in Revista Diálogo Jurídico

⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte General*, p.371.

Pois bem. A análise da tipicidade sob o prisma meramente formal, qual seja, a subsunção da conduta ao modelo abstrato previsto no tipo penal, não tem se mostrado adequada à verdadeira finalidade do Direito Penal, qual seja, a de sancionar condutas que atinjam gravemente os bens jurídicos, razão pela qual se torna necessária a análise de sua dimensão material, que se caracteriza pela lesividade ao bem jurídico.

Conforme nos ensina Rogério Greco⁹, *esse conceito de simples acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal, uma vez que esta é formada pela conjugação da tipicidade formal (ou legal) com a tipicidade conglobante.*”

Ainda nos informa o citado autor que “para se falar em tipicidade conglobante é preciso que: a) a conduta do agente seja antinormativa; b) que haja tipicidade material, ou seja, que ocorra um critério material de seleção do bem a ser protegido.”¹⁰

Através da tipicidade material se consegue verificar a importância do bem no caso concreto, a fim de que possa ser protegido pelo Direito Penal.

O princípio da insignificância tem por objetivo afastar a própria tipicidade material, tendo em vista o fato de que o Direito Penal somente deve incidir nos casos em que as condutas causarem uma relevante lesão aos interesses jurídicos de maior relevância para o corpo social.

Note-se que para tal mister, o referido princípio deve ser analisado em conexão com os postulados da intervenção mínima do Estado e da fragmentariedade, que serão estudados a seguir.

2.2. Vetores Objetivos para a sua aplicação, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sede do julgamento do HC 84.412, elencou alguns critérios para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam: i) mínima ofensividade da conduta do agente, ii) ausência de periculosidade social da ação, iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Tais critérios encontram-se intrinsecamente relacionados com os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, pois a sua incidência apenas se justifica quando estritamente necessária para a proteção do bem jurídico, afastando-se do seu campo de abrangência as condutas bagatelares.

A respeito do tema, vale citar trecho do voto do Exmo. Ministro Celso de Mello em sede do HC 84.412:

⁹GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.174.

¹⁰GRECO, Rogério. Ob. Cit., p.175.

“ (...) Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado – que tem por destinatário o próprio legislador – e, de outro, o postulado da insignificância – que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto, na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI (“Curso de Direito penal – Parte Geral”, p.68, item n.51, 2ª ed., 2004, Forense) – cumpre reconhecer, presente esse contexto, que 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.”

Além disso, mostra-se relevante a distinção entre infrações de ínfimo valor e as de reduzido valor, já que apenas naquela incide o princípio da insignificância.

2.3. Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima encontra-se ligado ao Estado Democrático de Direito.

Conforme leciona Cássio Vinicius D. C. V. Lazari Prestes¹¹, “o Princípio da Intervenção Mínima origina-se, portanto, com o Iluminismo. Os pensadores da época (Montesquieu, John Locke, Rousseau, Beccaria) visavam limitar a área de abrangência do Direito penal, a tendência era reter a expansão deste; buscava-se, então, a não-intervenção do Direito penal com base nos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana.”

De acordo com o aludido princípio, o Direito Penal é a *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais, intervindo apenas quando existirem violações significativas aos bens jurídicos mais valiosos para a sociedade, e quando outros ramos do Direito não forem aptos à tal proteção.

Nesse sentido é a lição de Cezar Roberto Bittencourt¹²:

“ O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito

¹¹PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazari, Ob. Cit, p.20.

¹²BITTENCOURT, Cezar Roberto, Ob. Cit., v.I, p.11.

Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.”

O aludido princípio é de relevante importância para a aplicação do princípio da insignificância, à luz do caso concreto, conforme será demonstrado a seguir.

2.4. O Princípio da Fragmentariedade

O caráter fragmentário do Direito Penal decorre do princípio da intervenção mínima, e implica na realização de uma tutela seletiva do bem jurídico, com base na gravidade e na intensidade da ofensa, pois somente os bens jurídicos mais relevantes merecem ser penalmente tutelados.

A respeito do princípio da fragmentariedade, Luiz Regis Prado¹³ afirma que “opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o direito penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade”.

