

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO**

ADRIANA DE OLIVEIRA IZÁ

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**RIBEIRÃO PRETO
2019**

ADRIANA DE OLIVEIRA IZÁ

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Universidade de
Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito
para obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de Concreção dos Direitos Coletivos e
Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel
Morgadinho dos Santos Coelho

**RIBEIRÃO PRETO
2019**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

Izá, Adriana de Oliveira, 1982-

I98p O princípio da insignificância e a improbidade administrativa/
Adriana de Oliveira Izá. - - Ribeirão Preto, 2019
166 f.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel M. dos Santos Coelho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2019.

1. Princípios. 2. Direitos fundamentais. 3. Improbidade
administrativa. I. Título.

CDD 340

ADRIANA DE OLIVEIRA IZÁ

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

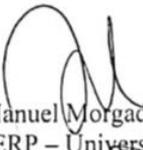
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 19 de novembro de 2019

Resultado: Aprovada

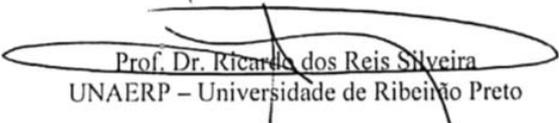
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Cezar Cardoso de Souza Neto
USP – Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2019

*Para meus pais, Luiz e Dirce, irmãos, Jaqueline e Douglas, e minhas quatro sobrinhas
Com amor e carinho*

AGRADECIMENTOS

Sonhar com um título de mestre e concretizar esse ideal foi sem dúvida a maior motivação e o grande desafio que fizeram parte da minha trajetória desde o início de 2017. Os estudos para o ingresso na academia, o primeiro artigo jurídico, foram fatos propulsores de uma nova realidade.

O trabalho como assessora jurídica na Câmara Municipal da minha querida Jacuí despertou um sentimento de busca por mais conhecimentos que reverteram não somente em benefício de vida, mas também corroboraram no desenvolvimento de toda a atividade legislativa de um pequeno município mineiro. Meu trabalho ganhou uma nova roupagem, passei a realizá-lo com mais segurança e com uma melhor técnica.

A dedicação ao trabalho e aos estudos contou com a colaboração de todos aqueles que fazem parte de minha rotina. Em especial minha mãe, que, com todos seus gestos de carinho e inteira dedicação, não deixou de estar todos os dias do meu lado, auxiliando-me em todas as tarefas do cotidiano.

Ao longo desse período, novos colegas tiveram suma importância. Caronas para viagem, auxílio na formatação dos trabalhos, dicas de como desenvolver as atividades e, enfim, o conforto e a satisfação de novas amizades.

Não bastasse prazerosa realidade, tive a honra de encontrar o professor Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, a quem escolhi como meu orientador. Devo todos os agradecimentos ao Dr. Nuno, pela orientação deste trabalho e pelo esclarecimento de minhas dúvidas profissionais sempre realizando com maestria e simplicidade.

Por fim e como sempre, agradeço e sou eternamente grata a Deus e à Nossa Senhora da Aparecida que, nos momentos mais tempestuosos, permitiram-me sentir proteção e auxílio espirituais.

[...] ai daqueles que, por uma dádiva, absolvem o culpado, e negam justiça àquele que tem o direito a seu lado! (Isaías, 5:23).

RESUMO

O objetivo desta dissertação é demonstrar a possibilidade de aplicação de todas as garantias processuais, oriundas do princípio do Devido Processo Legal Substancial, nos casos de atos de improbidade administrativa. No modelo constitucional brasileiro, o princípio do Devido Processo Legal é norma de direito fundamental e assegura a aplicação de todas as garantias processuais inerentes ao cidadão. O princípio da Insignificância é desdobramento do princípio do Devido Processo Legal, assim, norma de direito fundamental atribuída. Largamente utilizado no Direito Penal, o princípio da Insignificância é invocado no Direito Administrativo Sancionatório como medida constitucional de direito. A análise dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, em um sistema Democrático de Direito, apontam para possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa. Logo, com base na normativa principiológica, aplicando-se os métodos da dedução e indução, nota-se essa tendência jurisprudencial nos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Princípios. Insignificância. Direitos fundamentais. Improbidade administrativa. Devido processo legal.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to demonstrate the possibility of applying all procedural guarantees, arising from the principle of Substantial Due Legal Process, in cases of acts of administrative misconduct. According to Brazilian constitutional model, the principle of due process of law is a fundamental rule of law and ensures the application of all procedural guarantees. The Principle of Insignificance is an offshoot of the principle of Due Process of Law. Widely used in Criminal Law, the principle of insignificance is invoked both in Administrative Law and as a constitutional measure of law. The analysis of the legal values protected by the Law of Administrative Misconduct, in a Democratic State of law, points to the possibility of applying the principle of Insignificance. This tendency can be noticed in Brazilian superior Courts.

Keywords: Principles. Insignificance. Fundamental rights. Administrative improbity. Due process of law.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1 HISTÓRICO, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	15
1.1 ORIGEM DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	15
1.2 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	17
1.2.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito ...	20
1.2.2 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário	22
1.2.3 Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário	27
1.2.4 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública	28
2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	33
2.1 O QUE SÃO PRINCÍPIOS.....	33
2.2 O QUE SÃO E QUAL O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL E SUBSTANCIAL.....	40
2.4 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	46
3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	50
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO E CABIMENTO	50
3.2 TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO	56
3.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	57
3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	59
3.5 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO.....	61
3.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	64
3.7 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE	67
3.8 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	70
3.9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	73
4 NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	76
4.1 EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE OU DE TIPICIDADE.....	76
4.2 INSIGNIFICÂNCIA ABSOLUTA E RELATIVA.....	78
4.3 DELITO BAGATELAR PRÓPRIO E IMPRÓPRIO.....	80
5 INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	82
5.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: STJ E STF	82

5.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: STJ E STF	94
5.2.1 Precedentes da Súmula 599 do STJ	104
5.2.2 Críticas à Súmula 599 do STJ	109
6 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO	115
6.1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..	115
6.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTRANGIDOS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	117
6.3 DIREITOS, GARANTIAS E PRINCÍPIOS PROTEGIDOS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	120
6.4 A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI 13.655/2018	122
7 A CONCREÇÃO DA CIDADANIA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	125
7.1 OFENSA LESIVA AO BEM JURÍDICO TUTELADO	125
7.1.1 Quebra da Boa-Fé Objetiva do Agente Público	126
7.1.2 Juízo de Ponderação	129
7.2 RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	132
7.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: JURISPRUDÊNCIA STF E STJ	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS	150

INTRODUÇÃO

A presente dissertação resulta de pesquisa integrada à linha de pesquisa "Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos e Cidadania", contribuindo para a realização de seu objetivo o estudo sistemático dos mecanismos jurídicos existentes para a garantia de efetivação dos Direitos Coletivos e da Cidadania. Nesta linha são abordados os mecanismos processuais existentes no sistema jurídico nacional e as alternativas extraprocessuais para a composição dos litígios coletivos e as questões relativas à construção da cidadania, além de investigações relativas ao microsistema processual de tutela dos interesses plurindividuais, incluindo as novas formas de prestação jurisdicional, assim como os mecanismos alternativos de solução das demandas coletivas e relativas à cidadania. Este estudo é dirigido à investigação acerca dos limites constitucionais impostos à tutela processual da probidade na Administração, especialmente em face dos direitos individuais e do princípio formal-material do devido processo legal.

O projeto deste trabalho surgiu na análise de alguns julgados de 2015 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, aplicando o princípio da Insignificância na prestação de contas anuais de algumas prefeituras. Ao adentrar nessa pesquisa, depara-se com a situação transcrita nas linhas e parágrafos seguintes.

Extraído da expressão *mínima non curat praetor*, o princípio da Insignificância foi introduzido no Direito Penal em 1964, após a segunda grande guerra, pelo alemão Claus Roxin.

Em 1970, surge na Itália a Teoria do Garantismo Penal, capitaneada por Luigi Ferrajoli. Referida teoria sustenta que o cidadão tem o direito de ter todas as suas garantias constitucionais asseguradas e aplicadas em todos os campos processuais.

Nesse diapasão, em 1988, a Constituição Federal brasileira alberga a Teoria Garantista, acolhe o sistema Democrático de Direito, o princípio da Unidade Constitucional e faz menção expressa em seu artigo 5º, inciso LIV, ao princípio do Devido Processo Legal.

No Brasil, o princípio do Devido Processo Legal, conhecido pelas faces da formalidade e substancialidade, desenvolveu-se sob os aspectos dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade.

A primeira indagação feita com base no aspecto substancial do princípio do Devido Processo Legal seria: qual a possibilidade de condenar um cidadão que comete um ato ímprobo, no qual o valor patrimonial do bem jurídico lesado não supera a casa de R\$10,00 (dez reais)?

Em 1992, a Lei de Improbidade Administrativa foi introduzida no sistema legislativo brasileiro, inicialmente com 3 (três) artigos tipificadores dos atos de improbidade. Hoje, conta com 01 (um) desdobramento. Contendo cláusulas abertas, a principal finalidade da LIA era de combater a onda de corrupção e patrimonialismo que assolava o país, assim muito distante de se punir agentes públicos inábeis ou que cometessem ofensas pífias a bem jurídico público.

No ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os critérios para a aplicação do Princípio da Insignificância. Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 818/RS, firmou o precedente da inaplicabilidade da insignificância à improbidade administrativa, pois princípios como a moralidade pública não seriam protegidos com a calculadora na mão.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, mesma corte, divulga o informativo nº 624, admitindo a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância aos crimes contra a administração pública.

Neste sentido, as cortes máximas do país, ainda que por um tempo tiveram divergências de valores, aplicavam o princípio da Insignificância ao delito de descaminho, crime contra a administração pública. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal estendeu esse entendimento aos demais crimes contra a administração pública, aplicando a insignificância a essa categoria de delito.

Em 2015, aparecem julgados no STJ aplicando o princípio da Insignificância a, inclusive, atos de improbidade administrativa e, em 2016, a mesma corte reuniu 09 (nove) acórdãos admitindo a possibilidade de aplicação da insignificância ao agente ímprobo.

Contudo, em 2017, o STJ edita a súmula 599, segundo a qual “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”. Súmula vigente, criticada por muitos por vir em desencontro com os propósitos de um Estado de Direito. Em 2018, foi mitigada na mesma casa, quando se aplicou a insignificância ao crime de dano qualificado contra o patrimônio público.

Diante desse cenário de idas e vindas e contrassensos jurisprudenciais, exsurge a questão, aqui debruçada, será que uma lei infraconstitucional teria o condão de afastar todas as garantias processuais asseguradas ao agente público?

É plausível a tese do Superior Tribunal de Justiça, de não aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa e aos crimes contra a administração pública frente ao princípio do Devido Processo Legal, que garante a todos a possibilidade de reconhecimento e aplicação de todos os meios de defesa existentes na esfera do direito. A

coibição da improbidade administrativa tem fundamento constitucional no art. 37, § 4º da CF/88, e, especificamente na Lei 8.429/92.

O princípio da Moralidade administrativa é elemento vital na tutela da probidade administrativa, entretanto não é o único norteador da atividade administrativa. Tratar um princípio como algo supremo no ordenamento jurídico é negar que o sistema se compõe de vários elementos, em que todos devem ter sua eficácia respeitada.

O plano legislativo já reconheceu que normas e princípios possuem o mesmo valor e importância. Neste sentido, teria a Moralidade mais prestígio que o Devido Processo Legal, norma principiológica de direito fundamental, a ponto de não caber relativização?

O sistema sancionatório no Brasil é único, emana de um mesmo vértice legal. O Direito Penal é a consequência mais grave para punição de ilícitos, no qual é assegurado a todos os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

Assim, as normas válidas de um Devido Processo Legal, devidamente reconhecidas e aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal, seriam diferentes ao tratar de atos de improbidade administrativa? Os direitos e garantias fundamentais seriam aplicados distintamente aos agentes públicos? Estaria a cidadania para a aplicação da insignificância na Lei de Improbidade Administrativa, assim como a liberdade está para a aplicação do Direito Penal, à luz das normas constitucionais e do próprio Estado Democrático de Direito?

Esta dissertação reluta contra a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto a não aplicação do princípio da Insignificância para os casos de improbidade administrativa. Segundo a jurisprudência da referida corte, o princípio da Moralidade Pública não pode ser relativizado.

O princípio penal da Ofensividade ensina que a insignificância deve ser aplicada a aqueles fatos em que a conduta, à primeira vista, é ilícita, entretanto, ao analisar o caso, nada existe de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado, a ponto de justificar uma punição legal.

Dessa forma, com fulcro na unidade da constituição, a transposição de um princípio penal para o campo do direito administrativo é medida de extrema importância na comunidade jurídica, uma vez que, nos moldes de um Estado Democrático de Direito, os princípios que regulam o Direito Sancionatório devem ser aplicados a todos os ramos das ciências jurídicas.

Assim, o capítulo primeiro retrata o Histórico, Conceito e Aspectos Gerais da Lei de Improbidade Administrativa. Contém, também, um recorte entre cada espécie de ato de improbidade.

O capítulo segundo, intitulado de Princípios e Direitos Fundamentais na Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, aborda os temas sobre princípios, o que são e qual o alcance dos direitos fundamentais, princípio do devido processo legal formal e substancial, princípio do devido processo legal e o princípio da moralidade administrativa.

No terceiro capítulo, este trabalho apresenta o estudo sobre a Insignificância no Direito Penal. Seu contexto histórico e cabimento, sua análise a partir dos conceitos da teoria constitucionalista do delito e os princípios a ele relacionados.

Em sequência, o capítulo quarto trata sobre a Natureza Jurídica da Insignificância. Analisam-se as questões sobre excludentes de antijuridicidade ou tipicidade, sobre a insignificância absoluta e relativa, e sobre o delito bagatelar próprio e impróprio.

O quinto capítulo faz relato sobre a Insignificância na Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Destacam-se assuntos como o princípio da insignificância no direito penal e o princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública, com dois subitens analisando os precedentes da súmula 599 do STJ e as críticas que recebe.

Já o sexto capítulo discorre sobre o Princípio da Insignificância na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa à luz do Direito Brasileiro. Compõe-se de tópicos referentes à administração pública segundo a Constituição Federal; direitos fundamentais constrangidos pela Lei de Improbidade Administrativa; direitos, garantias e princípios protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa; e a interpretação dos atos de improbidade administrativa após a Lei 13.655/2018.

O sétimo e último capítulo relata a Concreção da Cidadania e a aplicação da Insignificância aos Atos de Improbidade Administrativa; ofensa lesiva ao bem jurídico tutelado; quebra da boa-fé objetiva do agente público; juízo de ponderação e ressignificação do princípio da insignificância no paradigma do Estado Democrático de Direito; o princípio da insignificância nos crimes de improbidade administrativa: jurisprudência STF e STJ são os subitens analisados por derradeiro.

Por fim, com elementos comprobatórios, doutrina e jurisprudência, apresenta-se a conclusão da dissertação aqui proposta, qual seja, a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa.

1 HISTÓRICO, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 ORIGEM DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A luta contra a corrupção sempre foi tema presente nas constituições brasileiras. Fenômeno existente desde os primórdios do sistema político, seu combate sempre foi objeto de estudo, como destacam Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho:

A corrupção de políticos e agentes públicos em geral não é um fenômeno próprio do nosso tempo, razão pela qual é objeto de preocupação da ciência política desde seus primórdios (ver: o tratado A Política (1944), de Aristóteles, escrito no século IV a.C., especialmente preocupado com a corrupção dos regimes políticos; Coelho e Mello, 2017). Mas sua disseminação contemporânea é especialmente favorecida pelo pensamento capitalista em sua versão liberal.¹

Assunto previsto desde o descobrimento do Brasil, passando por todas as nossas constituições, Sebastião Sérgio da Silveira ensina sobre a origem da improbidade administrativa:

Quando do descobrimento do Brasil, tinha vigência em Portugal, uma compilação de leis intitulada Ordenações Afonsinas, que em seu Livro V, tipificava diversas infrações penais relacionadas com lesões aos direitos da “Coroa”. Da mesma forma, no Livro I, título IX (VIII), atribuía ao Ministério Público de então (Procurador de Nossos Feitos) a defesa dos interesses “Reaes”.²

A Carta Constitucional de 1824 previu a chamada *actio popularis*, inspirando-se no sistema Romano. Tratava-se de uma declaração feita pelo pretor de como este atuaria na atividade administrativa, dentro da legalidade e da justiça. O artigo 157 inserido dentro do Título 6º tratava de Juízes e Tribunais de Justiça e previa ação semelhante contra os mesmos nos seguintes casos, *in verbis*:

¹ SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. A participação dos trabalhadores na construção dos programas de integridade corporativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 9(2) p. 176-182. 2017. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.92.08/6279>>. Acesso em: 26 ago. 2019. p. 179.

² SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Alguns aspectos processuais controvertidos da lei de improbidade administrativa. **Academia**. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309058/Alguns_aspectos_processuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa>. Acesso em: 30 jul. 2018.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Nessa mesma linha, os Ministros de Estado eram responsabilizados por atos descritos no artigo 133.

Contudo, o mesmo dispositivo de 1824 isentava o Imperador de qualquer responsabilidade, inclusive contra atos ímprobos, conforme se verifica no artigo 99 da Carta:

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Já na Constituição de 1891, assim como em todas as posteriores, a responsabilidade do presidente contra atos que atentassem contra a probidade administrativa passou a ser prevista.

Em 1941, o presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 3.240/41, que regulava o sequestro de bens de pessoa que causasse prejuízo à Fazenda Pública. O STJ ainda hoje considera em vigor o referido Decreto, no que tange a essa regulação.

A Constituição de 1946 foi a primeira a inaugurar a questão de improbidade administrativa, conforme seu artigo 141, § 31:

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de carácter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Devido a sua gravidade, a improbidade administrativa teve sua primeira regulação legislativa em nosso país com a Lei n. 3.164/1957, conhecida por Lei Pitombo-Godoy Ilha. No mesmo sentido do Decreto-Lei n.3.240/41, a legislação previa que o sequestro de bens ilícitos havido em razão da função pública se daria através de ação civil, sem prejuízo da ação penal.

Em 1958, foi editada a Lei 3.502/1958, chamada de Lei Bilac Pinto, que alterou substancialmente o regime da Lei n. 3.164/1957, ampliando a proteção à probidade administrativa. Nos moldes do artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei 3.502/1958, foi definida a abrangência da expressão servidor público. A referida legislação tratava com mais clareza e precisão o procedimento a ser adotado diante da constatação de situações proibidas.

Com o propósito de regulamentar o §38 do artigo 141 da Constituição de 1946, foi editada a Lei 4.717/65, conhecida como a Lei da Ação Popular. Isenta de custas e

sucumbência para o autor (exceto nos casos de má-fé) ela foi recepcionada pela Constituição de 1988 e continua em plena vigência, sendo um instrumento dos cidadãos contra o poder público no controle e combate dos atos contrários ao interesse público.

Atualmente, a moralidade administrativa possui previsão constitucional expressa no artigo 37, *caput*, da CF, e proteção específica na Lei 8.429/92. Segundo sua exposição de motivos, a Lei de Improbidade Administrativa foi elaborada para combater a onda de corrupção que assolava o país.

A irresponsabilidade dos governantes no trato com a coisa pública foi objeto combatido na proposta de campanha do então presidente da República Fernando Collor de Melo, e se consagrou nos seguintes termos da exposição de motivos:

A medida, a todos os títulos da maior relevância política e administrativa, insere-se no marco do processo de modernização do País, que Vossa Excelência vem perseguindo com obstinação e sem desfalecimentos, em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha que, por decisão majoritária do povo brasileiro, transformaram-se em plano de governo. Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.³

Embora tenha definido de forma aberta em seus artigos 9º, 10 e 11 os tipos de improbidade administrativa, a legislação não conceituou o que seria propriamente o ato de improbidade. Isso permite ao intérprete do texto uma ampla utilização da lei.

Houve grande ampliação das hipóteses de improbidade (que passam a compreender inclusive a ofensa a princípios da Administração) e das sanções imputadas.

Logo, muitas vezes a LIA é utilizada de maneira desproposita, inclusive em alguns casos como perseguição política. Movimenta-se desnecessariamente a máquina administrativa e judicial, gerando custo maior do que o eventual prejuízo a ser reparado, e danos aos réus muitas vezes desproporcionais à lesão que tenham causado à moralidade pública. Isto desafia a reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da Insignificância no processo de improbidade administrativa, tema a que nos dedicamos nesta dissertação.

1.2 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

³ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada**. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

Diante da amplitude de definição constitucional, conceituar improbidade administrativa não se tornou tarefa fácil no meio jurídico⁴.

A lei 8.429/1992, de forma exemplificativa, enumera atos de improbidade administrativa, descrevendo as seguintes ordens de sanção: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (at. 11). Em 2016, a lei complementar 157/2016 inseriu uma divisão no art. 10, criando-se o art. 10-A que prevê a sanção para ato de improbidade decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Em princípio, insta compreender que nem toda imoralidade é improbidade, mas que toda improbidade é uma imoralidade. Doutrinariamente, improbidade administrativa pode ser conceituada como:

A corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.⁵

A doutrina afirma que não há justificativa para classificar-se toda e qualquer irregularidade administrativa como ato de improbidade, pois “a interpretação da legislação de improbidade deve ser feita, à luz dos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, tanto na tipificação das condutas quanto na aplicação das sanções”.⁶

⁴ O desafio do combate à corrupção começa pela sua conceituação. Não há uma definição clara do que seja corrupção. Sua abrangência e significação variam de acordo com o país, sua cultura e o regime político adotado, ampliando ou restringindo o que se poderia denominar de prática corrupta. COELHO, Nuno; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. Foreign corrupt practices act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 46, p. 164-187, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004>>. Acesso em: 26 ago. 2019. p. 167.

⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Marcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 39-40.

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *op. cit.*, p. 269.

Thiago Sus Sobral de Almeida⁷ defende que apenas toda improbidade nos rigores de sua legislação por enquadramento típico na LIA é algo prejudicial à atividade administrativa:

A banalização do conceito de improbidade administrativa tem sido nociva tanto ao Estado, por lançar nuvens de incerteza e de suspeitas sobre os milhares de atos administrativos praticados diariamente, como à própria sociedade, que perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos em diferença às irregularidades disciplinares, que possuem tratamento específico.

José dos Santos Carvalho Filho entende “improbidade como lesão ao princípio da Moralidade”.⁸

Como sempre, o elemento difícil de identificar é a medida da improbidade que prejudique a moralidade, ou seja, qual improbidade realmente abala a moralidade a ponto de justificar de imediato a impossibilidade do reconhecimento do princípio da Insignificância.