O referido princípio também se mostra de grande importância para o aferimento de condutas bagatelares, ao lado do princípio da intervenção mínima.

3. Os Injustos contra a Administração Pública. Do Princípio da Moralidade Administrativa.

Os injustos contra a Administração Pública encontram-se tipificados, no Código Penal, nos artigos 312 até 359-H, sob o Título XI, e divididos da seguinte forma: i) Capítulo I – Dos Injustos Praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral, (ii) Capítulo II – Dos Injustos Praticados por Particular contra a Administração em geral; (iii) Capítulo II-A – Dos Injustos Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira, (iv) Capítulo III – Dos Injustos contra a Administração da Justiça e (v) Capítulo IV – Dos Injustos contra as Finanças Públicas.

A respeito do conceito de Administração Pública, nos ensina Luiz Regis Prado¹⁴, “no Direito Penal, contudo, a expressão Administração Pública não tem o sentido restrito ditado pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo – vale dizer, o exercício de uma das funções vitais do Estado no âmbito da divisão de poderes. Para aquele, a Administração Pública engloba toda a atividade estatal, tanto no sentido subjetivo, que significa os órgãos instituídos pelo Estado para a concreção dos seus fins, como no sentido objetivo, consistente na realização de toda atividade estatal visando a satisfação do bem comum.”

¹³PRADO, Luiz Regis, Ob. Cit, v.I, p.149.

¹⁴15. Ob. Cit., v.IV, p.433.

Um dos bens jurídicos primordialmente tutelados nos Injustos contra a Administração Pública é a moralidade administrativa, prevista em dispositivos da Constituição Federal, sob variados aspectos, e caracterizando-se por ser um princípio de caráter substancial, basilar, norteador da conduta dos agentes públicos.

É sabido que a mais destacada atuação dos princípios constitucionais no âmbito do direito administrativo se verifica no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública.¹⁵

Segundo o mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶, “a autonomia deste princípio, de já há muito defendida entre nós por Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior, foi, sem dúvida, notavelmente reforçada pela explicitação conferida pela nova ordem constitucional, no Capítulo reservado à Administração Pública (art. 37, caput), firmando-a como um aspecto específico e singular do princípio da licitude. Com efeito, a Constituição de 1988, não só nesta como em outras 58 normas constitucionais, entre princípios e preceitos, dirigidos ao Estado, à sociedade ou a ambos, tratou de aspectos da licitude, ora enunciando seu referencial de valor (substantivo), ora definindo os instrumentos que devem garanti-la”.

A “moralidade administrativa” encontra-se prevista nos artigos 5º, inciso LXXIII, 37, caput e §4º e 85, inciso V, da Lei Fundamental, 7º, do Decreto nº 19.398/30, na Lei 4717/65 e 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9784/99, dentre outros diplomas legais.

Note-se que a moral administrativa não se confunde com a moral comum, na medida em que esta encontra-se intrinsecamente relacionada ao plano ético, ao passo que aquela se dirige à conduta do agente público, em sua administração.

De acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles¹⁷, “a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.’ Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.”

¹⁵BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo, p.91.

¹⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, p.93.

¹⁷MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p.88.

José Guilherme Giacomuzzi¹⁸, ao tratar do conceito de boa administração, cita o mestre Maurice Hauriou, em suas precisas lições:

“(...) O que é, pois, essa ‘boa administração’? – pergunta Haurion. ‘Trata-se de uma noção puramente objetiva que o juiz administrativo aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, o meio, o momento. É equivalente à noção comum de boa-fé no tráfico jurídico privado a que se refere o legislador alemão. O Conselho de Estado parte da idéia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; a Administração tem uma função a cumprir, mas enquanto os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos. Pode imaginar-se até que ponto esses ‘fins gerais da função’ são elementos concretos, objetivos, que o juiz analisa quando constata os fatos. Sublinhemos, de passagem, que o Conselho de Estado está melhor situado que qualquer outro órgão para valorar essa moralidade, enquanto ele mesmo é o órgão consultivo de maior grau e melhor preparação.”