Admitir o caráter aberto da LIA impõe a investigação sobre os limites à sua aplicação. E, ao mesmo tempo, entender que nem toda improbidade é uma afronta à moralidade, ou seja, que nem toda improbidade ofende o elemento protegido pela LIA. Mauro Roberto Gomes de Mattos⁹ entende:

Para inibir uma aplicação excessivamente discricionária da lei de improbidade administrativa é necessário levar em conta os pressupostos contidos no caput dos referidos dispositivos legais, por meio dos quais é possível identificar o que realmente deve ser considerado um ato de improbidade, sob pena de se atentar contra os direitos e garantias individuais dos cidadãos da República.

Assim, coerente com a proposta do constituinte originário, toda improbidade deve ser analisada nas circunstâncias do caso concreto, para efetivamente tutelar seu objeto essencial, sem desproporcionalidades. A LIA tem por objetivo, de uma forma geral, guardar a administração pública de atos de má-fé, de agentes desonestos que ajam cientes do ato corrompido e do sério prejuízo administrativo.

⁷ ALMEIDA, Thiago Sus Sobral de. Improbidade: 26 anos da lei 8.429/92. **Migalhas**. jul./2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283421,21048-Improbidade+26+anos+da+lei+842992>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁸ A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, *caput*) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. FILHO, José Dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1112.

⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: comentários à Lei n.º 8.429/1992. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27-31.

Logo, nesse sentido, improbidade administrativa, para ser sancionada nos moldes da LIA, deve ser aquela na qual exista a satisfação por meio da atividade administrativa de desejo pessoal do agente público, em que o ato pode se dar de forma continuada, esporádica ou casual. O elemento subjetivo pode ser ou não qualificado pela maquinação, mas sempre há a presença do egocentrismo, qual seja, num fim de esfera privada, particular do agente, caracterizado pelo patrimonialismo e culminando na quebra da boa-fé na relação entre o agente público e o administrado.

1.2.1 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Admitindo apenas a modalidade dolosa, o artigo 9º da LIA destaca, de forma exemplificativa, doze incisos que tipificam os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. *In verbis*:

Art. 9º 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. 1º 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. 1º por preço superior ao valor de mercado;

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

Para Calil Simão, “o enriquecimento ilícito é o aumento patrimonial obtido pelo agente público em ofensa a uma norma jurídica”.¹⁰

A análise do artigo em questão, no que diz respeito à tipicidade, deverá levar em consideração – tal como detalharemos mais tarde nesta Dissertação – aspectos relativos à seriedade da ofensa ao bem jurídico protegido, como requisito para a sua incidência, e/ou o afastamento de suas sanções em razão de eventual aplicação do princípio da Insignificância.

Uma análise literal do referido dispositivo permite concluir que um servidor público ou um agente eletivo que eventualmente fosse presenteado por agradecimento a um trabalho prestado a um administrado, teria cometido improbidade administrativa. Por óbvio que este presente seria algo de valor pertinente à realidade da sociedade brasileira bem como do administrado.

Nesse contexto, qual seria o valor social de se sancionar tal comportamento? Seria essa a proposta da LIA? Haveria nesse ato ofensa ao princípio da Moralidade?

Difícilmente o senso comum de justiça levaria a uma punição por esses simples motivos. Não cabe às leis regentes dos processos punitivos sobrepor-se às regras do Devido Processo Legal constitucional, sob pena de retrocesso ao Estado de Polícia. A garantia fundamental de um Devido Processo Legal – tanto Formal quanto Substancial - é limite do poder punitivo, consubstanciado na Carta Magna de 1988. Essa é questão importante sobre a qual refletiremos neste trabalho.

Nesse aspecto, a condenação de um agente público por ato de improbidade administrativa deve ocorrer dentro e diante da observação do sistema jurídico como um todo, preservando o equilíbrio constitucional nos vários ramos do direito.

Fábio Medina Osório explica:

Um estado laico, garantidor de direitos fundamentais, pode aplicar e de qualquer modo deve controlar, direta ou indiretamente, sanções que atingem a cidadania de pessoas que lesam toda a comunidade, retirando-as a vida cidadã, total ou

¹⁰ SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 3. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2017. p. 209.

parcialmente, afetando suas posições jurídicas de modo gravoso. Essa prerrogativa estatal, no tocante ao funcionamento e dinâmica das relações jurídico-administrativas, é disciplinada pelo direito Administrativo Sancionador.

O que se busca evitar que o Estado faça, por ações ou omissões, é o atingimento da dignidade da pessoa humana ou de outros direitos fundamentais através da pena, seja aplicando-a, seja permitindo que se aplique indevidamente alguma sanção incompatível com os limites constitucionais que condicionam o poder punitivo estatal. Há um núcleo intangível, de direitos fundamentais que não podem ser agredidos pelo Estado ou mesmo por particulares exercentes de funções punitivas de natureza pública. Esse núcleo está devidamente garantido pela Constituição Federal brasileira de 1988, na perspectiva do devido processo legal, o que pretendo resgatar nessa obra.¹¹

A avaliação de viabilidade para o processo por atos de improbidade administrativa deve se dar à luz do caso concreto. O conceito de improbidade deixa claro que o ato praticado pelo agente público deve ser grave, abalar as estruturas da administração. A existência da lesão ao bem jurídico tutelado é condição essencial para a aplicação de sanção.

O autor Rogério Greco traz os ensinamentos de Carlos Mañas:

Ao realizar o trabalho da 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 político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.¹²

Nesse sentido, com base também na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,¹³ a necessidade de aplicação de pena deve ser imposta quando estritamente necessária.

Assim, a aplicação do princípio da Insignificância nos casos de atos insignificantes é a lógica de todo o sistema jurídico.

1.2.2 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

O art. 10 da LIA tipifica os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, admitidas as formas culposa e dolosa.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 51.

¹² GRECO, Rogério *apud* MAÑAS, Carlos Vico, *op. cit.*, p. 56.

¹³ Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

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 de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los 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. 1º 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.

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 - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - 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.

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.

Segundo Calil Simão,

No art. 10 o legislador se preocupou em tipificar os atos de improbidade administrativa do agente público que levam à diminuição de patrimônio público. Na ótica do legislador, tais atos deveriam receber tratamento distinto daqueles que geram enriquecimento ilícito.¹⁴

A jurisprudência entende que é inadmissível a punição pela LIA sem que fique comprovado o elemento subjetivo do agente, ou seja, exige-se a presença de dolo nos casos do arts. 9º e 11 e a existência inclusive de culpa, nos termos do art. 10. Não há punição por responsabilidade objetiva. O dolo poderá ser verificado no resultado ou na conduta. Quando verificado resultado lesivo, automaticamente o ato será considerado doloso. Quando verificado na conduta, exigirá a comprovação da malícia, da maquinação e da maldade do agente.

Embora o artigo 10 da LIA tenha previsão da modalidade culposa na configuração do ato de improbidade, parte da doutrina entende de forma contrária, “não se pode responsabilizar um agente público com fundamento apenas na culpa simples, exigindo-se o dolo ou, ao menos, a culpa grave (ou quase dolosa) na conduta omissiva ou comissiva que suscite dano ao erário”.¹⁵

O STJ exige, nos casos do artigo 10 da LIA, a comprovação de pelo menos culpa grave.¹⁶

¹⁴ SIMÃO, Calil, *op. cit.*, p. 249.

¹⁵ COSTA, Renato Saeger Magalhães. A culpa como elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. **BDM – Boletim de Direito Municipal**, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 11, p. 854-864, nov. 2015.

¹⁶ AGRAVO REGIMENTAL NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATUAÇÃO DE CONSULTOR JURÍDICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE NOVO HAMBURGO/RS COMO ADVOGADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA VEREADORA DO MUNICÍPIO, POR SUPOSTA CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE CONDOTA ILÍCITA E DOLOSA. ATIPICIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

1. A improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

2. Dessa atuação malsã do agente, ademais, deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9o. da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

3. Observe-se, ainda, que a conduta do Agente, nos casos dos arts. 9o. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Precedentes: AIA

O elemento subjetivo do agente é condição essencial para punição por improbidade administrativa. O discurso midiático e o populismo penal sobre corrupção não podem afastar a essência e a complexidade da engrenagem constitucional, sob pena de desmoralizar a legitimidade do sistema normativo.

Não cabe condenação prévia nos Estados Democráticos de Direito por culpa simples nos casos de improbidade administrativa, sem analisar a verdadeira essência do ato.

Novamente, Fabio Medina Osório salienta:

A simplificação das realidades complexas, com o olhar em busca de eleitores ou de satisfação dos interesses corporativos, foi a tônica vigente desde a redemocratização do país, valorizando-se discursos fáceis, rápidos, de alto impacto, em detrimento das análises aprofundadas e complexas. Repare-se que os protagonistas da redemocratização, de 1985 em diante, navegaram na superficialidade da mídia, consagrada como o Tribunal mais eficaz da nação. A mídia há de ser permanentemente fortalecida como órgão democrático, mas suas limitações são notórias. O sistema punitivo se integra nesse contexto, porque dele não pode ser dissociado. A qualidade dos discursos punitivos é tão baixa quanto a qualidade dos discursos políticos ou corporativos, tão vazia quanto a qualidade dos discursos dos direitos humanos encampados de modo irresponsável por alguns organismos, como se fossem fórmulas mágicas, de pura retórica. Os discursos punitivos parecem acompanhar o ritmo da mídia. Nesse cenário, o princípio da irresponsabilidade pela não punição das transgressões culpáveis é uma regra geral, marcada por insignificativas exceções, algumas de enorme repercussão social.¹⁷

Por outro prisma, deve-se levar em conta a irresponsabilidade dos detentores da atividade legislativa que, por razões eleitoreiras, deixam de regulamentar campos importantes

30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 02.02.2010.

4. In casu, a condenação dos acusados, com fundamento no art. 11, caput da Lei 8.429/92, teve por base a contratação pela ré MARIA LORENA MAYER do corrêu ANTONIO AUGUSTO, consultor jurídico da Câmara Municipal de Novo Hamburgo/RS, para atuar como Advogado particular em Ação Civil Pública por improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público, imputando-lhe a conduta de acumular os cargos de vereadora e de Coordenadora de Unidade Básica de Saúde.

5. Inexiste, contudo, vedação expressa e inequívoca para a atuação do servidor (Consultor Jurídico da Câmara Municipal) como Advogado de defesa em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, uma vez que a Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) proíbe exercício da advocacia por servidores públicos contra a Fazenda Pública que o remunere, o que não é o caso dos autos.

6. O eventual exercício irregular da atividade de advocacia, se fosse o caso, deve ser apurado em procedimento administrativo da OAB e não em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

7. Não se vislumbra, outrossim, a presença do dolo ou má-fé, porquanto a mera atuação como advogado particular em Ação Civil Pública proposta pelo órgão Ministerial não comprova o intuito malsão dos agentes em violar os princípios da Administração Pública.

8. Agravos Regimentais desprovidos.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 83233 da 1ª Turma, Brasília, DF, 25 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NAPOLE%C3O+NUNES+MAIA+FILHO%22%29.MIN.&processo=83233&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, *op. cit.*, p. 54.

para o desenvolvimento da atividade judiciária, deixando vir à tona uma margem de subjetivismos muito extensa do órgão julgador. Nota-se que a crise de qualidade e de deficiência no sistema punitivo é consequência de vários fatores, inclusive da deficiência cultural.

A atividade legislativa atua num plano abstrato. É tarefa do Poder Judiciário zelar pela exata prescrição legal, aproximando-a das atividades do mundo real. Essa atividade deve considerar o princípio da Proporcionalidade, notadamente da defesa dos direitos fundamentais. Fábio Medina Osório comenta que:

O efetivo impacto da conduta formalmente típica no bem jurídico tutelado pela norma repressiva é pressuposto de adequação típica material. Trata-se de um processo que exige complexas valorações, notadamente do julgador, mas também da autoridade administrativa. Resulta inevitável semelhante fenômeno, visto que se insere no campo da atividade interpretativa dos operadores jurídicos e na textura necessariamente ambígua do direito. Todo tipo sancionador é formulado, no plano legislativo, *in abstracto*, sem levar em linha de conta fatores complexos e múltiplos que podem aparecer nos casos concretos. Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas, levando em conta padrões de conduta abstratos. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido.¹⁸

A denúncia do ato de improbidade administrativa sempre deve ser analisada junto à necessidade de processamento e proporcionalidade de sanção. Sobre a proporcionalidade, segundo Enrique Alonso Garcia:

O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem jurídico protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvar a segurança, a saúde, ou a moral públicas.¹⁹

A análise da proporcionalidade é instrumento essencial para o controle dos atos do Poder Público. No paradigma de valores civilizatórios, a proporcionalidade assume função de equilíbrio e é a medida para a proibição do excesso. Torna-se essencial na tutela dos direitos fundamentais em um Estado de Direito.

¹⁸ *Id.*, p. 214.

¹⁹ GARCIA, Enrique Alonso. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 248.

Nesse sentido, o Direito Administrativo Sancionador não é desprovido de garantias fundamentais. O princípio da Razoabilidade tem, no Devido Processo Legal, sua base de formação, conforme expõe Fábio Medina Osório:

Razoabilidade e devido processo legal andam juntos. São princípios complementares, indissociáveis. Melhor dizendo, impossível compreender o devido processo legal sem a razoabilidade, embora esta decorra daquele em seu desenvolvimento histórico. A razoabilidade é princípio que decorre da adoção do devido processo legal na ordem constitucional, eis que, com efeito, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF/88), motivo pelo qual haveria a possibilidade de se sustentar o caráter expresso do princípio da razoabilidade.²⁰

A crise enfrentada na gestão pública, a ausência de recursos, as lacunas e obrigações legais não podem ser aspectos ignorados pelos legitimados na LIA. Punir por culpa é algo que exige cautela e realmente merecimento, sob pena de atentar-se contra os princípios regentes do Estado Democrático.

Logo, a punição por improbidade de um agente público nos moldes do artigo 10 da LIA, diante da relevância do ato, deve analisar se realmente houve o prejuízo significativo ao erário e a lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja a moralidade administrativa.

1.2.3 Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Para além das hipóteses constantes dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei, encontram-se na própria lei, e em outras normas constitucionais e legais, hipóteses diversas de improbidade administrativa. Em dezembro de 2016, a Lei Complementar 157 alterou a Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS ou ISSQN), criando o artigo 10-A, o inciso IV do artigo 12 e o §13 do artigo 17 na LIA. Rafael Carvalho Rezende Oliveira²¹ destaca:

A configuração da improbidade prevista no art. 10-A da Lei 8.429/1992 depende da comprovação dos seguintes requisitos: a) concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da LC 116/2003; b) dolo do agente ou terceiro; c) nexo de causalidade entre a

²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, *op. cit.*, p. 190.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Breves considerações sobre novo ato de improbidade incluso na Lei 8.429/1992. **Consultor Jurídico**. fev./2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-19/breve-analise-ato-improbidade-incluso-lei-84291992>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

ação/omissão e a respectiva concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Nesse sentido, o artigo 10-A da LIA menciona os atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Diferentemente do artigo 10, o elemento subjetivo do novo ato de improbidade administrativa é o dolo, sendo assim necessária sua comprovação.

Anotam-se, ainda, outras hipóteses de atos que constituem improbidade administrativa, elencados fora da LIA.

O artigo 212, *caput*, da CF/88 determina aos entes federados o percentual mínimo de aplicação de receita em educação e saúde. A não obediência a esse artigo constitucional é infração aos artigos 10 ou 11, inciso XI, da LIA, sujeito às sanções ali previstas.

Em 2006, a Emenda Constitucional n.º 53 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, denominado FUNDEB. Inobservadas as regras dos percentuais previstos, ou utilizados de maneira diversa, o ato será considerado improbidade administrativa.

Os membros de conselhos na sociedade civil, criados por meio de políticas públicas, que possuem fundos especiais, estão sujeitos a atos de improbidade administrativa, pois os conselheiros efetivamente exercem função pública.

O procedimento licitatório que não observar seus princípios e finalidades configurará improbidade. Seus organizadores podem responder sob as modalidades de improbidade elencadas nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA.

O artigo 37, § 2º da CF/88, determina a punição de autoridade administrativa que contratar sem prévia aprovação em concurso público. Esse preceito constitucional é integrado à tipologia estatuída no artigo 11 da LIA.

Por fim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é previsto nos artigos 97, §10, inciso III, 101, § 3º e 104, inciso II, atos de improbidade relacionados ao não pagamento de precatórios.

1.2.4 Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

O artigo 11 da LIA destaca os 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.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Descreve Calil Simão:²²

Cumprido salientar que o caput do art. 11 constitui um núcleo geral dos atos de improbidade administrativa.

Segundo o legislador, são elementos gerais do tipo legal:

- Conduta comissiva ou omissiva;

- Lesão de princípios da administração pública;

- Violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade;

- Dolo.

Certamente, todo ato de improbidade administrativa viola algum princípio. O principal desses princípios seria a Moralidade.

O princípio da Moralidade é algo resistente às exigências do cotidiano ou frágil a ponto de se abalar por conta de uma simples conduta tipicamente ímproba, mas que não cause nenhum transtorno à atividade administrativa?

O STJ já se posicionou sobre a impossibilidade de penalização por responsabilidade objetiva.²³

²² SIMÃO, Calil, *op. cit.*, p. 302.

²³ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/90. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07 DO STJ.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. 2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente

Direitos e garantias fundamentais formam o cerne constitucional, são a essência de um Estado de Direito, assim como o princípio da Moralidade pública. A compatibilização entre eles deve ser a maior preocupação da dogmática jurídica e da jurisprudência. Nesse quadro é que se desenvolve a presente pesquisa, tentando contribuir para tal desiderato.

Para tanto, é essencial desenvolver com segurança o conteúdo jurídico do princípio da Moralidade administrativa, assim como o dos demais cuja infração pode levar à responsabilização por improbidade administrativa.

Ao tratar do princípio da Moralidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴ escreve que:

[...] quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos, quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiram a autoridade; o ato em si, o seu objetivo, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade [...]

público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliada poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. 3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. 4. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. Precedentes: REsp 654.721/MT, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009; Resp 717.375/PR, Segunda Turma, DJ 08/05/06; REsp 658.415/RS, Segunda Turma, DJ de 3.8.2006; REsp 604.151/RS, Primeira Turma, DJ de 08/06/2006. 5. In casu, a existência de referido elemento fora aferida pelo tribunal local, que concluiu por sua ausência e conseqüente descaracterização de ato de improbidade. Conseqüentemente, afastar tal premissa importa sindicância fática, vedada nesta E. Corte ante o óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**- REsp n.º 1.164.947 da 1ª Turma, Brasília, DF, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902186541&dt_publicacao=09/09/2010>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁴ DI PIETRO, Maria Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, p. 111 *apud* CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 96.

Com efeito, Juarez Freitas²⁵ vincula o conteúdo do princípio da Moralidade aos padrões éticos da sociedade e não apenas ao conjunto de regras extraídos do interior da Administração Pública:

No atinente ao princípio da moralidade, por mais que se possa assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com as imensas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advém, pretendeu conferir-lhe autonomia jurídica. Segundo princípio estão vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. Não se confunde, por certo, a moralidade com o moralismo, este último intolerante e não universalizável por definição.

De certo modo, tal princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O “outro”, aqui é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base de orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição, cumprindo vivificar, exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez. [...]

O princípio da moralidade no campo administrativo não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, prescreve exatamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer liames sociais aceitáveis (justificáveis axiologicamente). É certo que um controlador arguto, tendo em vista a mencionada submissão do administrador ao Direito, conseguiria alcançar resultado idêntico, por outras vias.

Dessa forma, ainda que o bem jurídico tutelado seja a moralidade pública, em casos de ofensa pífia a este bem, o princípio da Insignificância deve ser aplicado. Destaca Gustavo de Carvalho Guadanhin:

Não se pode olvidar, por seu turno, que, mesmo sendo a moralidade da Administração Pública um bem jurídico difuso e contemporaneamente alvo de intensas cobranças para seu fortalecimento e mudança da cultura popular pátria, não é esta uma barreira intransponível ao princípio. Ora, não podendo um bem jurídico, qualquer que seja, ser tutelado como um fim em si mesmo, mas em decorrência de sua relação com o ser humano, sua supraindividualidade, isoladamente valorada, por inverso, o tornaria mais apto do que outro individual à consideração de que teria sido exposto minimamente a perigo, visto que atingiria apenas indiretamente cada pessoa individualmente considerada.²⁶

²⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros: 2004. p. 53-56.

²⁶ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN v. digital 978-85-362-7593-2.

Mesmo diante da tutela do princípio da Moralidade pública, devem-se assegurar os direitos fundamentais materiais e processuais do cidadão, devendo sempre ser analisada a conduta que exteriorizou e o grau de exposição do bem jurídico, no caso concreto.

Não pode o Poder Público, desnecessariamente, restringir a esfera de direitos e garantias individuais do cidadão, pois somente o legislador pode prever ingerências na liberdade humana, e não o órgão julgador – e sempre nos limites explícitos e implícitos estabelecidos pela Constituição. Nesse sentido, Fabio Medina Osório descreve:

Cumprе ressaltar, de modo, que somente uma análise individualizada e concreta do caso *sub judice* ou na esfera administrativa pode permitir o reconhecimento do princípio da insignificância, dado que tal princípio depende de múltiplos fatores ligados à natureza do fato, condições pessoais do agente, antecedentes, particularidades próprias da singularidade do evento ilícito e, acrescento ainda, juízos de oportunidade e conveniência conectados à relação custo-benefício do processo punitivo, o que há de ser exposto de modo fundamentado e transparente.²⁷

Desse modo, no artigo 11 da LIA, a constatação do ato que configura improbidade administrativa deve – além de dolosa – ser grave e concreta e afligir seriamente os princípios norteadores da atividade administrativa. Isto se apura no âmbito da investigação sobre a tipicidade, a qual, como veremos, requer a seriedade da ofensa ao bem jurídico tutelado. Tal ofensa deve ser de tal monta a ponto de justificar os ônus causados pela existência do processo de improbidade, atraindo a reflexão sobre a aplicação do princípio da Insignificância.

²⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador, *op. cit.*, p. 212.