Para o administrador praticar uma *imoralidade administrativa*, basta que use de seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do estrito interesse público a que deveria atender. Por isso, além das hipóteses de desvio de finalidade, pode ocorrer *imoralidade administrativa* nas hipóteses de ausência de finalidade e de ineficiência grosseira da ação do administrador público, tendo em vista, também a finalidade, a que se propunha atender.¹⁹

Por oportuno, a Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º, da Constituição Federal. Note-se que a referida lei, além de tipificar como de improbidade administrativo os que acarretem enriquecimento ilícito ou prejuízo aos cofres públicos, também menciona aqueles que afrontam os princípios da Administração Pública. Confira-se a redação do seu artigo 11:

“Seção III

DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹⁸GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública – O conteúdo dogmático da moralidade administrativa, p.68, citando Hauriou, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3/576 (“C’est une notion purement objective qu’il est donné au juge administrative d’apprécier souverainement, d’après les circonstances, le milieu, le moment. Elle est l’équivalent de cette notion commune de la bonne foi dans le commerce juridique privé à laquelle se réfère le législateur allemand. Le Conseil d’État part de cette idée que l’Administration est liée par une certaine moralité objective; elle a une fonction a remplir et lorsque les motifs qui l’ont poussée ne sont pas conformes aux buts généraux de cette fonction, le Conseil d’État les déclare illicites. Or, on conçoit combien ces ‘but généraux de la fonction’ sont des éléments concrets, objectifs, que le juge puise dans la constatation des faits. Remarquons, en passant, que le Conseil d’État est mieux placé que tout autre pour dégager cette moralité, puisque il est lui-même le conseil administratif le plus élevé et le plus éclairé”).

¹⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. Cit., p. 94.

“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 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 terceiros, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço da mercadoria, bem ou serviço.

Desta forma, especificamente nos injustos praticados por funcionários públicos contra a Administração, tal princípio é de essencial aplicação, pois não se pode distanciar do estrito interesse público ao qual devem observância.

4. Da Possibilidade de Aplicação do Princípio da Insignificância nos Injustos contra a Administração Pública em Espécie, principalmente nos praticados por funcionários públicos

A jurisprudência de nossos Tribunais tem refutado a tese da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos injustos praticados por funcionários públicos contra a Administração. Por outro lado, tem utilizado o referido princípio em determinados injustos praticados por particulares contra a Administração Pública, tais como o contrabando e o descaminho.

Cássio Vinicius D. C. V. Lazari Prestes²⁰ nos informa que: “há opiniões doutrinárias adotando-o parcialmente sob a alegação de que não pode ser invocado contra quem, ou seja, o princípio da insignificância não poderia ser utilizado para aniquilar por completo a aplicação de uma norma incriminadora. Assim, em algumas hipóteses, como no crime do artigo 16 da Lei 6368/76 ou nos crimes contra a Administração Pública, mesmo que o resultado tenha sido mínimo há a lesão à objetividade jurídica tutelada.”

Contudo, o citado autor²¹ posiciona-se no sentido da aplicabilidade do princípio da insignificância nos injustos praticados contra a Administração Pública:

²⁰PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazari, Ob. Cit., p.42.

²¹Ob. Cit., p.43.

“Pensamos que o crime do artigo 16 da Lei 6368/76, bem como, as pequenas lesões à Administração Pública também fazem parte da chamada criminalidade de bagatela, pois que, nestes casos, o grau da lesão produzida ao bem jurídico é tão inexpressivo que a intervenção penal não é necessária.”

Além disso, o mestre Francisco de Assis Toledo²² nos ensina que:

“ (...)o dano do art.163 do Código penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art.334, §1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art.312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente em desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140,139 e138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis, e assim por diante. (grifos nossos).”

Entendemos pela viabilidade de tal princípio nos injustos praticados contra a Administração Pública, abrangendo, inclusive, aqueles praticados por funcionários públicos. Exemplificando, no caso de um funcionário público que se apodera de duas resmas de papel da repartição pública onde trabalha – cujo valor é de aproximadamente R\$ 30,00 – deve ser aplicada a bagatela, tendo em vista a ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, dispensando-se a atuação do Direito Penal no caso, a fim de que não haja a tipificação pelo injusto de peculato. No presente caso, a esfera administrativa já se mostraria apta a resolver a questão, impondo-se a respectiva sanção e o correspondente dever de indenizar ao referido servidor.

Não se pode olvidar que a eficácia funcional do Estado depende precipuamente da honestidade e da eficiência com que os agentes públicos atuam no seu mister, já que, como *longa manus* daquele, suas atividades refletem positiva ou negativamente na coletividade, no que tange à formação moral e política dos cidadãos e no respeito que estes devem ter para com os entes públicos, essencial para a própria solidez do Estado Democrático de Direito, planejado pela Constituição da República Federativa do Brasil²³.

²²TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, p.121.

²³PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit, v.IV, p.441.

Frise-se. Não se está pretendendo desvalorar a moralidade administrativa, ao contrário, sabe-se que a conduta de um servidor probo é essencial para o atingimento do interesse público, mas sim que seja realizada uma ponderação de valores à luz do caso concreto, auxiliando-se também dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos²⁴

Diante de condutas evidentemente bagatelares, como a acima citada, afigura-se desproporcional condenar o funcionário pela prática do peculato, cuja pena varia entre dois e doze anos, nos termos o artigo 312, do Código Penal.

No presente caso, verifica-se que a referida condenação na esfera penal esbarra no segundo requisito do princípio da proporcionalidade, qual seja, a necessidade ou exigibilidade, na medida em que a incidência da esfera administrativa constitui meios menos gravosos para coibir a prática da conduta formalmente lesiva. Note-se que condutas eminentemente reiteradas não podem ser abrangidas pela bagatela.

4.1. Insignificância e Contrabando

O contrabando encontra-se inserido no Capítulo II, do Título XI, no rol dos injustos praticados por **particular** contra a Administração Pública, sendo tipificado no artigo 334, do Código Penal. Tal injusto caracteriza-se pela conduta de “*exportar ou importar mercadoria proibida por lei*”.

Com relação aos bens jurídicos tutelados, Luiz Regis Prado²⁵ nos ensina que: “*quanto ao crime de contrabando, embora também estejam presentes o prestígio da Administração Pública e a tutela do interesse econômico-estatal, assegura-se, ainda, a proteção à saúde, à segurança pública, à moralidade pública, no que se refere à proibição de importação de mercadorias proibidas e à tutela do produto nacional, que é beneficiado com a barreira alfandegária.*”

No caso de mercadorias de valor de pouca expressão econômica, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que tal injusto não se caracteriza, tendo em vista o *princípio da insignificância*, que afasta a tipicidade.

²⁴BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, pp.228/229.

²⁵PRADO, Luiz Regis, Ob. Cit., v. IV, p.709.

Confira-se ementa de acórdão proferido em sede de julgamento do Recurso Especial nº 234.623/PR Ministro Vicente Leal:

“PENAL. CONTRABANDO. INGRESSO IRREGULAR DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS DE PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

- O ingresso irregular de mercadorias estrangeiras em quantidade ínfima por pessoas excluídas do mercado de trabalho que se dedicam ao “comércio formiga” não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Recurso especial conhecido e desprovido. (Resp 234.623/PR, Rel. Ministro Vicente Leal, T6 – Sexta Turma, data do julgamento 14/03/2000, data da publicação 03/04/2000, p.173).”

4.2. Insignificância e Descaminho

O descaminho também encontra-se inserido no Capítulo II, do Título XI, no rol dos injustos praticados por **particular** contra a Administração Pública, sendo tipificado no artigo 334, do Código Penal. Tal injusto caracteriza-se pela conduta de “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria”.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ao passo que o sujeito passivo é o Estado.

Com relação ao apontado injusto, tem sido admitida a aplicação do princípio da insignificância. No que diz respeito ao valor estipulado como limite, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado algumas normas como parâmetros, tais como: i) a Lei nº 9469/97, que estabelece o valor mínimo para a propositura de execução fiscal (R\$ 1.000,00), ii) a Medida Provisória nº 1973/63, no qual se desconsidera, para o fim de inscrição de débitos em dívida ativa, valores até o limite de R\$ 2.500,00; (iii) a Lei nº 10.522/02, que estabelece, em seu artigo 20, o arquivamento, sem baixa na distribuição, de execuções fiscais, de débitos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 2.500,00 e (iv) a Portaria nº 4910/99 – Ministério da Previdência, no qual há a dispensa do ajuizamento de execução de débito cujo valor não ultrapasse R\$5.000,00.