2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 O QUE SÃO PRINCÍPIOS

Tendo em vista a ausência de consenso doutrinário sobre a definição do que seja uma norma-princípio, faz-se necessário, neste primeiro momento, traçar um breve panorama sobre o tema. O mundo jurídico experiência grande debate quanto à diferença entre uma norma regra e uma norma princípio, ao peso e à função de cada espécie da norma dentro do sistema legal. Nesta primeira seção, interessa saber a importância, função e relevância dos princípios a se observar no ordenamento jurídico brasileiro, atuando como mecanismo de integração e interpretação do mesmo.

Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua princípio como:

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 harmonioso.²⁸

Karl Larenz²⁹ explana sobre o valor da integração dos princípios da seguinte maneira:

Os 'princípios jurídicos', não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia de Direito, que todavia não chegaram a compensar-se em regras juridicamente aplicáveis, mas que permitem apresentar 'fundamentos justificativos' delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas 'carecidas de concretização' a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos.

O professor Miguel Reale ensina que os princípios orientam todo o ordenamento jurídico, cabendo aos juristas adequar a relação social à juridicidade.³⁰

Em um primeiro momento, a palavra *princípio* remetia à ideia de origem, e incorporava seu significado original. Já em uma segunda fase, *princípio* passou a caracterizar fundamento, alicerce dentro de um regime jurídico e, num terceiro momento, passou a ser considerada espécie de norma jurídica, assim, diferente de regra jurídica. Atualmente,

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 316.

³⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 318.

compreende-se que a expressão princípio engloba os significados de sua segunda e terceira fase, mas não há no mundo acadêmico consenso doutrinário quanto ao significado e a relação existente entre regras e princípios. Alguns doutrinadores consideram existir uma diferença em relação à qualidade de norma, o que diferencia os princípios em razão de sua composição estrutural. Robert Alexy compartilha desse entendimento, entendendo que regras são mandamentos de definição e princípios mandamentos de otimização positivados e integrantes de um sistema normativo:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.³¹

Nesse sentido, para o jurista alemão, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras, o que possibilita sua coexistência em um mesmo fato, sendo que, no caso de colisão, aplica-se a ponderação.

A ponderação constitui um critério de equidade e de justiça. À luz do caso concreto, cada princípio, de forma equivalente e proporcional, cede espaço ao outro, produzindo assim uma norma de direito fundamental secundária.

Na mesma linha de entendimento quanto à estrutura da norma, Ronald Dworkin entende que os princípios dão coerência e justificação ao sistema, cabendo ao juiz realizar a interpretação em conformidade com a Constituição, enquanto as regras são aplicáveis tendo em vista a ideia do tudo ou nada.³²

Todavia, outros autores, como Luís Pietro e Paolo Comanducci, entendem haver uma diferença quantitativa entre a norma regra e a norma princípio, a depender do grau de interpretação dado ao enunciado normativo. O primeiro entende que a diferença está na função desempenhada,³³ enquanto para o segundo a distinção consiste em termos funcionais.³⁴

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

³² DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press. 1978. p. 22-24.

³³ PRIETO, Luis Sanchís. **Sobre princípios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Lima: Palestra; Bogotá: Temi, 2013. p. 148-149.

³⁴ COMANDUCCI, Paolo. **Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho**. Lima: Ara, 2010. p. 119-122.

Jurista pátrio, Humberto Ávila defende uma posição que diferencia princípios e regras, denominada Dissociação Heurística, que se baseia em hipóteses e não em critérios conclusivos.

Como já foi examinado, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não são incorporadas ao texto, nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete.³⁵

Canotilho³⁶ sintetiza as teorias sobre a distinção entre regras e princípios, destacando-se os seguintes:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza 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 (ex.: princípio do Estado de Direito).

Proximidade da ideia de 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 conteúdo meramente funcional.

Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Assim, não existe uma medida exata de diferenciação de norma jurídica que permita precisamente diferenciar o que se trata de uma norma-regra e uma norma-princípio, como tampouco há uma definição de qual seja a norma que possua maior valor ou relevância no mundo jurídico. Fato é que princípios, hoje, possuem um inegável carácter normativo, deixando de ser meros complementos de regras. Na lição de Jorge Miranda:³⁷

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos

³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 91.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 1086.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 198.

preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas – princípios e normas – disposições.

Ambas as espécies de normas podem ser aplicadas diante de conformidades e peculiaridades do caso concreto, sempre respeitando e prevalecendo as normas de direitos fundamentais.

Embora não presentes no texto constitucional, há normas que desempenham o papel de norma fundamental, porque o elemento substancial da norma princípio a torna integrante de todo o ordenamento. Bem explana Alexy sobre princípios como norma de caráter de direito fundamental:

Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. É possível perceber que os três critérios são levados em consideração quando se atenta ao papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais.³⁸

Normas integrantes e basilares do ordenamento jurídico, os princípios são fundamentais para o seu desenvolvimento lógico e coerente. Os princípios gerais do direito exercem extrema importância no direito público, mesmo que não codificados. Carlos Ari Sundfeld cita:

Ademais, o fato de não estar – e de não poder ser – integralmente codificado faz com que, no direito público, apresentem-se com muita frequência as lacunas de lei, sobretudo no atinente às garantias indispensáveis dos indivíduos frente ao exercício do poder político.

Em tais situações, os princípios gerais são indispensáveis para o suprimento das lacunas, é dizer, para a revelação das regras que foram otimizadas pelo legislador, mas cuja existência é necessária.³⁹

É crucial compreender que nem todos os princípios são explícitos no texto normativo, como exemplo, o princípio da Insignificância. O fato de ser implícito em nada prejudica a sua eficácia e a sua utilidade. Como desdobramento do Devido Processo Legal, o princípio da Insignificância ganha o caráter de norma de direito fundamental atribuída.

³⁸ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 74.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 147.

O conhecimento e habilidade de conduzir os princípios, ainda que não expressos dentro do sistema jurídico, é a tarefa do intérprete do direito. Os princípios implícitos, acobertados dentro de uma Constituição, são tão importantes quanto os explícitos.

Logo, princípio veicula-se à norma constitucional, a direito fundamental, aos princípios do Devido Processo Legal e do Estado Democrático de Direito, que permitem ao cidadão o direito de ver aplicadas em todas as espécies de instâncias processuais suas garantias constitucionais.

À luz dessas reflexões, gostaríamos de propor a recompreensão do princípio da Insignificância nos processos de aplicação das sanções por improbidade administrativa. Se – como veremos, e temos já insistido – o princípio da Insignificância comparece como dimensão importante do princípio constitucional do princípio do Devido Processo Legal, não será lícito concluir em tese, em abstrato, por seu afastamento e inaplicabilidade, tal como o fazem alguns doutrinadores e parte da jurisprudência. A questão será melhor examinada adiante.

Para já, pontuamos que a insignificância, revelada enquanto expressão do princípio constitucional do Devido Processo Legal, não pode ser afastada, *prima facie*, como devendo sempre sucumbir em um eventual conflito com outros princípios constitucionais, uma vez que o conflito entre princípios não pode ser resolvido em abstrato, de uma vez por todas, mas deve atentar à peculiaridade do caso. Isto é o que aprendemos com a teoria dos princípios.

Sob essa perspectiva, podemos afirmar que apenas no caso concreto será possível saber se é o caso de aplicá-lo, enquanto limite processual e material ao poder do Estado de impor à pessoa humana os ônus do processo e as sanções da improbidade administrativa.

2.2 O QUE SÃO E QUAL O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema dos direitos e garantias fundamentais sempre esteve presente nos textos constitucionais brasileiros, tanto nas Cartas Constitucionais, quanto nas Constituições. A Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, representou o grande marco das conquistas jurídicas, sociais e políticas do povo brasileiro. É a mais importante na proteção dos direitos da pessoa, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática. Perceber os princípios como espécie das normas jurídicas fundamentais avulta a importância dos mesmos dentro do ordenamento jurídico, já que o poder público deve atuar em conformidade com as regras e princípios que o regulam.

O plano, nesta seção, é uma análise sucinta sobre alguns aspectos dos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais implícitos no texto constitucional, pois, como princípio, a insignificância constitui direito fundamental implícito na Constituição. O objetivo é compreender que o princípio, como modalidade de direito fundamental devidamente constitucionalizado, deve ser observado em todos os ramos do direito.

Como verificado, o princípio da insignificância não é expresso na maioria dos textos constitucionais, mas, por força das relações de refinamento que se constituem entre o princípio da liberdade e o sentido material do princípio da legalidade penal, informado pelos princípios do Estado Democrático de Direito, de onde resulta o princípio da ofensividade, é deduzido dessas normas, à luz do princípio da igualdade, conservando-se, assim, a natureza de norma de direito fundamental atribuída.⁴⁰

Com base nesse panorama, poder-se-á deduzir que a aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa é desdobramento dos princípios do Estado Democrático de Direito e do Devido Processo Legal.

Sendo a Constituição o principal documento jurídico adotado nos Estados Democráticos de Direito, ela é a fonte da qual emana todo o sistema legal válido, na qual os direitos e garantias fundamentais representam o núcleo normativo. Suas normas de direitos fundamentais possuem caráter duplo, ora norma-regra, ora norma-princípio, a depender da interpretação conferida ao caso em análise. Cabe ao intérprete da Constituição operar levando em consideração o princípio da Unidade da Constitucional, através de um processo de cedência recíproca entre os princípios e normas constitucionais, buscando sempre atingir a promoção dos direitos e garantias fundamentais, superando a simples letra da lei.

Quanto ao uso dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, Paulo Bonavides esclarece a distinção:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas diferentemente? Temos visto neste tocante o uso promíscuo de tais denominações na linguagem jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.⁴¹

Nesse sentido, Ana Maria D'Ávila ensina que:

⁴⁰ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op. cit.*

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 574.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.⁴²

Fernanda Pereira Amaro destaca que os direitos humanos são imprescindíveis para limitação de atos de tirania e excesso de poder do Estado, como destaca:

Os Direitos Humanos servem como contentores do poder. Na história, o Poder do soberano, fundado em uma natureza deificante, por repetidas vezes ergueu-se sacrificando os valores inerentes à pessoa humana, e então a preocupação primeira ao se combater pelo reconhecimento dos direitos fundamentais foi o aspecto de resguardo, das liberdades individuais.⁴³

Para o jurista alemão, Konrad Hesse, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”.⁴⁴

As normas constitucionais fundamentais possuem um caráter incompleto e aberto, o que faz com que o conteúdo de suas normas evolua sem a necessidade de alteração do texto legal.

Por outro prisma, as normas constitucionais marcam-se por sua amplitude e indeterminação, mas possuem caráter vinculante, que não deve ficar aberto, como, por exemplo, os fundamentos da ordem da comunidade, a estrutura estatal, bem como o procedimento pelo qual serão decididas as questões deixadas em aberto.

Nos Estados Democráticos de Direito, o rol dos direitos e garantias fundamentais não é taxativo, possui uma dimensão inabordável e, no Estado de Direito, o sistema institucional determina que cada um seja submetido ao respeito do direito, do simples indivíduo até a potência pública. O Estado de Direito é, assim, ligado ao respeito da hierarquia das normas e dos direitos fundamentais.

Inclusive, as normas de direitos fundamentais não expressas no texto constitucional, ou seja, normas de direito fundamental extraconstitucionais são elevadas a caráter de norma fundamental.

⁴² LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 35.

⁴³ AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 50. p. 115-138, jan./2005. p. 115.

⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha** (Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 225.

Assim, as normas de direitos fundamentais não formalmente constitucionais devem ser identificadas por equiparação ao objeto e à importância da norma frente aos demais direitos fundamentais constitucionais.

Logo, o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição do Brasil é exemplificativo. O preceito jurídico em caráter de princípio, como norma de direito fundamental (como é o caso do princípio da Insignificância, implícito, mas presente na Constituição) proporciona pontos de partida autorizados ao raciocínio jurídico, de preferência a instituir dispositivos pormenorizados e precisos para qualquer situação de fato detalhada.

Desta forma, a norma constitucional, dentro de um Estado de Direito, permite a possibilidade de se estabelecer uma interpretação aberta levando-se em consideração uma premissa de caráter principiológico, para os direitos fundamentais sem assento constitucional.

A função limitadora e garantidora de princípios como direitos fundamentais exerce atividade no ordenamento jurídico como um todo. Certamente, a melhor interpretação e compreensão de tais direitos não permitiria aplicá-los e defini-los como fundamentais para um ramo do direito e para outro, não. Rafael Munhoz de Mello afirma que “tais princípios do regime jurídico punitivo decorrem da opção constitucional por um Estado de direito”, em razão do que “nem mesmo careceriam de previsão expressa no texto constitucional”.⁴⁵

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais constituem o núcleo constitucional no modelo de Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988. Há uma conjugação das faces subjetiva (que liga algo comum entre os indivíduos) e objetiva (parâmetro básico de concretização da ordem jurídica). Eles se revelam como imprescritíveis, de aplicabilidade imediata e ostentam imunidade em face do poder reformador constituinte derivado e do legislador infraconstitucional, porque possuem caráter pétreo. A interpretação dos mesmos é aberta e extensiva, não possuem taxatividade ou não limitação e possuem proteção integral.

Assim como a norma de direito fundamental atribuída, o princípio da Insignificância, dentro de um Estado Democrático de Direito, é norma que deve ser utilizada, e não simples retórica. Não pode encontrar obstáculos jurisprudenciais à sua aplicação, frente às características elencadas, bem como seu caráter duplo de norma (regra e princípio).

2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL E SUBSTANCIAL

⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

Como mencionado anteriormente, o critério da ponderação é o método a ser aplicado no caso de colisão de princípios, detalhado aqui em outro capítulo.

O princípio do Devido Processo Legal é norma de direito fundamental. O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a *Magna Charta* de João Sem-Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução devido processo legal.⁴⁶

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves,⁴⁷ o princípio do Devido Processo Legal é analisado em dois sentidos - substancial e formal:

No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público.

(...)

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos.

O sentido substancial do princípio do Devido Processo Legal, que aqui interessa, surgiu nos Estados Unidos da América. No Brasil, desenvolveu-se sob os parâmetros das regras da proporcionalidade e da razoabilidade.

André Ramos Tavares conceitua o Devido Processo Legal, no âmbito processual, como “a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes, e devido processo legal no âmbito material como a necessidade de respeito ao critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade”.⁴⁸

Fonte inesgotável de todos os demais princípios e norma fundamental que deve ter sua aplicação observada em todos os campos do direito, o princípio do Devido Processo Legal é o mais importante princípio de direito processual. Fredie Didier Jr⁴⁹ leciona:

⁴⁶ JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 114.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 741.

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. v. 1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010. p. 41.

A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. *Law*, porém, significa *Direito*, e não *lei* (“*statue law*”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não a Lei.

E continua o mesmo autor “desse enunciado normativo extrai-se o princípio do devido processo legal, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo etc.)”.

O reconhecimento de todos os desdobramentos do princípio do Devido Processo Legal trata-se de postulado constitucional, como proteção e como garantia dos direitos fundamentais, já que a Constituição do Brasil de 1988 adotou de forma expressa, em seu preâmbulo, a política do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, José Dos Santos Carvalho Filho⁵⁰ conceitua:

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) é daqueles mais relevantes quando se trata de examinar os efeitos da relação jurídica entre o Estado e os administrados. Trata-se de postulado inerente ao Estado de Direito, que, como sabemos, foi a situação política em que o Estado reconheceu que, se de um lado podia criar o direito, de outro tinha o dever de submeter-se a ele. A lei, portanto, é o limite de atuação de toda a sociedade e do próprio Estado.

Logo, o princípio do Devido Processo Legal é um instrumento de garantias fundamentais que deve ser utilizado de forma equilibrada e harmônica em uma relação processual. Carlos Ari Sunfeld⁵¹ destaca:

O devido processo é garantia dos particulares frente ao Estado.
Garantia ao mesmo tempo passiva, isto é, dirigida à pessoa enquanto sofre o poder estatal, e ativa, destinada a propiciar o acionamento da máquina estatal pelos membros da sociedade e a obtenção de decisões.

A adequada tutela judicial processual nos assegura que o desenvolvimento de qualquer espécie processual seja fundado no princípio do Devido Processo Legal, garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LIV. Na observação de Alexandre de Moraes, “o que se exige do Poder Público, portanto, é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras”.⁵²

⁵⁰ FILHO, José Dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1011.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari, *op. cit.*, p. 174.

⁵² MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 136.

Assim, para ser “devido” não é suficiente que o processo cumpra apenas as formalidades legais. A decisão processual deve ser justa, nos moldes da proporcionalidade e razoabilidade, respeitando a dimensão substancial do princípio do Devido Processo Legal.

A reflexão que se deve adentrar, tendo por pano de fundo essa garantia do devido processo legal substancial, é sobre o procedimento judicial utilizado na ação de improbidade administrativa. A lei de improbidade em seus §§ 7º e 8º do artigo 17 descreve:

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Nota-se, aqui, que ciente do rigorismo das sanções da LIA o próprio legislador conferiu ao indiciado a possibilidade de apresentar provas de sua defesa quanto à existência ou mesmo inexistência do ato imputado.

Contudo, o que ocorre diante das denúncias ofertadas nos casos de improbidade é que quase nunca juízes decidem de maneira procedente às manifestações apresentadas. Recebem a denúncia mesmo que diante de documentos e argumentos que comprovam a ausência de dolo e em outros casos a pequenez do ato. Deixam de analisar a questão da desnecessidade da movimentação da máquina do poder judiciário quanto a atos pífios, bem como no abalo da vida pessoal e profissional do agente público. Cidadãos honestos se veem denunciados e conseqüentemente desanimados e desmotivados em continuar trabalhando na construção de um bem comum.

Por tais razões é que se chama a atenção aos propósitos de um devido processo legal, que impõe não apenas a segurança de um formato e procedimento julgador competente, mas também reclama a uma decisão compatível à gravidade do ato.

Logo, esses propósitos são esculpidos em nossa Constituição de forma fundamentalista, não podendo ser afastados por simples razão.

O órgão julgador não pode abster-se em reconhecer as conseqüências do simples processamento da improbidade administrativa na vida de um sujeito público. Por isso, diante de uma resposta circunscrita, séria e objetiva ao ato imputado ao agente público, o órgão julgador deve entender que talvez possa existir mais prejuízos à sociedade em dar seguimento a uma denúncia pífia ou infundada do que rejeitá-la.

Cai o véu da aplicação do princípio *in dubio pro societate*, que inclusive é criticado no âmbito criminal. Segundo esse princípio, que não possui nenhum respaldo constitucional, a dúvida não favorece o réu, mas sim a sociedade. A ministra Maria Thereza de Assis Moura destaca que “a acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate*”.⁵³

Assim, o princípio utilizado como o principal argumento judicial para anular os efeitos das hipóteses elencadas nos parágrafos 7º e 8º do artigo 17 da LIA é flagrante inconstitucional.

Mas isso está correto? O princípio em comento é previsto em algum dispositivo legal? Ou melhor: trata-se mesmo de um “princípio”? A resposta – a menos que rasguemos a Constituição Federal e o Código de Processo Penal – é cristalinamente negativa.⁵⁴

Logo, o princípio do Devido Processo Legal prescreve que existe não somente o direito à notificação do denunciado, mas também o direito a uma decisão que, à luz das circunstâncias do caso concreto, a rejeite.

A possibilidade de defesa mediante a notificação prevista no dispositivo mencionado visa a resguardar o impacto do dano na imagem do denunciado. Impedir que a pessoa, por vezes justificada, passe a ser vista com olhos de corrupta e ter, conseqüentemente, afetadas suas atividades.

Ao mesmo tempo em que o princípio do Devido Processo Legal é medida que deve ser imposta para avaliar a racionalidade das leis e a razoabilidade dos atos do poder público, é, também, medida para dar eficácia à possibilidade de rejeição da denúncia. Leciona Carlos Roberto Siqueira Castro:⁵⁵

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase “substantiva” na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente “substantivo” no seio das instituições governativas.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus** – HC n.º 175.639/AC da 6ª Turma, Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21018125&num_registro=201001048838&data=20120411&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁵⁴ COSTA, Gustavo Roberto. In dubio pro societate é realmente um princípio? **Justificando**. nov. 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/11/26/in-dubio-pro-societate-e-realmente-um-principio/>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁵⁵ CASTRO, Carlos Alberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 45.

Nunca é bastante frisar que o princípio do Devido Processo Legal é a essência das Constituições nos países Democráticos de Direito. Trata-se de um direito fundamental inerente ao formato desses estados, que impõe limites a todos os atos governamentais. Existe, portanto, uma limitação entre o conteúdo dos direitos fundamentais e o contexto do modelo constitucional como um todo. Segundo Ruitemberg Nunes Pereira:⁵⁶

Um tema que bem demonstra a distinção entre limitação e delimitação de direitos fundamentais é o dos limites imanescentes. A doutrina fala em limites imanescentes como fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe, que podem ser formulados no texto constitucional ou nele se encontrarem implícitos.

Logo, uma legislação com tipos abertos que prescreve punição por ofensas a princípios administrativos, como a LIA, não deixa de ser uma afronta ao conteúdo constitucional dos limites dos direitos fundamentais, pois todo ato irregular pode ser enquadrado como ofensa a princípios.

A par de todos esses fatos, não pode o intérprete da lei eximir-se da responsabilidade de analisar o caso concreto e apenas atuar nos moldes formais da legislação. Cabe a ele realizar uma interpretação levando também em conta o caráter substancial dos limites dos direitos fundamentais, equalizando o bem promovido e o direito restringido. Novamente, Ruitemberg Nunes Pereira, utilizando das ideias de José Carlos Vieira de Andrade, destaca ao tratar sobre os limites imanescentes dos direitos fundamentais:

Para o autor, o conceito de limites imanescentes está muito mais ligado à idéia de interpretação (e, portanto, de *delimitação*) dos preceitos constitucionais que prevêm cada um dos direitos fundamentais. O que se pergunta – diz ANDRADE – é pelo domínio de proteção (a hipótese) da norma. Se um caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atinge intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe. E, então, o direito tem de respeitar os direitos dos outros, os princípios fundamentais ou as leis, porque não restringem o seu âmbito, tal como é constitucionalmente protegido.⁵⁷

Dentro dessa lógica de atuação devem ser processados os casos de improbidade administrativa, tendo por parâmetro o sistema por inteiro e não apenas o conteúdo aberto de uma lei.

⁵⁶ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 421.

⁵⁷ *Id.*, p. 421.