Registre-se que a jurisprudência tem aplicado o valor de R\$ 2.500,00 como fator limite para a aplicação do princípio da insignificância. Confira-se trecho de decisão proferida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento do Habeas Corpus nº 34281/RS, relator Exmo. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, CAPUT, SEGUNDA FIGURA, DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU.

"I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$1.000,00, valor considerado pelos arts. 1.º da Lei n.º 9.469/97 e 20 da MP 1.542-28/97 como de desinteresse do erário em execução fiscal.

Precedentes.

II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes.

III – In casu, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R\$1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.

IV – Acórdão a quo que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal."

Habeas Corpus concedido.

(HC 34281/RS: HABEAS CORPUS 2004/0035344-8; Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca (1106), T5 – Quinta Turma, data do julgamento 08/06/2004, data da publicação 09/08/2004, p.281).

Ademais, vale citar trechos de demais decisões proferidas pelos egrégios Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal²⁶:

"CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não é ilegal a decisão que concede habeas corpus de ofício para trancar a ação penal em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil

²⁶<http://www.stj.gov.br> ; <http://www.stf.gov.br>

reais) – valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância.

Recurso conhecido e desprovido". (RESP 246602D PR, STJ, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, publicado no DJU de 29D 10D 2001, pág. 238). "PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR INFERIOR A R\$ 2.500,00. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES.

1. É entendimento pacificado nesta Corte de que se aplica ao crime de descaminho, quando o valor dos tributos devidos incidentes sobre o valor dos bens for inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), o princípio da insignificância, uma vez que o próprio Estado, na esfera cível, manifestou seu desinteresse pela cobrança, nos termos do art. 20, da Lei n.º 10.522D 02.

2. Agravo de instrumento desprovido".

(AG 487348, STJ, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, publicado no DJU de 28D 05D 2003).

"EMENTA: I. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE: incidência das Súmulas 282 e 356. II. Recurso extraordinário, requisitos específicos e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (v.g. RE 273.363, 1ª T., Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2000). III. Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância". Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). IV. Concessão de habeas corpus de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia. (AI 559904 QO / RS – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; data do julgamento: 07/06/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 26-08-2005)."

Verifica-se, portanto, que o princípio da insignificância no injusto de descaminho tem sido amplamente utilizado no sentido de afastar a tipicidade penal, diante da ausência de interesse do Estado no ajuizamento de execuções fiscais cujos débitos correspondam a determinados valores considerados bagatelares.

4.3. Insignificância e Peculato

O crime de peculato inicia o capítulo dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, podendo ser definido como “a apropriação, desvio ou subtração de coisa móvel pública ou particular, praticado pelo funcionário público, em razão de seu cargo ou valendo-se dessa qualidade.”²⁷”.

O peculato encontra-se tipificado nos artigos 312 e 313, do Código Penal, caracterizando-se por ser um injusto funcional, onde o sujeito ativo é o funcionário público, sendo admissível o concurso com o particular, ao passo que o sujeito passivo é o Estado, demais pessoas jurídicas mencionadas no artigo 327, 2º, do CP, bem como aquele que sofreu o prejuízo patrimonial (no caso do peculato mediante erro de outrem. Os bens jurídicos protegidos são o **patrimônio** e, primordialmente, a **moralidade administrativa**.

De acordo com Luiz Regis Prado²⁸, “*embora não se possa discrepar o entendimento que enaltece a relevância da tutela da probidade administrativa, dissente-se, no entanto, da tese que admite a prática do peculato sem a correspondente lesão patrimonial, já que o tipo de injusto a que se refere o artigo 312 requer necessariamente um dano patrimonial à Administração Pública, quer se trate de dano emergente, quer se trate de peculato sem a correspondente lesão patrimonial, já que o tipo de injusto a que se refere o artigo 312 requer necessariamente um dano patrimonial à Administração Pública, quer se trate de dano emergente, quer se trate de lucro cessante ou mesmo a obrigação de ressarcir o particular, no caso de malversação. (grifos nossos)*”.