Pelos exageros e excessos previstos na LIA, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 10887/18, que prevê alterações no texto da 8.429/92. Nos últimos dez anos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, houve no País mais de 18,7 mil condenações por improbidade administrativa transitadas em julgado nos tribunais federais e estaduais.⁵⁸

O conteúdo do projeto pretende implantar na LIA que o ato de improbidade administrativa é somente aquele praticado com dolo, que o erro grosseiro e a interpretação razoável da lei ou contrato não são atos ímprobos. Cria-se também a possibilidade de ressarcimento ao erário e acordos judiciais.

Não por outras razões, o caráter aberto da 8.429/92 é algo que será analisado, segundo destacou o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia:⁵⁹

“É uma lei que tem uma estrutura de tipos muito aberta, que vem inviabilizando o próprio interesse de agentes públicos de assumir posições relevantes no nosso País”, afirmou.

Maia criticou especificamente o artigo 11 da norma. “Nele cabe tudo”, disse. O artigo determina que 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. O texto elenca ainda dez práticas em seus incisos.

Nota-se, portanto, que já existe um trabalho legislativo no propósito de preservar direitos e garantias fundamentais do agente público no decorrer de suas atividades. O PL 10887/18 busca implantar um equilíbrio entre a proposta constitucional e a proposta principal da LIA, qual seja, de punir verdadeiros agentes ímprobos.

2.4 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

No início do século XX, o juspublicista francês Maurice Hauriou traçou as primeiras linhas sobre o que seria a moralidade administrativa. Hely Lopes Meireles descreve que,

⁵⁸ MACHADO, Ralph. Proposta atualiza a Lei de Improbidade Administrativa. **Câmara Dos Deputados**. nov. 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/547581-PROPOSTA-ATUALIZA-A-LEI-DE-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA>>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁵⁹ MORAES, Georgia. Câmara instala comissão especial sobre improbidade administrativa. **Câmara Dos Deputados**. ago. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/577458-camara-instala-comissao-especial-sobre-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

segundo Hauriou, a moralidade administrativa seria “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”.⁶⁰

O segundo conceito de destaque veio de Henri Welter, que por sua vez defende a separação entre a moralidade e a legalidade.

(...) ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.⁶¹

Welter adverte que moralidade administrativa não deve ser confundida com a moralidade comum. Dessa forma, o conceito de moralidade administrativa veio desdobrando-se até os dias atuais, nas palavras de diversos administrativistas.

José dos Santos Carvalho Filho apresenta um conceito mais amplo e que se aproxima do presente trabalho, por tratar a honestidade como algo inerente às ações da administração pública. De acordo com esse conceito:

O princípio da moralidade exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. O da impessoalidade indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica. Sem dúvida, tais princípios guardam íntima relação entre si. No tema relativo aos princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio.⁶²

Como princípio a ser observado em todos os âmbitos do setor público, a moralidade administrativa deve nortear as atividades daqueles que possuem o múnus público. Nesse sentido, leciona Fernanda Marinela:

[...] exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna da Administração pública.⁶³

⁶⁰ HAURIU, Maurice *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 87.

⁶¹ WELTER, Henri. **Le controle jurisdictionnel de la moralité administrative**: étude de doctrine et de jurisprudence. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 77.

⁶² FILHO, José Dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 248.

⁶³ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 38.

Assim, é inconteste a importância do princípio da Moralidade administrativa na proteção da probidade administrativa; contudo, cabe ressaltar que a ordem pública é composta por demais princípios que devem ter o efeito de sua normatização observada, pois algo que compõe um sistema é perfeitamente passível de sofrer gradações.

A obediência aos valores substanciais da norma jurídica, na sanção aos atos de improbidade administrativa, sempre deve ser levada em consideração, sob pena de violação aos direitos fundamentais, como destaca Calil Simão:

No campo sancionatório dos atos de improbidade administrativa a dosimetria deve ser balizada pelos seguintes elementos: a) lesividade e a reprovabilidade da conduta do agente ímprobo; b) o elemento volitivo (ilícito praticado com dolo ou culpa); c) a consecução do interesse público; d) a finalidade da norma sancionadora. Desse modo, o critério de razoabilidade atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder do Estado.⁶⁴

Existe uma vertente judicial que entende que o princípio da Moralidade administrativa é absoluto, mas não existe nenhum dispositivo no texto constitucional que preveja a impossibilidade de relativização do referido princípio.

Todavia, o uso da proporcionalidade e da razoabilidade como elementos hermenêuticos concretizadores do *substantive due process of law* impedem que ocorra uma inversão de pesos e valores entre normas constitucionais, pois o princípio do Devido Processo Legal é norma de direito fundamental prevista no artigo 5º, inciso LIV da CF/88, ao passo que o princípio da Moralidade administrativa é também uma norma-princípio constitucional.

Assim, como princípio utilizado e aceito dentro do Direito Administrativo, Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo concluem sobre o princípio do Devido Processo Legal:

A sanção não deve ser retributiva; ela não serve para uma vingança, pois possui um caráter predominantemente preventivo. O que implica uma análise efetivamente do caráter subjetivo das condutas – e isso tem sido reconhecido com um conjunto maior ou menor de ressalvas. Finalmente, merece referência até mesmo aquele princípio que é claramente aceito no Direito Administrativo sem maiores discussões: o princípio do devido processo legal.

São todos princípios que se costumam ligar fortemente ao Direito Penal, no sentido de um Direito Criminal. Entretanto são normas que não se restringem ao Direito Penal. Trata-se de princípios constitucionais de um Direito sancionatório geral e que, portanto, devem se aplicar aos processos administrativos e também às ações de improbidade, porque essa é a perspectiva de um Estado de Direito; essa é a perspectiva de um Estado que reconhece direitos fundamentais que não podem sofrer uma interpretação restritiva. Dai a conclusão de que o princípio da tipicidade tem que ser aplicado ao Direito Administrativo, inclusive nos casos enquadráveis

⁶⁴ SIMÃO, Calil, *op. cit.*, p. 627.

como de improbidade, tendo esse princípio uma dupla função: uma de instituir previsibilidade das ações e outra de limitar a discricionariedade.⁶⁵

À luz da teoria dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais, não há de se falar, em tese, sobre princípios ou direitos prevalentes, pois apenas no caso concreto, e diante das especificidades que o singularizam, é que será possível, por meio da ponderação, resolver o modo como se dará a acomodação dos princípios em tela.

No entanto, por outro lado, é possível até mesmo distinguir o maior peso axiológico do princípio do devido processo legal (de que se espraia o princípio da Insignificância), relativamente ao princípio da moralidade, uma vez que, embora não exista hierarquia entre princípios, o princípio do Devido Processo Legal é norma e direito fundamental, o que deve assegurar que em todos os tipos de processo, ou seja, também nos casos de improbidade administrativa, sejam utilizadas todas as garantias constitucionais, inclusive o direito a uma decisão justa e proporcional.

⁶⁵ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, ano 3, n. 11, p. 127-150. jan./mar. 2003. p. 134.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO E CABIMENTO

Não existe consenso doutrinário sobre a origem do princípio da insignificância. Alguns a remetem ao brocardo romano “*minima non curat praetor*”: o pretor não cuida de coisas pequenas. José Henrique Guaracy Rebêlo explica:

A mencionada máxima jurídica, anônima, da Idade Média, eventualmente usada na forma *minimis non curat praetor*, significa que um magistrado (sentido de *praetor* em latim medieval) deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis.⁶⁶

Contudo, há pesquisas que negam a origem romana do referido brocardo. Gustavo de Carvalho Guadanhin, ao citar uma pesquisa realizada por Guzmán Dalbora, destaca:

Do mesmo modo, a expressão não é encontrada em importantes documentos jurídicos da Idade Média, os quais se remetiam diretamente à complicação de Justiniano, como é o caso das *Siete Partidas*, do Rei Afonso X de Castela; da *Brocarda*, de Azo; ou da *Glosa Magna*, de Accursio. Além disso, era conhecida a falta de sentido histórico na obra dos glosadores e dos comentadores, visto que eles procuraram adequar as normas romanas a uma realidade diferente da época de sua edição. Esse dado, considerado juntamente com os elementos autoritários típicos do pensamento medieval e escolástico, resultaria na conclusão de que também esses estudiosos dificilmente teriam elaborado um princípio que, a um só tempo, remetesse a uma figura (o pretor) que já havia desaparecido da administração da justiça, bem como fosse mais ligada ao espírito liberal do Direito Romano da época republicana.⁶⁷

E continua o mesmo autor:

Assim, a expressão “*minina non curat praetor*” certamente teria sido cunhada pelos humanistas da Idade Moderna. Isso porque os juristas do Renascimento não viam o *Corpus Iuris Civilis* com a reverência a ele prestada no período medieval, mas sim como um fragmento de uma cultura passada, a ser interpretada de forma histórica. Soma-se a isso o fato de que, ao buscarem a racionalização do objeto de conhecimento, os juristas renascentistas possuíam grande capacidade de abstração. Essa circunstância, adicionada ao liberal que os permeava, qualificava-os para a construção de um brocardo, como o analisado com bastante consciência.⁶⁸

⁶⁶ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 31.

⁶⁷ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op cit.*

⁶⁸ *Id.*, p. 17.

O fato é que o princípio da Insignificância, no final do século XIX, por volta de 1870, teve sua origem vinculada ao referido brocardo por Franz von Liszt,⁶⁹. Um dos primeiros doutrinadores a estudar a tipicidade, em sua obra denominada de “Tratado de Direito Penal”, Liszt ressuscitou o contexto do provérbio aludido, numa visão de preceito jurídico de procedimento criminal ou regra de direito material. Quando surge o causalismo, naturalismo ou corrente natural, Franz von Liszt e Ernest Beling foram os autores mais importantes da época.

A teoria causalista do delito foi elaborada em conjunto por Franz Von Liszt e Ernest Beling. Segundo o Causalismo, o crime deve ser entendido como uma lesão (ou perigo de lesão) de um bem jurídico provocada por uma conduta. A partir desse entendimento nota-se que este sistema constrói uma acepção formal e objetiva acerca do comportamento humano tido como delituoso, pois se preocupa principalmente com a constatação do nexo de causalidade do delito.⁷⁰

Nessa fase, o crime tinha duas partes e um total de três requisitos. Uma objetiva (integrada de dois requisitos, tipicidade e antijuridicidade) e outra subjetiva (composta da culpabilidade).

A tipicidade era mera descrição abstrata do crime, objetiva e neutra; a culpabilidade era o vínculo do agente com o fato, que seria o dolo ou a culpa. A culpabilidade, nessa época, era composta por dois requisitos, a imputabilidade e o dolo ou a culpa.

O princípio da Insignificância vem surgir ainda de forma embrionária no âmbito penal, com Hans Welzel, por volta de 1939 a 1960, que, com base nas ideias de Liszt, cria o princípio da Adequação Social (*sozialadäquanz*). Luiz Regis Prado assim o conceitua:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.⁷¹

Segundo Welzel, o crime possuía três requisitos, fato típico, antijurídico e culpável, a partir dele, a tipicidade passa a ser objetiva e subjetiva (a parte subjetiva seria o dolo e a culpa).

⁶⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Florida: Valletta Ediciones, 2001. p. 241.

⁷⁰ AUGUSTO, Tadeu. Teorias do delito. **Jusbrasil**. out. 2014. Disponível em: <<https://tadeu1008.jusbrasil.com.br/artigos/148440225/teorias-do-delito>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120º. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 142-143.

A culpabilidade passou a ter três requisitos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência de ilicitude. Assim, separou-se o dolo (que passou a pertencer ao tipo) da consciência de ilicitude (pertencente à culpabilidade).

Logo, pelo princípio da Adequação Social, uma conduta, ainda que subsumida num tipo penal, é materialmente atípica, por estar de acordo com a ordem social e se desenvolver dentro de marcos de liberdade da ação social.

Nesse contexto, embora possuam características semelhantes, o princípio da Adequação Social e o princípio da Insignificância não se confundem. Odone Sanguiné⁷² indica a seguinte distinção:

A adequação social pressupõe a aprovação de comportamento pela coletividade, enquanto 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.

Partindo dos estudos de Welzel, Carlos Vico Manãs traça o que seria o princípio da Insignificância nos dias atuais:⁷³

O fundamento da teoria, portanto, está na construção 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.

E continua o mesmo autor:

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 protegidos pelo direito penal.⁷⁴

⁷² SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, v. 3, n. 1, p. 36-50, jan./mar. 1990. p. 38.

⁷³ MAÑAS, Carlos Vico. **Tipicidade e princípio da insignificância**. 1993. 140 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993. p. 56.

⁷⁴ MAÑAS, Carlos Vico, *op. cit.*, p. 97.

Por sua vez, Welzel entenderia que o princípio da Adequação Social bastaria para excluir lesões insignificantes, como descreve Francisco de Assis Toledo:⁷⁵

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam a concepção material do tipo que estamos defendendo.

O grande marco doutrinário em relação à origem do princípio da Insignificância, decisivo à sua introdução no Direito Penal, deu-se em 1964, com Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. O jurista alemão introduziu, após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da Insignificância aos princípios adotados pela Constituição alemã.⁷⁶

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.⁷⁷

Dessa forma, firmou-se o conceito de “violência” quanto à insignificância, exigindo a agressão mínima e a necessária ofensa ao bem jurídico protegido, bem como a observação da norma constitucional para julgamento de atos de reprovabilidade social que efetivamente acarretassem danos significativos ao mundo real.

O princípio da Insignificância também recebeu a denominação de princípio da Bagatela, por outro jurista alemão, Klaus Tiedemann. Cezar Roberto Bitencourt leciona:

⁷⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/273831237/Francisco-de-Assis-Toledo-Principios-Basicos-de-Direito-Penal-5%C2%BA-Edicao-Ano-1994-1-pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 133.

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48.

Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.⁷⁸

A primeira decisão do STF com base no princípio da Insignificância ocorreu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, especificamente em 06/12/1988, sob a relatoria do ministro Aldir Passarinho, proferida no RHC 66.869/PR.⁷⁹ Gustavo de Carvalho Guadanhin⁸⁰ descreve sobre o tema:

Embora a primeira menção ao princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro remonte ao ano de 1976, em tradução da obra de Wessels realizada por Tavares, ele não foi um instituto desenvolvido pela doutrina para, em um momento seguinte, ser utilizado pela jurisprudência, dentro de uma base conceitual ou sistemática.

Pressionado pelo fenômeno da expansão do direito penal, provocando uma criminalidade de massa com delitos muitas vezes bagatelares, viu-se o Poder Judiciário compelido a utilizar-se desse instrumento político-criminal de direito material de forma pragmática para a seleção da continuidade da persecução penal de determinadas condutas formalmente delitivas.

Nesse sentido, é possível localizar seu uso jurisprudencial no início da década de 1980, ao passo que o primeiro escrito doutrinário de relevo foi publicado em 1982, por Toledo, seguido de importante artigo de Sanguiné, já em 1990, e por uma monografia, em 1994 de autoria de Vico-Mañas.

Logo, no Brasil, o princípio da Insignificância teve primeiramente um desenvolvimento jurisprudencial, para depois ter um desenvolvimento doutrinário. Gustavo de Carvalho Guadanhin conclui:

Portanto, se o princípio da insignificância, no Brasil, teve primeiro uma aceitação jurisprudencial para depois ter um desenvolvimento doutrinário, no atual estágio da ciência jurídica, deve aquela observar os preceitos desta, especialmente os ditames dogmáticos do sistema penal integral, a fim de superar a questão de que existiriam

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/34853/1917-TRATADO-DE-DIREITO-PENAL-VOL-1-PARTE-GERAL-BITENCOURT-24ED-2018.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 82.

⁷⁹ ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas corpus** – RHC n.º 66.869/PR da 2ª Turma, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14674119/recurso-em-habeas-corporus-rhc-66869-pr/inteiro-teor-103070400?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

⁸⁰ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op. cit.*

bens jurídicos que por sua importância abstrata, afastariam a incidência do instituto em questão para centrar as discussões na avaliação da efetiva exposição que o bem jurídico, de qualquer espécie que seja, venha a sofrer no caso concreto.⁸¹

O Supremo Tribunal Federal, observando o propósito da insignificância, estabeleceu em 2004, no HC 84412-0/SP, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, os critérios da aplicação do princípio da Insignificância, o que vem sendo utilizado pelas Cortes superiores:

EMENTA: 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) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos 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.⁸²

Assim, com base nesse julgado, o STF estabeleceu as 4 (quatro) condições para aplicação do princípio da Insignificância, são elas: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de responsabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Com base nesses elementos, o

⁸¹ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op. cit.*

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 84.412/SP da 2ª Turma, Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

princípio da Tipicidade pode ser aplicado no Direito Administrativo, especificamente aos atos de improbidade administrativa.

Portanto, nota-se que “a aplicação do princípio da Insignificância exige, primeiramente, a necessidade prévia de um tipo legal, a descrição de uma determinada forma de ofensa a um bem jurídico contemplada em uma lei penal”.⁸³

3.2 TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO

Partindo de uma síntese e sistematização da Teoria da Imputação Objetiva de Roxin⁸⁴ e da Teoria da Tipicidade Conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni,⁸⁵ em 2001, Luiz Flávio Gomes cria a Teoria Constitucionalista do Delito, nasce então o conceito de tipicidade material. Luiz Flávio Gomes⁸⁶ assim explica:

Depois da teoria constitucionalista do delito (por nós aqui defendida) o lado objetivo do fato típico continua com duas dimensões (formal + material ou normativa), porém, a segunda (material ou normativa) passou a exigir dois juízos valorativos distintos, que são: (a) juízo de valoração (de desaprovação) da conduta (desvalor da conduta) + (b) juízo de valoração (de desaprovação) do resultado jurídico (desvalor do resultado).

Aproveitamos os ensinamentos de Roxin e de Zaffaroni com suas teorias da imputação objetiva e da tipicidade conglobante e redimensionamos a teoria da tipicidade, enriquecendo (ainda mais) o seu aspecto material.

Praticamente nada do que constitui as teorias da imputação objetiva e da tipicidade conglobante foi desprezado. Tudo foi integrado à nova sistematização aqui desenvolvida (tipicidade objetiva = tipicidade formal + material; tipicidade material = (a) juízo de valoração da conduta + (b) juízo de valoração do resultado jurídico).

⁸³ GOMES, Luiz Flavio. Qual a diferença entre tipo legal e tipo penal?. **Jusbrasil**. ago./2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924493/qual-a-diferenca-entre-tipo-legal-e-tipo-penal>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁸⁴ Esta teoria determina que não há imputação objetiva quando o risco criado é permitido, devendo o agente responder penalmente apenas se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante. Brambilla. VILELA, Leandro. No que consiste a Teoria da imputação objetiva?. **Jusbrasil**. ago./2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1781169/no-que-consiste-a-teoria-da-imputacao-objetiva-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁸⁵ De acordo com a teoria acima aludida, o fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado. Assim, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico. O direito é um só e deve ser considerado como um todo, um bloco monolítico, não importando sua esfera (a ordem é conglobante). Seria contraditório autorizar a prática de uma conduta por considerá-la lícita e, ao mesmo tempo, descrevê-la em um tipo como crime. Gomes, Luiz Flavio. Teorias do Direito Penal - O que é a teoria da tipicidade conglobante?. **Jusbrasil**. out./2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1991460/teorias-do-direito-penal-o-que-e-a-teoria-da-tipicidade-conglobante>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. Aproveitamento das teorias de Roxin e de Zaffaroni. **Jusbrasil**. abr./2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921879/aproveitamento-das-teorias-de-roxin-e-de-zaffaroni>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Assim, o fato, para ser considerado crime, necessita de modo cumulativo de uma dimensão formal, material e dolo/culpa. A sanção ou ameaça de pena é o que se chama de punibilidade ou punibilidade em abstrato.

3.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nenhum poder do Estado pode ser exercido sem limites. Todo poder é limitado, assim como o Direito Penal. O *ius puniendi* do Estado é limitado pelos princípios constitucionais penais. O Direito Penal, considerado a *ultima ratio*, possui princípios relacionados à sua missão, os quais analisados sob o prisma do garantismo jurídico, permitem integral reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais no processo judicial.

Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito E Razão*, estuda sobre a Teoria do Garantismo Penal, e nela reconhece o sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito como único, ou seja, com fundamento legal em uma mesma Constituição, que permite efetuar a transposição de princípios penais para o direito administrativo. A teoria do jurista italiano descreve o cidadão como sujeito de direito e o garante a aplicação de todas as normas previstas na Constituição de um Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, o autor Douglas Fischer⁸⁷ ressalta as palavras de Paulo Rangel:

Como muito bem sintetizado por Paulo Rangel, a teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juízes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli), sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade que, hodiernamente, considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo).

Conhecida por Teoria Garantista, a teoria de Ferrajoli busca assegurar a efetividade da norma constitucional, ou seja, dos direitos fundamentais, dentro das práticas do mundo real. Nesse contexto, o autor ainda acrescenta:

Não por outro motivo que pensamos que o Tribunal Constitucional Alemão também (embora não só por isso) desenvolveu (e muito bem) a necessidade de obediência (integral) à proporcionalidade na criação e aplicação das regras, evitando-se excessos (*übermaßverbot*) e também deficiências (*untermaßverbot*) do Estado na

⁸⁷ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 03 fev. 2019.

proteção dos interesses individuais e coletivos. Ainda em sede exemplificativa, entendemos que a teoria da Constituição Dirigente de Canotilho restou diretamente influenciada pela realidade imposta pelo regime totalitário em Portugal, reclamando-se a defesa irrestrita dos postulados fundamentais de uma Constituição Democrática.⁸⁸

Assim, a proteção dos direitos fundamentais, dentro do sistema jurídico proposto por Ferrajoli e nos moldes da Constituição Brasileira de 1988, deve ser de forma sistêmica, contemplando direitos individuais e coletivos. Ainda Douglas Fischer:

Não temos dúvidas: a Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Os objetivos fundamentais consistem – dentre outros – na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I e III, CF/88).

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical) (1) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá se assentar sobre fórmulas rígidas e pela simples análise pura (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição). Há se buscar o conteúdo da norma, sua essência.⁸⁹

A base substancial da teoria de Ferrajoli é a proteção dos direitos e garantias fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito, atendo integralmente aos princípios da Equidade e da Proporcionalidade, em uma relação processual. Segundo Luciano Santos Lopes:

Todavia, não se trata de simplesmente oferecer justaposições da Constituição às outras normas positivadas. Trata-se de fazer com que a Carta Magna, legitimada por seus princípios, consiga exercer realmente a função sistematizadora e promotora de unidade em um sistema jurídico determinado. Requer-se, também, que a Constituição tenha força normativa. Sob pena de restar como referência meramente retórica. A importância da Hermenêutica constitucional faz-se visível neste plano de discussão.⁹⁰

Portanto, abre-se a possibilidade de interpretação da norma constitucional, à luz dos princípios basilares da Carta Magna de um Estado Democrático de Direito, com a devida proteção dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, com base nos conceitos que subsidiam a teoria geral do garantismo, o Estado deve evitar punições desnecessárias e ter por

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ LOPES, Luciano Santos *apud* SERRETTI, André Pedrolli. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. P. 114.

objetivo a realização da justiça livre de perseguições, vinganças e punições descabidas que se traduzam em arbítrio e em excesso de poder.

3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Previsto expressamente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e por isso um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios que sustentam a aplicação do princípio da Insignificância àqueles atos que expõem a perigo de lesão insignificante ou causem ínfima lesão ao bem jurídico tutelado. Por sua vez, Plácido e Silva,⁹¹ ao definir dignidade, 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.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um direito humano e como tal se desenvolveu, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, positivado nos países que adotaram como modelo o Estado Democrático e Social de Direito. Enquanto um atributo substancial à condição da natureza humana, Marcelo Novelino⁹² 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.

Para José Afonso da Silva, a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.⁹³ No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet define:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um

⁹¹ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense. 1967. p. 526.

⁹² NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 210.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹⁴

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana eleva o homem ao centro de todo ordenamento jurídico e passa a ser a fundamentação de todos os demais princípios que compõem o sistema. Por esta razão, toda norma que compõe o sistema deve ser interpretada no sentido de garantia ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a todo ser humano, postulado fundamental de todo Estado Democrático de Direito que deve consagrar e promover a realização de normas de carácter fundamental e impedir toda prática lesiva que seja obstáculo e impeça a concretude destas. Luiz Regis Prado destaca:

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.⁹⁵

O reconhecimento do homem como um fim em si mesmo e não somente como instrumento já era entendido por Immanuel Kant “existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.⁹⁶

Com base nesse entendimento apenas justifica-se a relativização do princípio da Dignidade da Pessoa, uma vez que nenhum direito é absoluto dentro de um sistema quando se atinge a esfera de outro direito. Nesse sentido, discorre Canotilho:⁹⁷

As teorias absolutas vêm no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias relativas vêm 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.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 63.

⁹⁵ PRADO, Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 68.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 459-460.

Exatamente aqui que quando necessário ao Estado a violação de direitos como a liberdade, relativizando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este deverá fazê-lo respeitando os limites constitucionais determinados pelos direitos fundamentais. Helena Regina Lobo da Costa destaca que “nem toda lesão a estes direitos resulta em violação ao princípio da dignidade, que é apenas caracterizado quando houver a violação do núcleo essencial de um desses direitos, somada à dominação ou subjugação da pessoa”.⁹⁸ Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet discorre:⁹⁹

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

Logo, toda pena deve ocorrer somente quando necessária, respeitando sempre a dignidade humana. No Brasil, penas indignas são proibidas pela Constituição. Mesmo devidamente condenado, em razão do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o cidadão não pode arcar com uma pena degradante em condições subumanas.

A ninguém pode ser imposta uma pena ofensiva à dignidade humana, esta deve ser apenas retributiva à ofensa. Essa imposição é prevista no artigo 5º, §§ 1 e 2¹⁰⁰ da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ao determinar que nenhuma pena pode ser cruel, desumana, degradante, etc.

Assim, em consonância com o expresso no artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser aplicada quando necessária à garantia da ordem, da segurança pública, quando houver interferência na esfera de direitos de outro cidadão, devendo sempre ser proporcional à ofensa, podendo o juiz dispensá-la, quando não for necessária.

3.5 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO

⁹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade da pessoa humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 57.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁰ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano

Convém abordar os princípios fundantes do Garantismo Jurídico, por ser uma teoria que justifica o reconhecimento do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa. Contudo, não serão aqui analisados todos esses princípios, mas, apenas os relacionados ao princípio da Insignificância. De forma sintética, Douglas Fischer descreve os princípios garantistas:

1) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o exposto reconhecimento de Ferrajoli da necessidade do Direito Penal, contrariamente a visões abolicionistas. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a negação do abolicionismo; 2) princípio da legalidade: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade: a responsabilidade criminal é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há se aplicar o aforisma *in dubio pro reu*; 7) princípio da jurisdicionalidade: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa unicamente que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do encargo da prova: ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do contraditório: sendo inadmissíveis procedimentos kafkianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas.¹⁰¹

Bem jurídico protegido pelo direito é aquele passível de tutela penal. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo¹⁰², encontra-se o seguinte conceito:

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 de século XIX); por fim, chegou-se à

¹⁰¹ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)?. **Metajus** Disponível em: <www.metajus.com.br/textos.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer.doc>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹⁰² TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.*, p. 16-17.

conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico.

Nesse contexto, não sendo relevante o bem jurídico protegido, não é necessária a utilização da mais drástica intervenção do Estado, como a que acontece através da aplicação do Direito Penal. O Direito Penal tem por finalidade tutelar bens jurídicos como a vida, a integridade física, o meio ambiente e punir condutas relevantes que afetam efetivamente o bem jurídico protegido.

Também denominado de princípio da Lesividade ou Ofensividade, nas palavras da teoria do mestre Italiano Luigi Ferrajoli observamos:¹⁰³

Em conclusão, o princípio de lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade. Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a "fraude de etiquetas", consistente em qualificar como "administrativas" sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.

Dessa forma, por esse princípio, não basta apenas a incidência formal no tipo, mas a ofensiva e concreta lesão ao mesmo. Ademais, por conta do princípio da Intervenção Mínima, apenas os bens jurídicos importantes devem ser objeto de proteção do Direito Penal.

Por outro ângulo, Ferrajoli leciona sobre as normas penais que não descrevem ofensa ao bem jurídico e salienta:

Entretanto, os sistemas e as normas "sem ofensa" prescindem da lesão de bens jurídicos concretos, ou reprimindo antecipadamente a simples e freqüente colocação abstrata em perigo, ou mesmo punindo puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela.¹⁰⁴

Nesses casos, a existência da norma deve estar condicionada à real exposição em perigo do bem jurídico. Francesco Palazzo¹⁰⁵ ensina sobre a necessidade da real e expressiva ofensa ao bem jurídico:

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 383-384.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 80.

¹⁰⁵ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989. p. 80.

A afirmação do princípio de lesividade como indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste de balizas de um direito penal da ofensa, é comum a todos os ordenamentos examinados. Deve-se, todavia, observar que o princípio se fez objeto de maior atenção e particular sistematização científica por parte da doutrina italiana, que bem lhe precisou a autonomia conceitual e o específico significado político-constitucional por intermédio de uma acurada reconstrução das referências normativo-constitucionais que o fundamentam.

Nem sempre a conduta formalmente típica à desobediência ou mera transgressão à norma jurídica constitui um delito. Deve acontecer a ofensa ao bem jurídico, ao bem existencial protegido pelo direito, cujo substrato empírico é o interesse humano sobre tal bem.

Assim, a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois não há crime sem bem jurídico. Nenhuma criminalização é legítima se não visa a evitar a lesão ou o perigo de lesão ao bem juridicamente determinável. A missão mais importante do Direito Penal é cuidar do bem jurídico importante para o convívio pacífico entre os homens na sociedade. No caso de crime de improbidade administrativa, o bem jurídico protegido é a probidade administrativa.

Ora, esse princípio que impede ao Estado de valer-se do Direito Penal para a proteção de bens ilegítimos deve ser utilizado nos demais âmbitos do Direito, impedindo eventuais punições desnecessárias.

3.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da Intervenção Mínima não está previsto expressamente na Constituição, mas é das suas regras e princípios (dignidade humana, Estado Democrático de Direito) que extraímos a vertente político-criminal da intervenção mínima. Nos países que adotam o sistema Democrático de Direito, as Constituições se enquadram no modelo garantista. O arbítrio estatal e o excesso de poder encontram limites nas garantias dos cidadãos. Nos regimes absolutistas, totalitários ou autoritários (assim como nas ditaduras), o Direito Penal aparece em primeiro plano, porque o controle social é feito para gerar terror. Ademais, nesses Estados, há ausência de limites à intervenção punitiva. Luigi Ferrajoli conceitua esse sistema penal (adotado em Estados de Direito e Estados Totalitários) em Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo, e explana:

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e

das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Assim veremos, na quarta parte, como, em contraste com os princípios garantistas do modelo *SG* estipulados de maneira mais ou menos rigorosa em nossa Constituição, nossas leis ordinárias, e ainda mais nossas práticas judiciais e policiais, admitem de fato figuras de responsabilidade penal sem uma ou sem várias das garantias citadas. Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos.¹⁰⁶

No contexto de Estados Totalitários, Eugenio Raul Zaffaroni afirma que:

O estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas penitenciárias. Por isso, a política criminal e, muito especialmente, a engenharia institucional penal, são saberes fundamentais para a sua defesa e fortalecimento. Em suma, a política criminal é resultante da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política com a engenharia institucional.¹⁰⁷

Nessa perspectiva de limite do poder estatal estabelecido pelo elemento substancial das Constituições, o sistema garantista nos Estados Democráticos de Direito deve produzir seus efeitos por todo ordenamento, sob pena do texto constitucional ser considerado mera retórica jurídica.

Na estimativa de que o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário e apenas quando houver ataques importantes ao bem jurídico protegido relevante, Muñoz Conde¹⁰⁸ conceitua o princípio da Intervenção Mínima:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 83-84.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume, teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 275.

¹⁰⁸ MUÑOZ, Francisco Conde. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. p. 59-60.

De acordo com a concepção minimalista, o Direito Penal é instrumento de *ultima ratio*, o uso incontido ou desmedido do Direito Penal leva inexoravelmente ao estado policialesco. Cezar Bitencourt¹⁰⁹ assevera “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”. O Direito Penal, em suma, quando se transforma em instrumento de *prima ratio* perde seu caráter essencial de subsidiariedade. Leonardo Aguiar conceitua:

Por ser um violento meio de controle social, o uso do Direito Penal deve ser reservado apenas para as situações onde ele seja imprescindível. Vale dizer: sempre que puder ser evitado seu uso, deve-se então prescindir do Direito Penal. Deste modo, se reconhece que apenas uma parcela dos interesses sociais vai ser merecedora da tutela penal. O princípio da intervenção mínima relaciona-se, assim, com a idéia de dignidade penal do bem jurídico. Portanto, o Direito Penal só deve ser utilizado quando exatamente necessário, devendo ser subsidiário e fragmentário.¹¹⁰

Nesse sentido, relata Yuri Carneiro Coelho sobre o princípio da Intervenção Mínima:

Decorre do pensamento de uma corrente do Direito Penal adepta do ‘Direito Penal Mínimo’, que se contrapõe ao denominado movimento ‘lei e ordem’, defensor de um processo de expansão do Direito Penal como forma de coerção e de correção de condutas por eles consideradas lesivas ao convívio social (...).¹¹¹

O princípio da Intervenção Mínima, também conhecido de *ultima ratio*, ou pelo brocardo em latim “*Nulla Lex poenalis sine necessitate*”, é explicado por Bruno Pinheiro¹¹² como “princípio da necessidade ou da economia em direito penal”. Possui dois aspectos relevantes, a subsidiariedade condicionada à utilização do Direito Penal frente ao fracasso das demais esferas de controle (*ultima ratio*), e a fragmentariedade que determina apenas os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado.

O princípio da Intervenção Mínima, que possui por características a subsidiariedade e a fragmentariedade, princípios que serão analisados posteriormente, fornece critérios básicos

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei nº. 9.714/1998. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35.

¹¹⁰ AGUIAR, Leonardo. Princípio da intervenção mínima *ultima ratio*. **Jusbrasil**. maio/2016. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹¹¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução do direito penal**: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 103-104.

¹¹² PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 8.

e de observância obrigatória para o legislador e aplicador da lei penal. Segundo Guilherme Merolli,¹¹³ a “contenção do possível arbítrio legislativo a identificação de alguns critérios que nos informem acerca da idoneidade da tutela penal”. Ou seja, o conceito esboçado alhures sobre a Intervenção Mínima está intimamente relacionado à própria dogmática penal.

Em suma, a *ultima ratio* do Estado deve tutelar um bem jurídico, a fim de proteger direitos fundamentais. Para Ferrajoli, o Direito Penal deve proteger bens fundamentais e destaca:

Um programa de direito penal mínimo deve apontar a uma massiva deflação dos “bens” penais e das proibições legais, como condição da sua legitimidade política e jurídica. É possível, também, que nesta reelaboração fique evidenciada a oportunidade, em função da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de condutas hoje não adequadamente proibidas nem castigadas: por exemplo, a introdução de um delito específico de tortura (exigência expressa do art. 13, par. 4.º, da Constituição) diante da tendência jurisprudencial de ludibriar sua punição ou a criação de novos delitos ambientais. Entretanto, nosso princípio de lesividade, tal como resulta dos critérios já comentados, atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas. Agora irei me referir, em particular, a três classes de delitos a respeito dos quais se realiza esta função restritiva e minimizadora.¹¹⁴

Indubitavelmente, o Estado deve punir pelo Direito Penal apenas as graves ofensas a bens jurídicos importantes, mas quando não estiverem tutelados por outros ramos menos invasivos aos direitos dos cidadãos. Aos ataques ínfimos, irrisórios, deve ser aplicado o princípio da Insignificância. O princípio da Insignificância tem como fundamento a fragmentariedade do Direito Penal, o que não é exatamente a mesma coisa que intervenção mínima, senão uma manifestação dela.

3.7 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Pelo princípio da Subsidiariedade, compreende-se que, apenas quando o Estado não dispuser de outro meio jurisdicional para a tutela eficaz do bem jurídico é que deve ser acionado o Direito Penal, ou seja, o Direito Penal deve ser utilizado apenas em último caso. Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazari Prestes¹¹⁵ leciona:

¹¹³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 320.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 381-382.

¹¹⁵ 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.

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 essencialidade social do interesse ameaçado ou lesado, maior deve ser a resposta penal, através de maior reação sancionadora. As normas penais não tem 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.

Pelo prisma da subsidiariedade do Direito Penal, este ramo do direito deve ser utilizado pelo Estado apenas quando o mesmo não dispuser de outro ramo do direito menos rigoroso, mas com igual ou maior eficácia para garantir a ordem jurídica. O princípio da Subsidiariedade é também conhecido por princípio da Intervenção Mínima e possui os preceitos da doutrina garantista:

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.¹¹⁶

Com base no garantismo jurídico, nos Estados de Direito as garantias fundamentais devem ser estendidas e aplicadas a todos os ramos jurídicos. Assim, Ferrajoli prepondera:

Da palavra “garantismo” é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si, que correspondem a outros tantos temas tratados nas três primeiras partes deste livro, mas que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.¹¹⁷

Destarte, nos Estados Democráticos de Direito, onde as garantias fundamentais possuem guarida constitucional, o garantismo jurídico, nesta mesma linha, busca também a proteção e concreção desses direitos. Por isso, por este princípio é possível a aplicação de sanção prevista por outro campo do Direito, que não seja o Direito Penal, quando o mesmo bem for tutelado por diferentes esferas do Direito, sendo assim uma faculdade a escolha da *ultima ratio*.

Nas palavras de Reinhart Maurach,¹¹⁸ a natureza subsidiária do Direito Penal é “uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador”. Paulo Queiroz,¹¹⁹ por sua vez, escreve que

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁷ *Id.*, p. 684.

¹¹⁸ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 34.

“a natureza subsidiária – e não principal – do direito penal diante de outras formas de controle decorre, em primeiro lugar, da circunstância de o direito penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos”.

Ainda neste sentido, conforme Paulo Queiroz:

Assim, já não se justifica, nos dias atuais, a punição do adultério (que inclusive já foi revogado) ou da bigamia, por exemplo, visto ser suficiente a disciplina do direito civil para resguardar a fidelidade conjugal e a preservação da instituição do casamento: separação, divórcio, anulação.¹²⁰

Nesse contexto, o Direito Penal deve ser utilizado para resolver um conflito apenas se nenhum outro meio civil ou administrativo não for capaz de resolvê-lo.

Outro aspecto da subsidiariedade no campo penal diz respeito ao possível conflito de normas penais tutelando o mesmo bem jurídico. Isso ocorre quando a conduta incriminadora do agente perpassa por delitos menores. Nesses casos, a norma mais ampla, mais gravosa, engloba a norma que prescreve o delito menor, uma vez que este é considerado parte da execução do crime maior. Assim, a subsidiariedade pode ser expressa, ou seja, quando a própria norma reconhece expressamente seu caráter subsidiário, admitindo incidir somente se não ficar caracterizado fato de maior gravidade; ou tácita (implícita), quando a norma nada disser, mas, diante do caso concreto, verifica-se sua subsidiariedade. Por fim, deve-se ressaltar a verdadeira missão do Direito Penal, bem como explana Francisco Toledo:

A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, alias, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Nada além disso. Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada a sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial.¹²¹

Nota-se a importância do princípio da Subsidiariedade ao determinar que ações que causem danos desprezíveis ao bem jurídico tutelado devem, desde logo, por uma concepção material do tipo, não serem enquadradas no tipo legal.

¹¹⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 29.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.*, p. 13-14.

3.8 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

A fragmentariedade determina que o Direito Penal não deve ser aplicado somente mediante ao fracasso das demais esferas do direito, nos casos de comportamento contrário ou desconforme à norma, mas que o Direito Penal deva ser aplicado aos comportamentos contrários à norma que lesionem gravemente o bem jurídico ou o exponham a perigo de uma relevante lesão. Novamente Francisco de Assis Toledo¹²² expõe que:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não se deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa.

Por outro ângulo, se uma conduta praticada enquadra-se formal e materialmente no tipo descrito, mas que não lesione significativamente o bem jurídico essencial, destaca Ferrajoli que:

(...) os delitos de bagatela, que não justificam a existência nem do processo penal nem da pena: em particular, haveria possibilidade de se descriminalizar, em nome da máxima economia das proibições penais, toda a categoria das contravenções, e, junto com ela, a dos delitos puníveis exclusivamente com pena pecuniária, ou, alternativamente, com outra privativa de liberdade.¹²³

Nesse sentido, Rogério Greco escreve:

Ao realizar o trabalho da 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 político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.¹²⁴

Cleber Maçon, em citação à lição de Paulo de Queiroz, anota:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal.

¹²² *Id.*, p. 133.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 382.

¹²⁴ GRECO, Rogério *apud* MAÑAS, Carlos Vico. **Curso de direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 72-73.

Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos.¹²⁵

Logo, nem todos os ilícitos configuram lesão aos valores fundamentais e provocam abalo à ordem social. A fragmentariedade decorre da perspectiva constitucional de limitar o Direito Penal ao que seja merecido, ou seja, a ofensa ao bem jurídico deve ser relevante, real, concreta, grave, intolerável e transcendental.

Nos Estados Democráticos de Direito, a medida da constitucionalidade nas relações processuais deve ser criteriosamente observada, sob pena de infringir não apenas norma fundamental, mas também princípios pilares de sua estrutura. Assim, Bernardo Gonçalves Fernandes afirma:

Na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização e, por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configura-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade.¹²⁶

O princípio da Insignificância é desdobramento lógico da fragmentariedade, que determina para os casos de lesão, mesmo que formal, mas ínfima, que o poder punitivo do Estado seja afastado. Com efeito, o conhecido brocardo *nullum crimen sine iniuria*, originário do ambiente criminal, ensina-nos que nem todo comportamento humano possui capacidade de lesionar e atingir bens jurídicos protegidos. Luiz Flavio Gomes, Alice Bianchini, Antonio Garcia-Pablos de Molina lecionam:

A fragmentariedade pretende que o Direito Penal somente tenha intervenção diante dos ataques especialmente graves a bens jurídicos que ostentem grande relevância social. [...] A subsidiariedade do Direito Penal, por seu turno, significa sua posição de *ultima ratio* frente aos demais sistemas de controle social formal ou informal. Se outros setores do ordenamento jurídico se apresentam como suficientes e, portanto, como mais idôneos para a tutela de um determinado bem jurídico, não se deve utilizar o Direito Penal para atender essa finalidade. [...] De acordo com o princípio

¹²⁵ MASSON, Cleber Rogerio. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 56.

¹²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 296.

da fragmentariedade, o Direito penal só deve se ocupar dos ataques (lesões ou perigo concreto de lesão) mais graves para o bem jurídico, ou seja, dos mais insuportáveis ou intoleráveis. Não deve se preocupar em sancionar todas as condutas lesivas ao bem jurídico, senão as ofensas que contam com especial gravidade. Com isso se chega à conclusão de que a proteção de bens jurídicos, como missão primordial do Direito Penal, só pode ser cumprida de modo seletivo, devendo o legislador descrever taxativa, rígida e determinadamente a forma do ataque intolerável e penalmente relevante, evitando-se que pela interpretação se chegue a resultados expansivos do espectro de incidência do tipo penal. [...] Necessidade, em suma, constitui o núcleo essencial da subsidiariedade do Direito Penal. A reação penal deve ser adequada e necessária para a prevenção da danosidade social. A intervenção penal, desse modo, não pode produzir efeitos mais lesivos que benéficos. A liberdade não pode ser sacrificada desproporcionalmente. Bem jurídico-penal, de outro lado, somente pode ser o que atende os requisitos do merecimento e da necessidade (de tutela).¹²⁷

A característica da fragmentariedade dentro de um Estado de Direito, por vez garantista, informa-nos que mesmo havendo incidência formal e material da conduta do agente no tipo legal, deve haver punição apenas àquilo que for merecido, inclusive por conta dos custos da máquina judiciária. Ademais, há de se considerar o caráter garantista da Constituição e de amplíssimo rol de princípios e garantias processuais.

Nesse contexto, o princípio da Fragmentariedade é um complemento do caráter subsidiário do Direito Penal, o que permite à *ultima ratio* não sancionar todas as condutas lesivas, mas tão somente as mais graves e relevantes.

Sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes. Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância. Não há crime de dano ou de furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário, não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor se apropria de ninharias do Estado; não há crime contra a honra quando não se afeta significativamente a dignidade, a reputação a honra de outrem; não há lesão corporal em pequenos danos à integridade física [...].¹²⁸

Assim, o princípio da Insignificância é desdobramento da fragmentariedade e busca de forma racional equilibrar o sancionamento de condutas. É incompatível com o Estado de Direito a punição de atos que não causem grave ofensa, lesão real e concreta ao bem jurídico. O direito, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, deve ser utilizado como meio para impor limites ao excesso de poder, ao uso ilegítimo da força e às arbitrariedades.

¹²⁷ BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 291-297.