No caso, conforme já anteriormente explicitado, diante da ínfima lesão à Administração Pública, infere-se a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade material, tendo em vista o fato de que as esferas administrativa e cível são suficientes para coibir a conduta apenas formalmente lesiva.

Registre-se que, recentemente, o egrégio Supremo Tribunal Federal, deferiu habeas corpus (nº 87478²⁹ – Relator: Ministro Eros Grau), impetrado em favor de militar, no qual se discutiu a possibilidade da aplicação do princípio da bagatela no caso da subtração de um fogão da Fazenda Nacional, tendo sido noticiado no informativo nº 438, *in verbis*:

²⁷PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit., p.436;

²⁸Ob. Cit., v.IV, p.443.

²⁹<http://www.stf.gov.br>

“Em conclusão de julgamento, a Turma, por maioria, deferiu habeas corpus impetrado em favor de militar denunciado pela suposta prática do crime de peculato (CPM, art. 303), consistente na subtração de fogão da Fazenda Nacional, não obstante tivesse recolhido ao erário o valor correspondente ao bem. No caso, o paciente, ao devolver o imóvel funcional que ocupava, retirara, com autorização verbal de determinado oficial, o fogão como ressarcimento de benfeitorias que fizera — v. Informativo 418. Reconheceu-se a incidência, na espécie, do princípio da insignificância e determinou-se o trancamento da ação penal. O Min. Sepúlveda Pertence, embora admitindo a imbricação da hipótese com o princípio da proibidade na Administração, asseverou que, sendo o Direito Penal a ultima ratio, a elisão da sanção penal não prejudicaria eventuais ações administrativas mais adequadas à questão. Vencido o Min. Carlos Britto, que indeferia o writ por considerar incabível a aplicação do citado princípio, tendo em conta não ser ínfimo o valor do bem e tratar-se de crime de peculato, o qual não tem natureza meramente patrimonial, uma vez que atinge, também, a administração militar. O Min. Eros Grau, relator, reformulou seu voto.”

Por outro lado, veja-se ementa de decisão proferida em sede de julgamento de Habeas Corpus, perante o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PECULATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

2. O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar de sua seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

3. Trata-se, na hipótese, de crime em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, tornando irrelevante considerar a apreensão de 70 bilhetes de metrô, com vista a desqualificar a conduta, pois o valor do resultado não se mostra desprezível, porquanto a norma busca

resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral da Administração.

4. Ordem denegada.

(HC 50863/PE, Min. Hélio Qualgria Barbosa, T6- Sexta Turma, data do julgamento 04/04/2006, data da publicação DJ 26/06/2006, p.216).”

Inobstante a existência de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, diante do Estado Democrático de Direito, a atuação do Direito Penal no caso concreto em que a lesão à Administração Pública for flagrantemente irrisória, encontra óbice nos princípios da intervenção mínima do Direito Penal, da lesividade, da fragmentariedade e da proporcionalidade, em razão da existência de outros meios eficazes para coibir a prática da conduta lesiva.

5. Conclusões

1. Ao longo do estudo, verificou-se que a análise da tipicidade em seu aspecto material é essencial para a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a incidência do Direito Penal nos casos onde a lesão ao bem jurídico mostra-se ínfima, bagatela, tendo sido utilizada não apenas pelos nossos Tribunais, como também pelos portugueses, italianos e argentinos.

2. Ademais, analisando-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos injustos praticados contra a Administração Pública, especialmente naqueles praticados por funcionário público, conclui-se pela sua aplicabilidade, na medida em que a esfera administrativa é suficiente para, à luz do caso concreto, e em consonância com os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade e da proporcionalidade, reprimir a conduta lesiva, aplicando-se a sanção disciplinar cabível, com o correspondente dever de indenizar.

Bibliografia

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, in Revista de Direito da Procuradoria Geral – Estado do Rio de Janeiro, volume 57, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume I*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Delito de bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato*, in Revista Diálogo Jurídico, volume I, nº 1, Bahia.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, Volumes I e IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O Princípio da Insignificância como Causa Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1996.