¹²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 118.

3.9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da Proporcionalidade remete à ideia de equilíbrio entre o uso dos meios para segurança da ordem pelo Estado e a garantia de aplicação dos direitos fundamentais previstos na constituição. O direito positivo é certamente uma das mais eficazes garantias da segurança jurídica, mas ainda não alcança a positivação de todas as regras que contemplem, num plano abstrato, todas as hipóteses de situações de casos jurídicos. Assim, em alguns casos, cabe ao órgão julgador um maior poder de decisão, que será limitado por outras normas jurídicas. Bonavides leciona que o princípio da proporcionalidade é antiquíssimo, “redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo”.¹²⁹

Surge, nesse contexto, o que se chama de razoabilidade e/ou proporcionalidade. Leonardo de Araújo Ferraz¹³⁰ apresenta a seguinte conclusão sobre o conceito dos termos:

No transcurso da construção de seu sentido nas mais diversas ordens jurídicas, a conceituação de razoabilidade afastou-se da formulação teórico-estrutural que caracteriza o princípio da proporcionalidade, qual seja, a de um método interpretativo pré-ordenado assentado nas suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela origem, mas também pela estrutura.¹³¹

Assim, a análise da razoabilidade e da proporcionalidade não é apenas uma tarefa de subsunção, mas, respectivamente, de equivalência entre dimensão e punição, bem como justificativa do princípio promovido, face ao direito fundamental atingido.

(...) no exame da razoabilidade-equivalência analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa a punir ou financiar. No exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da proibição de excesso analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não está sendo atingido no seu núcleo. Por esse motivo, surge a questão de saber se há uma restrição excessiva dos princípios fundamentais.¹³²

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo, *op cit.*, p. 407.

¹³⁰ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Princípio da proporcionalidade**. Belo Horizonte: D'Placido, 2014. p. 132.

¹³¹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. v. 798, p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

¹³² ÁVILA, Humberto, *op cit.*, p. 180.

Logo, enquanto a razoabilidade-equivalência analisa a medida e o critério de fixação, a proporcionalidade investiga a relação da finalidade da medida e a restrição causada nos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides entende a Proporcionalidade como princípio, presente no texto constitucional, protetor do cidadão contra os excessos do Estado e garantidor dos direitos constitucionais.

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito estrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais se avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.¹³³

Dessa forma, se considerarmos o princípio da Insignificância como norma de direito fundamental, aplicando-o aos atos de improbidade administrativa, obedecendo à proporcionalidade, sem dúvida, seriam respeitadas as regras do Estado de Direito. Marçal Fortes de Oliveira Portela descreve a relação da proporcionalidade e da razoabilidade com o princípio da Insignificância:

Ora, o princípio da insignificância tem estreita ligação com o postulado da proporcionalidade/razoabilidade. É possível concebê-lo como uma específica manifestação. A noção de bagatela surgiu mesmo como preceito de política criminal, para aqueles casos em que a eventual pena a ser aplicada traria mais malefícios à sociedade do que o próprio crime. De fato, não havendo relevante afetação do bem jurídico tutelado pela norma e que justifica a existência de penalidades por ela cominadas, as restrições de direitos que se impusessem sobre o autor da conduta *prima facie* ilícita – porque formalmente subsumida ao tipo, sendo o próprio tipo indício de antijuridicidade – acarretariam mais prejuízo à sociedade que o próprio delito, gerando insegurança jurídica e deslegitimando o ordenamento jurídico, pelo seu desligamento e distanciamento dos fatos e pela injustiça das consequências normativas. O Direito não se sustenta com a sistemática produção de decisões iníquas, ainda que derivem elas da simples aplicação da lei.¹³⁴

Desse modo, garantir a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das sanções por improbidade administrativa é assegurar ao Direito seu verdadeiro papel, seja de proteção ou de promoção de bens jurídicos relevantes, impedindo de tornar sua utilização vulgar e deslegítima, sem suporte lógico-jurídico.

Luís Roberto Barroso utiliza as nomenclaturas “razoabilidade externa” e “razoabilidade interna”. Enquanto a razoabilidade interna cuida da compatibilidade entre

¹³³ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 444.

¹³⁴ PORTELA, Marçal Fortes de Oliveira. A ação de improbidade administrativa e o princípio da insignificância. **JUS.COM.BR.** abr./2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38697/a-acao-de-improbidade-administrativa-e-o-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

meio e fim, a razoabilidade externa deve ser aferida a partir da compatibilização com os fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre motivos, meios e fins. (...) De outra parte, havendo razoabilidade interna é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente.¹³⁵

Nesses termos, todas as colocações demonstram que a insignificância não emerge apenas como um princípio, mas também como elemento hermenêutico interno da proporcionalidade, limitando a proibição do excesso e a adequação dos atos. A regra da proporcionalidade absorve também o caráter instrumental de controle contra excesso dos poderes estatais.

Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três subregras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins.¹³⁶

A proporcionalidade ganha importância no combate à omissão ou à insuficiência da ação estatal, o que amplia sua função, bem como a distingue da razoabilidade.

Embora tenha destaque no âmbito penal, a regra da proporcionalidade incide sobre todo o ordenamento jurídico. A pena deve ser proporcional à gravidade do delito sem desconsiderar as condições pessoais do agente.

Embora não exista na Lei de Improbidade Administrativa previsão expressa que determine o uso da proporcionalidade na aplicação de suas sanções, para Dworkin “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.¹³⁷

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Caderno de direito constitucional e ciência política. v. 23, p. 65-71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 71.

¹³⁶ SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁷ DWORKIN, Ronad. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 264.

4 NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

4.1 EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE OU DE TIPICIDADE

A análise da natureza jurídica permite identificar os elementos intrínsecos à essência da insignificância. O estudo da natureza da insignificância incide em suas características elementares e no que há de mais importante em seu objeto, segundo o entendimento da maioria da doutrina, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Grande maioria da doutrina, conforme abaixo analisado, entende que o princípio da Insignificância é excludente de tipicidade material do fato. Antijurídica é a conduta contrária à determinação legal, enquanto tipicidade é o fato conforme a norma jurídica. O fato para ser típico deve ser formal (princípio da legalidade) e material (princípio da exclusiva proteção do bem jurídico).

Antijuridicidade é o desacordo da conduta do agente frente ao ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, excluir a antijuridicidade seria o mesmo que tornar um comportamento lícito, retirando do lesado, até mesmo, a possibilidade de reparação nas demais esferas do direito.

O ministro Celso de Melo, ao relatar o HC 84412-0/SP, delimitou a ligação existente entre a nocividade social de uma conduta e a tipicidade material do delito, firmando a tese de que a insignificância afasta a tipicidade, e não a antijuridicidade, da conduta. Com efeito, “a adequação social supõe a aprovação social da conduta, enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância por sua escassa gravidade”.¹³⁸

Nesse sentido, os princípios da ofensividade e da exclusiva proteção a bens jurídicos tornam a danosidade social elemento comum à tipicidade, e não à antijuridicidade. “A antijuridicidade, portanto, é concebida globalmente dentro da ordem jurídica, não sendo exclusividade deste ou daquele ramo do direito”.¹³⁹

O princípio da Insignificância é aplicado a atos contrários à ordem jurídica (antijurídicos) que, a princípio, surgem formalmente com significância e relevância no mundo jurídico.

¹³⁸ SAGUINÉ, Odone, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980. p. 88.

Sucedesse que esse mesmo fato antijurídico, ou seja, contrário ao previsto na norma penal, ao ter sua tipicidade material analisada, leia-se o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo, percebe-se que esta por tão ínfima torna-se insignificante.

Entretanto, mesmo insignificante, a conduta continua a ser ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. Este caráter ilícito (antijurídico) é o que permite que a conduta possa ser questionada e gerar consequências em outros ramos do direito.

Assim, conduta lícita é aquela não proibida em campo da esfera jurídica. Se norma específica a proíbe, a mesma deixa de ser lícita àquele ramo, passível de reparação específica nos casos de incidência na norma, contudo irrelevante para as demais especificidades do direito (existência da antijuridicidade).

Assim como Roxin, Luiz Flávio Gomes entende que a insignificância é fator de exclusão de tipicidade material, que mesmo nos casos de condutas formalmente típicas e antijurídicas, se o fato for materialmente irrelevante, estaria afastada sua tipicidade e não a antijuridicidade. Leciona Luiz Flávio Gomes:¹⁴⁰

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 concreta de 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 é 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).

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75-76.

Logo, Luís Flávio Gomes entende que o princípio da Insignificância pode ser aplicado somente como causa de excludente de tipicidade material, seja pela conduta do agente, seja pelo resultado alcançado.

Nesses termos, a natureza jurídica do princípio da Insignificância é de exclusão à materialidade (ausência de tipicidade material) do delito e não sua antijuridicidade, pois conduta típica, do ponto de vista material, é aquela que provoca efetiva ofensa ou perigo de lesão concreta a bem jurídico protegido. Condutas formalmente típicas, mas que não produzem lesão ou perigo de lesão significativa a bem jurídico, estariam acobertadas pelo princípio da Insignificância, por falta de tipicidade material.

4.2 INSIGNIFICÂNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

Há autores que dividem a insignificância em absoluta e relativa, como Diomar Ackel Filho,¹⁴¹ que descreve:

Insignificância propriamente dita (absoluta) e insignificância imprópria (relativa). A primeira é a que exclui a tipicidade. O fato, por deveras ínfimo, não chega a expressar valoração digna de tutela da norma penal, através da subsunção em um tipo. Não há reprovabilidade. A segunda espécie permite a outros casos de atuações mínimas, de minguada importância que, embora formalmente típicas, tem a sua antijuridicidade esvaziada, ensejando a sua contemplação pela norma penal.

Assim, a insignificância absoluta é aquela já identificada, quando presente a mínima ofensividade da conduta do agente (primeiro vetor da insignificância abaixo explicado), sem necessidade de análise dos demais três vetores. Por sua vez, a insignificância relativa é aquela que passa a análise aos demais vetores (ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada).

Na insignificância absoluta ocorre a excludente da tipicidade material, verificada na análise da mínima ofensividade da conduta do agente. Adjair de Andrade Cintra¹⁴² aborda:

A insignificância absoluta seria aquela que, por ser de tal forma diminuta, sequer afeta o bem jurídico penalmente tutelado, já que apresenta uma ofensividade

¹⁴¹ FILHO, Diomar Ackel. O princípio da insignificância no direito penal. v. 94, p. 72-77. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo**, abr./jun. 1988. p. 76.

¹⁴² CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. 198 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 84.

reduzidíssima, carecendo a conduta de tipicidade material, sendo afastada de pronto do âmbito do ordenamento penal (mas não do ordenamento jurídico como em 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.

Já a insignificância relativa é aquela verificada na análise da periculosidade social da ação, do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, e da inexpressividade da lesão jurídica provocada. Preenchidas essas condições, a culpabilidade do agente está ausente e, por sua vez, o mesmo não se torna merecedor de pena. Novamente Adjair de Andrade Cintra:¹⁴³

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 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).

E continua:

Fato axiologicamente irrelevante – essa é a ideia central da insignificância relativa. Materialmente, há uma (pequena) violação no 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 suas condições pessoais.

Nesse sentido, a análise da insignificância relativa acarreta a exclusão da culpabilidade do agente, verificada de acordo com o estabelecido no artigo 59 do Código Penal. A análise da culpabilidade só será realizada nos casos em que não for identificada a ausência da tipicidade material (casos em que a insignificância será absoluta).

¹⁴³ CINTRA, Adjair de Andrade, *op. cit.*, p. 84-86.

De acordo com o exposto supracitado, a insignificância quando absoluta tem por sua natureza a ausência de tipicidade material, mas, enquanto insignificância relativa, terá por natureza a ausência de culpabilidade.

4.3 DELITO BAGATELAR PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

A expressão delito de bagatela, utilizada pela primeira vez por Klaus Tiedemann, como visto anteriormente, foi criada para designar delitos que, mesmo formalmente típicos, mas tendo a conduta causado ínfima lesão a bem jurídico, tornam-se insignificantes, bagatelar para o Direito Penal.

O delito de bagatela próprio é o que se verifica ainda no plano legislativo, ao passo que a bagatela imprópria é aquela verificada diante à luz do caso concreto.

Luíz Flávio Gomes adota as expressões princípio da irrelevância penal do fato para designar a bagatela imprópria, e princípio da insignificância para designar a bagatela própria.

O princípio da irrelevância penal do fato cuida de infração bagatelar imprópria (aquela que nasce relevante para o Direito penal - porque há desvalor da conduta e desvalor do resultado, mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária). Por outro lado, o princípio da insignificância relaciona-se com a infração bagatelar própria (o fato já nasce bagatelar).¹⁴⁴

Ainda o mesmo autor:

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 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 de 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 de 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

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. O princípio da irrelevância penal do fato confunde-se com o da insignificância?. **Jusbrasil**. dez./2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121926674/o-principio-da-irrelevancia-penal-do-fato-confunde-se-com-o-da-insignificancia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

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, e, 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.¹⁴⁵

Assim, ao “furto” de cinco reais deve ser aplicado o princípio da insignificância (porque o fato nasce irrelevante). Ao “roubo” de cinco reais, já que estão em jogo bens jurídicos sumamente importantes, como a integridade física, aplica-se o princípio da irrelevância penal do fato (se presentes os seus requisitos, de forma a tornar a pena desnecessária).

Nessa linha, os delitos de bagatela impróprios são aqueles, num plano abstrato, considerados graves, mas, no caso concretamente devido, sua pouca lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico são insignificantes para o Direito Penal.

Ora, a bagatela própria remete a delitos já previstos como leves, enquanto a bagatela imprópria remete a delitos já previstos como graves.

Assim, em entendimento diverso ao de Luíz Flávio Gomes (irrelevância penal e insignificância), o STF adota o critério da insignificância absoluta e relativa, acima já explicitados.

¹⁴⁵ GOMES, Luíz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. *op. cit.*, p. 34-35.

5 INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

5.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: STJ E STF

Na esfera do Direito Penal, a teórica da bagatela não se apresenta controversa quanto ao Direito Administrativo, especificamente nas questões públicas. O Supremo Tribunal Federal ao delimitar os critérios da insignificância pacificou o entendimento do tema na esfera penal. Hoje, o Superior Tribunal de Justiça possui três súmulas quanto ao princípio da Insignificância, sendo uma delas de assunto específico: a administração pública, objeto do capítulo posterior. As súmulas 589¹⁴⁶ e 606¹⁴⁷ tratam de infrações de natureza penal.

Muito embora o princípio da Insignificância não possua expressa previsão constitucional, seu reconhecimento deriva de outros princípios: o de Proporcionalidade, de Razoabilidade e o do Estado Democrático de Direito, etc.

Inicialmente introduzido na seara penal, o STF delimitou os critérios para reconhecimento e aplicação da insignificância, devendo estes serem estendidos em diversas áreas das ciências jurídicas. É assente o entendimento desta Corte que a aplicação do princípio da Insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) ausência de periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Assim, o princípio da Insignificância é fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Nesse sentido, o magistério jurisprudencial da Suprema Corte aplica:

EMENTA: 1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e consequente inexistência de justa causa.

2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada.¹⁴⁸

¹⁴⁶ É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

¹⁴⁷ Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 88.393/RJ da 2ª Turma, Brasília, DF, 03 de abril de 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729075/habeas-corpus-hc-88393-rj>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

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 – ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO DE FURTO - “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 110,00 (EQUIVALENTE A 26,5% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO.¹⁴⁹

A princípio, a reincidência da prática delitiva impede a aplicação da insignificância, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado da seguinte forma:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FURTO. ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL. **INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. REITERAÇÃO DELITIVA COMPROVADA.** REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.¹⁵⁰

EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA.**¹⁵¹

Contudo, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, mesmo nos casos de reincidência, mediante análise dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a insignificância pode ser reconhecida. À luz do caso concreto, a insignificância tem sido aplicada não como fator de exclusão de tipicidade, mas como forma de política criminal para abrandar o modelo da sanção.

No caso abaixo, a ficha de antecedentes do paciente se mostrava incompatível com os critérios da bagatela, mas diante ao entendimento da Corte de excesso de pena, o regime foi modificado.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 94.505/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 24 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2461920&ext=RTF>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas corpus** – RHC n.º 163.009 AgR/SC, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339261263&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 123.199 AgR/MG, Brasília, DF, 13 de março de 2017. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311361343&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. **Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.**¹⁵²

Ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O paciente foi condenado a 2 anos pelo furto de um saco de cimento, avaliado em R\$ 25,00. 2. Observados o reduzido valor do objeto subtraído e o fato de ter ocorrido a imediata restituição do bem à vítima, percebe-se de plano a desproporção grosseira entre a resposta punitiva e a lesão (ou ausência dela) causada pela conduta. 3. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício.¹⁵³

Nesse outro caso acima, embora a insignificância não tenha sido reconhecida devido à reincidência, mediante à restituição da *res furtiva* à vítima e seu reduzido valor, entendeu o juízo em sua decisão monocrática haver desproporção grosseira entre a lesão e a punição.

Quanto ao crime de descaminho, para o STF, a reincidência alinhada à existência de procedimentos administrativos do paciente impede o reconhecimento da insignificância.

EMENTA: HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. CRIME DE DESCAMINHO. **REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1. A reiteração delitiva, comprovada pela certidão de antecedentes criminais do paciente, impossibilita a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. 2. Ordem denegada.¹⁵⁴

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DESCAMINHO. REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE A IMPOSSIBILITAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSÁRIA

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 123.108/MG da 1ª Turma, Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308572070&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 124.362/SP, Brasília, DF, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310761017&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 109.705/PR da 1ª Turma, Brasília, DF, 28 de maio de 2014. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227098424&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL NA ORIGEM. ORDEM DENEGADA. 1. Contumácia delitiva do Paciente. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho, evidenciada pela existência de procedimentos administrativos fiscais em seu desfavor, como se tem nestes autos. 2. Ordem denegada.¹⁵⁵

Nesse segundo caso, embora o valor de impostos federais não recolhidos fosse de R\$ 6.886,65 (seis mil, oitocentos e oitenta e seis reais e sessenta e cinco centavos), dentro do valor previsto pelo Supremo para a aplicação da insignificância ao crime de descaminho, a reincidência, por vez, foi a causa do não reconhecimento da bagatela.

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/2004. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. ORDEM DENEGADA. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004. II – Entretanto, os autos dão conta da existência de mais oito procedimentos fiscais instaurados contra o paciente, nos quais os valores dos impostos elididos, somados, extrapolam o referido limite, o que demonstra a habitualidade criminoso e impede a aplicação do princípio da insignificância, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente. III – Ordem denegada”.¹⁵⁶

Logo, no delito de descaminho a reincidência impede, por si só, o reconhecimento da insignificância penal da conduta.

Os vetores de aplicação do princípio da Insignificância por si são entrelaçados e devem ser analisados em conjunto e com observância aos postulados da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima do Estado.

A mínima ofensividade da conduta do agente, extraída dos princípios da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico e da Intervenção Mínima, permite que a condutas delituosas que causem pouca lesão ao bem jurídico protegido ou ao bem jurídico insignificante seja excluído a tipicidade material do fato. Observa-se, a propósito, a doutrina de Luiz Flávio Gomes:

(...) sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a tipicidade

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 133.566/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309459701&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 114.675/PR da 2ª Turma, Brasília, DF, 13 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=171006392&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

entendida em sentido material, isto é, uma conduta para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo penal senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em fato ofensivo típico.¹⁵⁷

A mínima ofensividade da conduta do agente, quando averiguada no crime, permite a exclusão da análise dos demais vetores. Em sua tese de mestrado, Adjair de Andrade Cintra defende:

Assim, uma vez identificada a absoluta insignificância “pela mínima ofensividade da conduta do agente” em relação ao bem jurídico tutelado e abstratamente considerado, não há porque se analisar outros vetores indicados na decisão do Supremo Tribunal Federal, eis que a conduta já é materialmente atípica.¹⁵⁸

Logo, constatada a mínima ofensividade da conduta, a insignificância absoluta exclui a análise dos demais vetores. Caso não identificada a mínima ofensividade da conduta, serão averiguados os demais vetores, tendo então a insignificância relativa.

A análise da mínima ofensividade da conduta consiste na observação da conduta do agente frente ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. O simples enquadramento do fato à norma não o torna típico nos casos de conduta delituosa em que a ofensa seja de gravidade mínima, ou que nem chegue a lesar o bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.¹⁵⁹

Por hora, assinala-se a importância da função limitadora que o Direito Penal exerce, restringindo o poder punitivo do Estado. O princípio da Insignificância é um meio constitucional pelo qual o Direito Penal exerce sua função garantista.

Nesse sentido, a ofensividade é verificada de acordo com o valor do bem tutelado, dos valores sociais ali protegidos e com as condições subjetivas do agente, tais como a reincidência.

¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

¹⁵⁸ CINTRA, Adjair de Andrade, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁹ VALE, Ionilton Pereira do. Princípio da insignificância livra réu de condenação por pesca ilegal. **Jusbrasil**. maio/2013. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/121940513/principio-da-insignificancia-livra-reu-de-condenacao-por-pesca-ilegal?ref=serp>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Embora a reincidência, em regra, seja excludente de caracterização do vetor da mínima ofensividade da conduta do agente, impedindo o reconhecimento da insignificância, há julgados recentes no sentido de, à luz do caso concreto, abrandar o regime da sanção imposta.

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. REINCIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta à paciente.¹⁶⁰

Nota-se que a Suprema Corte vem tentando enxergar uma possibilidade de flexibilização na aplicação da pena nos casos de furto, mesmo no caso de reincidência, especificadamente, quando houver restituição.

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto tentado. Um frasco de desodorante, uma caixa de neosaldina e um sabonete líquido, avaliados em R\$ 30,00, restituídos ao estabelecimento comercial. 3. Reincidência. 4. Princípio da Insignificância. 5. Incidência. 6. Possibilidade. 7. Precedentes: Plenário no julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 1º.2.2016. 8. Negativa de provimento ao agravo regimental.¹⁶¹

Hoje, no Brasil, há consenso sobre a possibilidade da aplicação do princípio da Insignificância, todavia persiste divergência quanto à questão da reincidência. Cada caso ocorrente deve ser analisado, ou seja, a insignificância deve ser verificada à luz do caso concreto, pois uma análise meramente objetiva incorreria no risco de quebra dos postulados da Fragmentariedade e da Subsidiariedade. O exame de preenchimentos de requisitos

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 123.533/SP, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308697417&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 114.675 AgR/MG da 2ª Turma, Brasília, DF, 30 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339144698&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

objetivos e subjetivos, exigidos para o seu reconhecimento, traduzem-se no reduzido valor do bem tutelado, na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais.

Logo, a mínima ofensividade é no sentido de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

O vetor seguinte a ser analisado trata da periculosidade social da ação.

A ausência de periculosidade da ação diz respeito à aferição das consequências advindas da conduta perante à sociedade.

Nesse aspecto, com base em conceitos da Teoria do Delito, cabe ao intérprete, nesse vetor, verificar os elementos da conduta (crime) e checar a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância.

A norma penal incriminadora possui um aspecto primário, que descreve a conduta incriminadora do agente, e um aspecto secundário, que descreve a sanção, a pena.

Partindo-se da premissa que crime é fato tridimensionalmente típico e antijurídico, a tridimensionalidade engloba a previsibilidade do caráter formal da lei, a prescrição material do bem jurídico protegido e a existência do dolo ou culpa na conduta do agente. A antijuridicidade corresponde à conduta contrária ao que o preceito legal determina. Verificadas e preenchidas essas premissas, estar-se-ia legalmente diante de uma conduta delituosa, de um crime.

Sucedem que, por vezes, ao se analisar no aspecto tridimensional a materialidade do bem jurídico ofendido ou exposto a perigo, nota-se que a mesma é irrelevante, incapaz de gerar qualquer abalo social que justificasse a aplicação do *jus puniendi*.

Nota-se que a insignificância não retira a antijuridicidade do fato delituoso, apenas reconhece o desvalor à insignificância da conduta que atinge o bem jurídico protegido. O princípio da Insignificância solidifica-se como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, como postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas, ele atua, exatamente, sobre a tipicidade.

Assim, só cabe ao Direito Penal intervir para punir condutas que produzam resultado, que causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, limitando-se deste modo a punir somente condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade

(princípio da Fragmentariedade) e que representem prejuízo significativo ao bem jurídico protegido, e também ao titular do direito.

Por outro lado, o reconhecimento da inexistência de tipicidade material não pode ser visto como fator de estímulo ao crime, traduzindo descrença ao poder judiciário. Condutas insignificantes, mas que tenham sua periculosidade social constatada, certamente serão objetos de aplicação do poder punitivo estatal.

A aplicação do princípio da Insignificância ou Bagatela é consequência de fatos que, além do valor desprezível, somam-se ao desvalor da conduta, do resultado e da repercussão do fato na pessoa da vítima e das condições pessoais da ré.

Nesses termos, a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal), há que se pôr em prática o juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do Estado. A análise da questão, tendo em vista o princípio da Proporcionalidade, pode justificar, dessa forma, a ilegitimidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal.

No caso abaixo, embora os bens furtados fossem um vidro de cola de sapateiro e um isqueiro da marca BIC, avaliados em R\$ 6,00, a Primeira Turma do STF entendeu não estarem configurados os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta, na medida em que o réu era contumaz na prática delitiva.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) examinar a questão de direito discutida na impetração. 2. Em se tratando de crime de furto, a aplicação do princípio da insignificância deve ser casuística, incumbindo ao Juízo de origem avaliar, no caso concreto, a melhor forma de assegurar a aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, examinando a possibilidade da incidência do privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, ou do reconhecimento da atipicidade da conduta, com fundamento no princípio da bagatela (HCs 123.734, 123.533 e 123.108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso). 3. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede a aplicação do princípio. 4. **Hipótese de paciente contumaz na prática delitiva, tendo em vista que “possui contra si uma condenação por crime de roubo e outras duas por porte de arma. Registra, ainda, outras passagens por crime de ameaça, lesões corporais e porte de droga. Junto a isso, responde a processo por**

crime de tráfico de entorpecentes”, o que impossibilita o reconhecimento do princípio da insignificância. 5. Agravo regimental não provido.¹⁶²

Portanto, verificar a existência da periculosidade social da ação é exatamente constatar sua inexistência no caso concreto, ou seja, a aplicabilidade da bagatela está condicionada à inexistência de qualquer risco sofrido pela sociedade através da conduta do agente, tendo em vista a análise de antecedentes criminais.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento diz respeito à culpabilidade do agente perante a visão da sociedade. Como visto, o crime é fato tridimensionalmente típico e antijurídico. A insignificância absoluta é aquela que exclui a tipicidade material do fato, enquanto a insignificância relativa perpassa a análise tridimensional e antijurídica (primeira esfera da análise do crime) da conduta e vem a analisar, já na segunda e última esfera do crime, o elemento de culpabilidade do agente.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos De Molina¹⁶³ destacam a culpabilidade como (i) fundamento de pena, (ii) limites para a sua aplicação, e (iii) fator de gradação da pena a ser imposta. Essa tríplice função da culpabilidade tem consonância ao artigo 59 do Código Penal.¹⁶⁴

Nesse sentido, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento vem a ser observado para casos típicos em que não é possível excluir a tipicidade material, em razão do bem jurídico protegido, bem como da lesão a este.

Os requisitos da primeira esfera da análise do crime estariam perfeitamente preenchidos, ao passo que, ao se analisar a culpabilidade nos moldes do artigo 59 do Código Penal, a mesma restaria prejudicada. Nesse sentido, Luiz Régis Prado define:¹⁶⁵

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 dos elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 119.844 AgR/MG da 1ª Turma, Brasília, DF, 01 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314925787&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 545.

¹⁶⁴ 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 necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

¹⁶⁵ PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 408.

Por sua vez, a culpabilidade é formada por 3 (três) pressupostos, são eles: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Em seu caráter de fundamento da pena, a culpabilidade, preenchidos seus pressupostos, permite verificar se é necessário ou não aplicar a pena àquele que cometeu o crime.

Da mesma forma, em sua face de limitadora da pena, a culpabilidade permite calcular o quanto de pena deve ser aplicada ao agente, frente à reprovabilidade de sua conduta. Assim, ao servir como fator de gradação, a pena imposta a culpabilidade limita o *ius puniendi*, impedindo a imposição de pena além do limite da culpabilidade do agente.

A reincidência no crime de descaminho permite visualizar a análise do vetor reprovabilidade da conduta do agente no que tange à culpabilidade. O STF assim tem se pronunciado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: HABITUALIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. II - A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, ressalvada a habitualidade criminosa, que impede a aplicação desse princípio, **em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente**. III - Na hipótese, tenho que, demonstrada a habitualidade criminosa, não há falar em atipicidade da conduta das pacientes, que dão mostras de que fazem da prática do crime de descaminho os seus *modus vivendi*, o que não pode ser tolerado pela ordem jurídica. IV - Agravo a que se nega provimento.¹⁶⁶

Nota-se claramente, conforme o acórdão abaixo, que para o reconhecimento do delito de bagatela, faz-se necessária a presença cumulativa de seus quatro vetores.

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE PESCA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL COM UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Inexistência de manifesto constrangimento ilegal ou teratologia no ato apontado como coator que, fundado nas especificidades **circunstanciais do caso concreto, manteve o afastamento do vetor “reduzidíssimo grau de**

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 144.463 AgR/DF da 2ª Turma, Brasília, DF, 25 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338690512&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

reprovabilidade do comportamento”, para não aplicar o princípio da insignificância. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.¹⁶⁷

Já no caso abaixo, a culpabilidade verificada dentro do grau de reprovabilidade da conduta serviu como parâmetro para fixação da pena, limitando um sancionamento desproporcional.

Ementa: Penal. Habeas Corpus substitutivo de revisão criminal. Crime de Furto. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Ordem concedida de ofício. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. 2. O Plenário do STF, no julgamento do HC 123.734, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decidiu que: “(i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade (...)”. 3. **Não obstante a reincidência específica, o reduzido grau de reprovabilidade da conduta (furto de bicicleta avaliada em R\$ 200,00 e restituída à vítima) justifica a aplicação do regime aberto.** 4. Ordem concedida de ofício para conceder ao paciente o regime aberto”.¹⁶⁸

Por fim, quanto ao estudo da culpabilidade, deve-se ressaltar que a mesma é um instrumento de concreção do princípio da Individualização da Pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da CF.¹⁶⁹

Pelo princípio da Individualização da Pena, “o julgador deve fixar a pena conforme a cominação legal determinar e determinar a forma de sua execução”.¹⁷⁰

O último vetor da insignificância a ser analisado trata-se da inexpressividade da lesão jurídica que, por sua vez, diz respeito ao valor irrisório do objeto do delito.

Enquanto a análise do primeiro vetor (mínima ofensividade da conduta do agente) se dá num plano abstrato e, quando identificada, eleva a conduta à insignificância absoluta excluindo de plano a análise dos demais vetores, aqui a verificação da inexpressividade da

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 158.973 AgR/RS da 1ª Turma, Brasília, DF, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338942610&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 143.511/SC da 1ª Turma, Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339471896&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁶⁹ Art. 5º, XLVI – 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; [...].

¹⁷⁰ PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 153.

lesão jurídica provocada ocorre em um plano concreto de checagem ao bem jurídico lesado ou exposto a perigo.

Assim, a irrelevância ou a insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.¹⁷¹

Luís Régis Prado destaca que “a irrelevante lesão do bem jurídico não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em casos de dano de pouca importância”.¹⁷²

Adjair de Andrade Cintra explica:

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 indicadas por Luiz 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 consequências 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.¹⁷³

Logo, a inexpressividade da conduta impede o reconhecimento da culpabilidade.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO VALOR DO BEM FURTADO. PERICULOSIDADE DA PACIENTE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Incide, na espécie vertente, o princípio da insignificância. **O valor do bem furtado não é elevado, demonstrando-se a inexpressividade da lesão jurídica.** Além disso, a Paciente estava sendo monitorada durante a prática do furto e os seguranças do supermercado preferiram aguardar que ela saísse do estabelecimento para abordá-la. Inexistência de periculosidade da ação efetuada. 2. Ordem concedida.¹⁷⁴

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*

¹⁷² PRADO, Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 146.

¹⁷³ CINTRA, Adjair de Andrade, *op. cit.*, p. 107-108.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 135.383/MG da 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310330269&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Segundo os critérios de política criminal, apenas danos significantes à sociedade ou exposição a perigo de bens jurídicos relevantes justificam a proteção legal e reclamam uma sanção estatal. Danos insignificantes sequer estariam contemplados por crimes de menor potencial ofensivo, segundo a previsão da lei 9.099/1995. São estes, por sua vez, diante da ofensividade praticamente nula, avaliados por fatos atípicos.

Em matéria penal, o princípio da Insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima do Estado, pois possuem a função de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Portanto, a aplicação do princípio da Insignificância exige a presença dos quatro vetores definidos pelo Supremo Tribunal Federal de forma cumulativa. O reconhecimento da insignificância já no primeiro vetor implica a insignificância absoluta, excluindo-se a tipicidade material do fato, enquanto o reconhecimento da insignificância nos demais vetores acarreta a insignificância relativa, excluindo-se a culpabilidade do agente.

5.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: STJ E STF

A orientação majoritária dos tribunais superiores no âmbito dos crimes contra a Administração Pública vem no sentido de que o princípio da Insignificância é inaplicável, justamente porque, nesses casos, não está em pauta apenas o prejuízo patrimonial que a conduta tenha causado, mas também o abalo à moralidade administrativa. Por essa razão, predomina o entendimento de proteção não apenas na esfera patrimonial, mas na esfera da moral administrativa, sendo esta insuscetível à valoração econômica. A lesão insignificante, o ínfimo valor do bem jurídico lesionado, não é, segundo o STJ, elemento relevante para a análise dos casos de crimes contra a administração pública.

As decisões desse tribunal caminharam no sentido de que não seria possível aplicar o princípio da Insignificância aos crimes contra a administração, uma vez que não era o patrimônio que estaria sendo protegido, mas sim a moral administrativa. Colacionam-se alguns acórdãos:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 514 DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. AÇÃO PENAL LASTREADA EM INQUÉRITO POLICIAL. DESNECESSIDADE DE

NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (AgRg no REsp n.1.382.289/PR, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 11/6/2014).
2. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal na ação penal instruída com inquérito policial (Súmula 330/STJ).
3. Agravo regimental improvido.¹⁷⁵

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 155, § 4º, IV, DO CP. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SUM7/STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE

I - Esta eg. Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a decisão proferida pelo relator que nega seguimento ao recurso quando o decisum impugnado está em consonância com súmula ou com jurisprudência dominante do col. STF ou de Tribunal Superior (precedentes).

II - O recurso especial não é cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários (Súmula 7/STJ e Súmula 279/STF).

III - Este col. Tribunal possui entendimento no sentido da impossibilidade, em regra, de se aplicar o princípio da insignificância ao crime praticado contra a Administração Pública, uma vez que a norma busca resguardar também a moral administrativa (precedentes). Ademais, no caso, não se pode considerar irrisório o valor do bem subtraído (R\$ 2.000,00).

Agravo regimental desprovido.¹⁷⁶

Diante de várias decisões reiteradas nesse mesmo sentido, no intuito de dirimir a controvérsia, em novembro de 2017, o STJ editou a súmula 599, que se encontra vigente, segundo a qual “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Em agosto de 2018, o mesmo tribunal deu provimento a recurso em habeas corpus para afastar a limitação imposta pela súmula 599 e reconhecer a insignificância em crime praticado contra o patrimônio público (dano qualificado, art. 163, III, do Código Penal).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. INUTILIZAÇÃO DE UM CONE. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. PRIMÁRIO. PECULIARIDADES DO

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 614.524/MG da 6ª Turma, Brasília, DF, 23 de abril de 2015. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45978950&num_registro=201403064884&data=20150423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 1.511.985/PR da 5ª Turma, Brasília, DF, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51464296&num_registro=2015001479774&data=20150901&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

CASO CONCRETO. MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL DA SÚMULA N. 599/STJ. JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos - justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

3. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal n. 2.14.0003057-8, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS.¹⁷⁷

Mesmo não sendo um delito especificamente contra a Administração Pública, mas inserido na categoria de crimes contra o patrimônio público, no caso em tela, o agente, que não era funcionário público, danificou um cone de trânsito, avaliado em R\$ 20,00 (vinte reais), razão pela qual lhe imputaram a conduta de dano qualificado por ter cometido tal ato contra o patrimônio público.

Nesse sentido, diante das peculiaridades do caso concreto, o teor da súmula 599 foi mitigado, tendo em vista os critérios da insignificância, analisados em conexão com os postulados da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima do Estado, bem como no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama a intervenção mínima do Poder Público e impõe-na em função dos próprios objetivos por ele visados.

Em caso semelhante, mas precedente da súmula 599, o STJ negou a insignificância em crimes que apenas vitimavam o patrimônio público, mas não eram, em sentido estrito, contra a administração pública.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO TENTADO. ESCALADA. RÉU REINCIDENTE. DELITO PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas corpus** – RHC n.º 85.272/RS da 6ª Turma, Brasília, DF, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85377348&num_registro=201701316304&data=20180823&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade 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. (...) 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." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)
3. Não é insignificante a tentativa de furto praticado mediante escalada. Ademais, o paciente é reincidente na prática de delito contra o patrimônio e o valor da res não pode ser considerado ínfimo (holofote avaliado em cem reais). Não se pode desconsiderar, ainda, que o crime foi cometido contra sociedade de economia mista estadual (SABESP), ou seja, contra a administração pública indireta, o que configura reprovabilidade suficiente a justificar a intervenção estatal por meio do processo penal.
4. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatela do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico.
5. Writ não conhecido.¹⁷⁸

Nesse caso, o pequeno valor da *res furtiva*, aliado ao fato de ser a vítima uma Sociedade de Economia Mista Estadual, o que pressupõe não ter tido prejuízo de relevante impacto, bem como a moral abalada, por óbvio estaria autorizada a incidência do princípio da Insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal, mas não foi esse o entendimento majoritário do tribunal.

A subsidiariedade do Direito Penal, porém, não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral de condutas reprováveis, mas sem o efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, em virtude das particularidades do caso concreto, por relevante dano à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal, bem como o possível afastamento dos efeitos da súmula 599 do STJ.

Em entendimento adverso, o STF, em abril de 2011, divulgou o informativo nº 624¹⁷⁹ admitindo a aplicação do princípio da Insignificância aos crimes contra a administração pública.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus** – HC n.º 1.511.985/SP da 6ª Turma, Brasília, DF, 15 de abril de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339748492/habeas-corpus-hc-274487-sp-2013-0243890-8>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁷⁹ Princípio da insignificância e Administração Pública. A 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e absolver o paciente ante a atipicidade da conduta. Na situação dos autos, ele fora denunciado pela suposta prática do crime de peculato, em virtude da subtração de 2 luminárias de alumínio e fios de cobre. Aduzia a impetração, ao alegar a atipicidade da conduta, que as luminárias: a) estariam em desuso, em situação precária, tendo como destino o lixo; b) seriam de valor irrisório;

Para o crime de descaminho, um dos crimes mais antigos contra a administração pública, o STF aplica e reconhece a insignificância, com base nos seguintes critérios de valor:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. ARTIGO 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. TRIBUTO DEVIDO INFERIOR À R\$ 20.000,00. PARÂMETRO FIXADO NA PORTARIA N.º 75 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONCESSÃO DA ORDEM.¹⁸⁰

Nesse caso, as denúncias fundaram-se na prática da infração penal, prevista no artigo 334, caput, do Código Penal, por terem, em tese, deixado de recolher aos cofres públicos a quantia de R\$ 13.838,80 (treze mil e oitocentos e trinta e oito reais e oitenta centavos), em razão de haverem sido flagrados transportando mercadorias estrangeiras.

Assim, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de aplicação do princípio da Insignificância nas hipóteses em que o valor do tributo devido não supere o equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor esse fixado por meio da Portaria n.º 75, do Ministério da Fazenda, como novo parâmetro para a atuação da Administração Federal na cobrança dos tributos federais. Referido entendimento é aceito e aplicado em primeira instância.¹⁸¹

e c) teriam sido devolvidas. Considerou-se plausível a tese sustentada pela defesa. Ressaltou-se que, em casos análogos, o STF teria verificado, por inúmeras vezes, a possibilidade de aplicação do referido postulado. Enfatizou-se que, esta Corte, já tivera oportunidade de reconhecer a admissibilidade de sua incidência no âmbito de crimes contra a Administração Pública. Observou-se que os bens seriam inservíveis e não haveria risco de interrupção de serviço. Vencida a Min. Ellen Gracie, que indeferia ordem. Salientava que o furto de fios de cobre seria um delito endêmico no Brasil, a causar enormes prejuízos, bem assim que o metal seria reaproveitável. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 107.370/SP, Brasília, DF, 26 de abril de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4033691>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas corpus** – HC n.º 133.342 AgR/SP da 1ª Turma, Brasília, DF, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310465865&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸¹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO DA PENA.

1. Nos crimes de contrabando e/ou descaminho, a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente e responsável pela diligência por ocasião da apreensão das mercadorias.

2. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho considerando (a) o somatório de tributos iludidos (II e IPI), (b) o parâmetro fiscal de R\$ 20 mil estabelecido pela Portaria MF n.º 75/2012. Ultrapassado no caso o referido parâmetro, resta afastada a alegação de insignificância da conduta.

3. Comprovadas a autoria, a materialidade e o dolo, e sendo o fato típico, antijurídico e culpável, considerando a inexistência de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, resta evidenciada a prática do delito do art. 334, “caput”, do Código Penal. Mantida a condenação.

4. Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 126.292/SP e ao contido na Súmula n.º 122 deste Tribunal, tão logo decorridos os prazos para interposição de

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade.

2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância.

Ordem concedida.¹⁸²

Aqui, a própria administração pública, em processo disciplinar, já havia inocentado o sujeito em face ao crime de descaminho, o que foi confirmado pelo Min. Eros Grau.

Habeas corpus. Penal. Descaminho (CP, art. 334). Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida. 1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 14.922,69, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, já que o paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença com que, em virtude do princípio da insignificância, se rejeitou a denúncia ofertada contra o paciente.¹⁸³

Adotando os parâmetros do STF, o Superior Tribunal de Justiça passou a acolher as atualizações feitas pelas Portarias n.º 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda, sobre o artigo 20 da Lei n.º. 10.522/2002.

recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas.

5. Impossibilidade de majoração do valor dos honorários advocatícios devidos à defensora dativa, pois já fixados na sentença no valor máximo e de acordo com a Resolução nº 305/2014 do Conselho da Justiça Federal.

6. Apelação criminal improvida.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal** – ACR n.º 5001253-96.2014.4.04.7016/PR da 8ª Turma, Curitiba, PR, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 03 set. 2019.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 95.749/PR, Brasília, DF, 07 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2465259&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 126.191/PR, Brasília, DF, 08 de abril de 2015. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15326070256&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF – R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO – Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. 3. Recurso especial improvido. Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada.¹⁸⁴

Logo, a tese fixada pelos Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça incide na aplicação do princípio da Insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho, quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem proferido algumas decisões reconhecendo a aplicação do princípio da Insignificância aos crimes contra a administração pública.

No caso abaixo, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, os serviços prestados não ultrapassaram a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais), que foi ressarcida aos cofres públicos pelo paciente.

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.¹⁸⁵

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 1.688.878/SP da 3ª Seção, Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562923785/recurso-especial-resp-1688878-sp-2017-0201621-1>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 104.286/SP da 2ª Turma, Brasília, DF, 11 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=20/05/2011&incidente=3895509&codCapitulo=5&numMateria=74&codMateria=3>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

O relator, Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que deve ser levada em conta a avaliação dos aspectos de ordem objetiva na prática do ato, ou seja, o próprio fato, e não atributos do agente, que se tratava do prefeito.

No outro caso abaixo, versou sobre o crime de peculato cujo objeto material foram seis (6) livros, que correspondiam à importância de R\$ 100,00 (cem reais).

EMENTA: O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. RELAÇÕES DESSA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL COM OS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM MATÉRIA PENAL. NECESSIDADE DE CONCRETA IDENTIFICAÇÃO, EM CADA SITUAÇÃO OCORRENTE, DOS VETORES QUE LEGITIMAM O RECONHECIMENTO DO FATO INSIGNIFICANTE (HC 84.412/SP, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). DOCTRINA. PRECEDENTES. PECULATO (CP, ART. 312, § 1º). OCORRÊNCIA, NO CASO, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, EM ATO SINGULAR, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA, EM SEDE REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 192, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009). PEDIDO DEFERIDO.¹⁸⁶

A análise objetiva do caso acima conduz ao reconhecimento da configuração, na espécie, do fato insignificante a descaracterizar, no plano material, a tipicidade penal da conduta. Nesse parâmetro, outras decisões:

Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida.¹⁸⁷

A propósito, no mesmo sentido, os seguintes julgados ratificam a aplicação do princípio da Insignificância em crimes contra a administração pública pelo STF:

HABEAS CORPUS. PENAL. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR (PECULATO). ALEGAÇÃO DE

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 112.308/SC, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=203587012&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 107.370/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de junho de 2011. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2967646&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO: APLICAÇÃO À ESPECIE VERTENTE. HABEAS CORPUS DEFERIDO.¹⁸⁸

HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS 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 cinquenta 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 consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida”.¹⁸⁹

Desta forma, o sistema jurídico deve considerar a relevantíssima circunstância que justifique a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente 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. Gustavo de Carvalho Guadanhin defende:¹⁹⁰

Como visto, o princípio da insignificância, conquanto seja um direito subjetivo do acusado de um fato penalmente reprovável que tenha exposto o bem jurídico tutelado de forma, ínfima tem na interpretação dos tipos incriminadores, por meio dos quais atuará restringindo o seu alcance, seu maior aproveitamento. Isso decorre de uma apreciação dos fatos concretos que sejam necessitados de pena, visto que o ato de incriminação deve já conter a previsão de uma lesão ou uma ameaça de lesão a bens jurídicos que, de forma abstrata, são dignos de tutela penal, isto é, merecedores de pena.

Por meio dessa diferenciação, deixa-se evidenciado que, para quase todas as figuras típicas incriminadoras, o princípio da insignificância é aplicável quando a ofensa for pífia, pois essa avaliação pode ocorrer com qualquer bem jurídico, o que engloba os delitos contra a Administração Pública. Ora, Toledo, já em 1982, ao exemplificar a aplicação do princípio da insignificância, indicava, nesse âmbito, além do descaminho (artigo 334 do Código Penal), sua incidência no peculato (artigo 312 do Código Penal), mencionando um caso concreto em que houve o “desvio de algumas poucas amostras de amêndoas”.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 92.634/PE da 1ª Turma, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2260152&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 87.478/PA da 1ª Turma, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=37&dataPublicacaoDj=23/02/2007&incidente=2342728&codCapitulo=5&numMateria=4&codMateria=2>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁹⁰ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op. cit.*, p. 146.

A norma legal, produto da atividade legislativa, normalmente se descreve em um preceito primário e secundário, ou seja, fato típico e pena. O controle jurisdicional é uma das garantias dos indivíduos para as eventuais arbitrariedades e desproporcionalidades da atividade legiferante. Cabe à política criminal atuar de forma defensiva, mediana, frente ao poder estatal de interferência na liberdade individual.

O postulado da Insignificância penal confirma o caráter do Devido Processo Legal “substancial”, ou seja, que condutas meramente formais, contudo insignificantes mediante um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, são constitucionalmente atípicas.

Nesse sentido, a concretização do termo de justiça como um direito coletivo, proposto desde o preâmbulo constitucional, completa-se, desde que todos os direitos e garantias individuais, tais como liberdade, igualdade, segurança, etc, sejam valores positivados e devidamente respeitados. Assim, concretizam-se os efeitos e objetivos da intervenção mínima do Poder Público na esfera de garantias e liberdades individuais do cidadão, princípio base do Direito Penal que, por sua vez, impõe a este seu caráter subsidiário.

O postulado da Insignificância caminha junto ao resultado da justiça, que através do Poder Judiciário faz um equilíbrio entre valores e direitos positivados com as concretas atividades humanas. Por esse motivo, compreende-se que a aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa é racionalmente uma forma de realização de justiça.

Ao intérprete, cabe realizar um juízo de valor face ao subjetivo histórico de vida do agente, face à objetividade da conduta delitiva concreta. A Constituição Federal, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez impõe a grave lesão ao bem jurídico protegido para o enquadramento da conduta típica.

A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerada no aspecto subjetivo, relacionado à pessoa do acusado.

Portanto, atualmente, a aplicação do princípio da Insignificância nos tribunais superiores ainda é exceção à regra. No crime de descaminho, dentro dos parâmetros previstos pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda, a aplicação da insignificância é certa. Contudo, aos demais crimes contra a administração pública o STJ não reconhece a insignificância. O STF pauta-se na análise de cada caso concreto, possuindo precedentes que aplicam o princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública.

5.2.1 Precedentes da Súmula 599 do STJ

Ao colacionarem-se os precedentes diretos da súmula 599, os argumentos caminham no sentido de que a moralidade pública é insuscetível de valoração econômica. O fundamento de que não se visa a proteger apenas o patrimônio público, mas a tutela da moral administrativa, blinda a corte de adentrar na análise do caso. Lesões ínfimas são severamente sancionadas, causando a sensação de muito mais arbitrariedade do que realmente justiça. Contudo, o julgado no RHC 85.272/RS, acima detalhado, de forma isolada, reconheceu a aplicação do princípio da insignificância para bens jurídicos além do patrimônio. Assim, concluem Núbio Pinhon Mendes Parreiras e Dorcas Marques Almeida:

Já no sentido de ampliar a incidência do instituto para bens jurídicos além do patrimônio, o STJ, em recente julgamento no RHC 85.272/RS, reconheceu a exclusão típica a partir da insignificância de lesão em crime contra a Administração Pública, em situação em que um sujeito destruiu um cone de sinalização. Importante destacar que tal julgamento mitigou a incidência da súmula 599 do STJ, que desconsiderava o tipo material para a configuração típica nos crimes contra a Administração Pública.¹⁹¹

Os 13 (treze) precedentes originários da súmula 599 do STJ, sem realizar qualquer juízo conglobante, automaticamente defendem e aplicam a tese de que a referida corte tem por entendimento consolidado a não aplicação do princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública. Nesse sentido, alguns julgados salientam:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica.
2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.
3. Agravo a que se nega provimento.¹⁹²

¹⁹¹ PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes; ALMEIDA, Dorcas Marques. O tratamento da insignificância da lesão no Brasil: a incompatibilidade com a intervenção mínima. In: **Anais do congresso em pesquisa de ciências criminais**. p. 87-117, Ibccrim, 2018. p. 102.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – AgRg no AREsp n.º 572572/PR** da 5ª Turma, Brasília, DF, 16 de março de 2016. Disponível em:

No caso acima, o agravante incurso nas sanções do artigo 312, § 1º do Código Penal, foi condenado em 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa. A sanção privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito. O mesmo sustentou a tese de possível aplicação do postulado bagatelar nos delitos contra a Administração Pública, citando o julgado de 2011 do STF (HC n.º 104. 286), aduzindo que não haveria nenhum óbice ao STJ em rever e alterar sua própria jurisprudência.

Contudo, ao alegado foi negado provimento.

Em outro precedente, o STJ relatou os seguintes argumentos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO PENAL MILITAR. ART. 303, § 2º, NA FORMA DO ART. 30, II, DO CPM. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICAÇÃO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MORALIDADE ADMINISTRATIVA INSUSCETÍVEL DE VALORAÇÃO ECONÔMICA. SÚMULA 83/STJ.

1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.
2. Incidência da Súmula 83/STJ.
3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
4. Agravo regimental improvido.¹⁹³

No caso acima, o tribunal reafirmou a condição da inaplicabilidade do postulado da Insignificância ao crime de peculato, destacando que a dimensão material não é levada em consideração, uma vez que o que se resguarda, principalmente, é a moralidade administrativa e não somente, o aspecto patrimonial.

Em se tratando do crime de peculato, o STJ fixou também o entendimento de não ser possível os parâmetros utilizados no crime de descaminho para a aplicação da insignificância.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DELITO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. INAPLICABILIDADE.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja

<http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1493885&num_registro=201402127730&data=20160316&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgRg no REsp n.º 1.308.038/SP da 6ª Turma, Brasília, DF, 19 de maio de 2015. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45978950&num_registro=201403064884&data=20150423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa.

2. Não se aplica ao crime de peculato o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a alteração dada pelas Portarias n. 75 e n. 130/2012, por não se tratar de supressão de tributo.

3. De qualquer forma, mostra-se irrelevante a discussão acerca do valor indevidamente apropriado, ante a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agravante, que se utilizou do cargo de gerente e tesoureiro da agência dos Correios para se apropriar da quantia de R\$ 5.680,78.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁹⁴

No outro caso abaixo, foi alegada a desproporcionalidade da medida em relação à perda do cargo público.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO.

1. Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica.

PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO EXTRAPENAL. ART. 92, I, A DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. Não há que se cogitar de ausência de fundamentação válida na decisão que decretou a perda do cargo público do apenado, pois evidenciou, a partir de elementos concretos, a violação de dever para com a Administração Pública.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁹⁵

Destaca-se nesse caso, em que houve a tentativa de apropriação de algumas resmas de papel do tipo A4, que a conduta regressa do recorrente foi levada em consideração para se manter a condenação de perda de cargo. A vida regressa do agente não é objeto de análise para aplicação da insignificância, mas, nesse caso, foi objeto para mais uma justificação na condenação.

Em outro precedente, a alegação de atipicidade formal da conduta, já que na época dos fatos a agente não era mais funcionária pública, não foi conhecida pelo STJ. A corte entendeu que configuraria supressão de instância, pois o fato não teria sido objeto de manifestação no tribunal de origem.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgR no AREsp n.º 487.715/CE da 5ª Turma, Brasília, DF, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49679480&num_registro=201400603040&data=20150901&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgR no REsp n.º 1.382.289/PR da 5ª Turma, Brasília, DF, 11 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34275408&num_registro=201301319252&data=20140611&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE ATIPICIDADE FORMAL DA CONDUTA. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA. ENUNCIADO N. 438 DA SÚMULA DO STJ. APLICABILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INVIABILIDADE. PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, INSUSCETÍVEL DE VALORAÇÃO ECONÔMICA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática em que se nega seguimento ao writ, substitutivo de recurso ordinário, quando não evidenciado manifesto constrangimento à liberdade de locomoção.
2. Verificado que o Tribunal de origem não debateu satisfatoriamente a alegação de atipicidade formal da conduta, o conhecimento originário por este Superior Tribunal configuraria indevida supressão de instância.
3. Este Superior Tribunal sumulou o entendimento de que é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal (Súmula 438/STJ).
4. É inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração Pública, pois a norma penal visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (APn n. 702/AP, Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 1º/7/2015).
5. Agravo regimental improvido.¹⁹⁶

De maneira menos autoritária e inflexível, alguns precedentes trazem a informação de que “em regra” não se aplica o princípio da Insignificância aos crimes praticados contra a administração pública.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não se admite, em regra, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a administração pública, haja vista buscar-se, nesses casos, além da proteção patrimonial, a tutela da moral administrativa.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁹⁷

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – AgR no HC n.º 188.151/SP da 6ª Turma, Brasília, DF, 07 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488510&num_registro=201001933595&data=20160307&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento** – AgR no Ag n.º 1.105.736/MG da 6ª Turma, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13352319&num_registro=200802257564&data=20101217&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, firme no sentido de que não se aplica, em regra, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial mas principalmente a moral administrativa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁹⁸

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

Essa eg. Corte Superior possui entendimento no sentido da impossibilidade, em regra, de se aplicar o princípio da insignificância ao crime praticado contra a Administração Pública, uma vez que a norma busca resguardar também a moral administrativa (precedentes).

Recurso ordinário desprovido.¹⁹⁹

Contrariando a redação da grande maioria dos precedentes e da própria súmula 599, as ementas acima ventilam a hipótese de aplicação do princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública.

É notório que a edição da súmula 599 do STJ foi um total contrassenso e descompasso ao entendimento do STF, uma vez que já havia precedentes na corte máxima de aplicação do princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública.

O STF já possuía entendimento contrário ao que vinha sendo proferido pelo STJ. Para o pretório excelso, a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não inviabiliza a aplicação do princípio da Insignificância, devendo haver uma análise do caso concreto para se examinar a incidência ou não do postulado bagatelar.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. 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

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgR no AREsp n.º 342.908/DF da 5ª Turma, Brasília, DF, 27 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1331899&num_registro=201301677741&data=20140627&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário no Habeas corpus** – RHC n.º 51.356/SC da 5ª Turma, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1379360&num_registro=201402244673&data=20150218&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.²⁰⁰

Nesse caso, o ínfimo valor do bem tutelado culminou no desinteresse estatal de sancionar a conduta acima, reconhecendo a aplicação da insignificância.

Logo, o STF, desde anterior edição da súmula 599, demonstrava claramente julgados que discordavam da regra imposta pela mesma. Entretanto, a corte inferior não considerou aquele entendimento.

Por fim, o entendimento consolidado na súmula 599, de 2017, em punir lesões materialmente insignificantes, apenas por se tratar da tutela da moralidade administrativa, afastando-se automática e genericamente a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância, não se coaduna nos fundamentos que compõem um Estado de modelo Constitucional de Direito.

5.2.2 Críticas à Súmula 599 do STJ

A Constituição Federal de 1988 se consolidou nos moldes de Estado Democrático de Direito, adotando um caráter garantista, anteriormente detalhado. Nesse modelo, é direito do cidadão a garantia de aplicação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Sem haver hierarquia entre esses, cabe ao Poder Judiciário efetivar a concreção dos mesmos, obedecendo aos princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal.

Nesse compasso, é evidente que o teor da súmula 599 vem em contramão à lógica jurídica do Estado de Direito, uma vez que mitiga também a condição prevista no princípio penal da Intervenção Mínima, pois imediata e integralmente ignora os critérios estabelecidos para a aplicação do princípio da Insignificância. Sumular a inaplicabilidade do princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública deveria contemplar de forma clara a condição do elemento subjetivo do agente e as consequências de sua ação na esfera social e administrativa. Nesse sentido, não se aplicaria o princípio da Insignificância nos crimes contra a administração pública, desde que, verificado o elemento subjetivo, tenha este a finalidade de abalar a ordem social e promover a ruptura dos princípios norteadores da atividade administrativa.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 112.388/SP, Brasília, DF, 14 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=97157889&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

O Superior Tribunal de Justiça tem mostrado clara contradição dos critérios adotados para suas decisões, no que tange a esfera administrativa. Em caráter de exceção, o referido tribunal admite a aplicação do princípio da Insignificância no crime de descaminho. Atesta a condição de entender que a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) é insignificante para persecução penal, ao passo que entende ser improbidade e ofensa à moralidade a apropriação de uma caneta por um funcionário público. Além de desrespeito de insegurança jurídica, tal situação é uma afronta aos fundamentos constitucionais de 1988. Henrique Gonçalves Sanches²⁰¹ salienta:

Extrai-se da Jurisprudência que o argumento utilizado na aplicação do princípio da insignificância penal no crime de descaminho é o seguinte: se administrativamente a Procuradoria da Fazenda Nacional não tem interesse nas execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União no valor de até R\$ 20.000,00, não cabe ao Direito Penal, como ultima ratio, ser chamado a resolver a pretensão arrecadatória do Estado.

Logo, parece-nos totalmente teratológica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça porque, em sede de crimes contra a Administração Pública e ao teor da Súmula 599, não vem autorizando a desconsideração da punição penal de funcionário público envolvido na subtração de “farol de milha” avaliado em R\$ 13,00 (treze reais), mas, ao mesmo tempo, é pernicioso em tolerar a impunidade do sonegador de tributo no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Ainda o mesmo autor:

Enfim, acreditamos que o Superior Tribunal de Justiça ao tratar de condutas típicas praticadas contra a administração pública, sendo aquelas valoradas no Título XI do Código Penal, tem suscitado nítida situação de violação do princípio da legalidade, bem como daqueles limitadores do “ius puniendi”, eis que vem utilizando o Direito Penal de maneira ilegítima, injustificada e desproporcional para proteger bem jurídico que, no caso concreto, muitas vezes sequer foi exposto a qualquer ameaça de lesão, desconsiderando, ainda, que outros ramos do direito poderiam, por si só, solucionar a questão com maior adequação e eficiência.

Assim, no sentido de coerência ao sistema jurídico como um todo, a discrepância do entendimento exteriorizado na súmula 599 tem sido ponto de destaque entre os defensores da antítese sumular. Paula Brener defende:

A coerência e sistematicidade do aprimoramento do ordenamento jurídico-penal buscado deve se desenvolver aliado à construção doutrinária da dogmática penal,

²⁰¹ SANCHES, Henrique Gonçalves. O princípio da insignificância penal nos crimes contra a Administração Pública: questões controvertidas. **DireitoNet**. ago./2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10815/O-principio-da-insignificancia-penal-nos-crimes-contra-a-Administracao-Publica-questoes-controvertidas>>. Acesso em: 07 maio 2019.

mantendo-se o equilíbrio entre a política-criminal, as expectativas sociais e a arte do justo.²⁰²

Dar à moralidade pública a condição de bem jurídico, intocável, impossível de relativização é, no mínimo, uma subversão de valores de bens como a vida, a liberdade, dentre outros.

Por outro lado, como visto alhures, princípios jurídicos são normas que devem ser seguidas, à risca, dentro do ordenamento jurídico. O contexto da súmula 599, além de afastar a incidência de uma norma principiológica, coloca a moralidade pública na condição de bem jurídico supremo.

Não por outra razão que “o conceito de bem jurídico, ao emergir da limitação à intervenção penal, representa um importante termômetro para que se afira estar a dogmática penal em consonância com o Estado Democrático de Direito (...)”.²⁰³

Nesse contexto, o conceito de bem jurídico para configuração da figura criminosa é de suma importância no sistema jurídico, para se evitar excessos e arbitrariedades estatais. Núbio Pinhon Mendes Parreiras e Dorcas Marques Almeida salientam:

Ocorre que, muito embora a consolidação da exigência de bem jurídico para a proibição de condutas, com o tempo, percebeu-se que a desconsideração, em concreto, do grau de afetação do bem jurídico para a configuração delitiva provocava uma criminalização indiscriminada, independente de condutas materialmente lesivas ou não (ao bem jurídico), o que entra em conflito, portanto, com o princípio da intervenção mínima, que limita o Direito Penal aos conflitos sociais mais importantes, já que é o “braço mais agressivo” do Estado.²⁰⁴

Esse modelo de criminalização que desconsidera o grau da lesão ou nível da exposição de perigo ao bem jurídico tutelado é o parâmetro instituído pela súmula 599. A criminalização independe de condutas materialmente lesivas, colocando, dessa maneira, o Direito Penal em conflito com seus fundamentos de Fragmentário e Subsidiário.

Por outro lado, o princípio da Intervenção Mínima, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem por exigência a significativa lesão ao bem jurídico. Esses elementos são condições que justificam a utilização e a aplicação do Direito Penal.

²⁰² BRENER, Paula. O princípio da insignificância nos tribunais superiores: uma crítica à crescente limitação da sua eficácia principiológica. **ICP**. jan./2019. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://icp.org.br/Jovem/ComaPalavra/6>>. Acesso em: 07 maio 2019.

²⁰³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 114.

²⁰⁴ PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes, *op. cit.*, p. 98.

Sob outro prisma, a condição especificada no artigo 5.º, inciso XXXV da CF/88,²⁰⁵ corrobora a ideia de necessidade de lesão, ou seja, a lesão insignificante estaria acobertada pelo princípio da Intervenção Mínima.

Assim, Felipe Lorenzi reafirma “é que ao princípio da insignificância importa apenas o desvalor do resultado, correspondente à ínfima lesão ao bem jurídico tutelado pela norma proibitiva penal”.²⁰⁶ Ainda, o mesmo autor:

Pode-se dizer, portanto, que o desvalor do resultado é condição necessária para a ação ser materialmente típica e que a falta de desvalor do resultado é condição suficiente para afastar a tipicidade material. Dito de outra forma: o fato é típico se e somente se possuir resultado desvaloroso.²⁰⁷

Logo, a possibilidade de estipular um critério que avaliasse a afetação do bem jurídico, no desvalor do resultado, assolaria os efeitos legais da súmula 599, que, independentemente de qual seja o resultado do comportamento do agente, conclui imediatamente para a sua punição.

Esse descompasso democrático instituído pelo teor da súmula 599 chega quase ao temido Direito Penal do Autor, e não ao Direito Penal do Fato. Veridiane Santos Muzzi define:

No Direito Penal do Autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor como a reincidência.²⁰⁸

Sabe-se que o sistema criminal brasileiro, adotando a teoria do Garantismo Penal defendida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, alhures detalhado, assegura os direitos e garantias fundamentais como forma de orientar, corrigir e evitar os excessos estatais. Nesse sentido, José Carlos De Oliveira Robaldo conclui:

²⁰⁵ Art. 5º (...);

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁰⁶ LORENZI, Felipe da Costa de. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. **Revista de Estudos Criminais**. v. 12, n. 57, p. 206-243, 2015. p. 227.

²⁰⁷ *Id.*, p. 223.

²⁰⁸ MUZZI, Veridiane Santos. Teorias antigarantistas: aspectos do direito penal do autor e do direito penal do inimigo. **Lex Magister**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS__ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx>. Acesso em: 09 maio 2019.

Isso significa que, no nosso caso, para responsabilizar penalmente alguém pela prática de uma conduta criminosa, impõe-se ao Estado, por meio do trabalho inicial, de regra, da polícia judiciária (inquérito policial) e do Ministério Público, deste em juízo (processo), provar, de forma indubitosa, a sua concorrência direta ou indiretamente para a prática da conduta que lhe foi imputada.

Nessa perspectiva não interessa o histórico ou antecedente do investigado ou suspeito. Por mais criminoso que seja o possível autor da infração, assim mesmo, para a sua condenação, impõe-se ao autor da ação penal, que, em regra, é o Ministério Público (estadual ou federal), obedecendo aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por meios lícitos, provar cabalmente o seu envolvimento.²⁰⁹

Logo, no Brasil, o Direito Penal é o Direito Penal do Fato, o que significa que o legislador somente pode tipificar como crime conduta humana voluntária, diferente do Direito Penal do Autor no qual se tipificam estilos de vida.

Nesse sentido, em seu voto no HC 104.286-SP (citado anteriormente), o ministro Gilmar Mendes descreve:

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 de tipicidade, equivocado é a 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 os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder uma análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado, e ultrapassando o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.²¹⁰

Nesse sentido, a necessidade de adentrar na análise das circunstâncias do concreto impõe-se como premissa basilar de um Estado de Direito com um modelo Garantista. Não cabe ao Direito Penal a proteção de bens e condutas insignificantes.

Assim, o julgamento antecipado nos moldes da súmula 599 trata toda situação como se o indivíduo tivesse a intenção de ofender o princípio da Moralidade administrativa, o que em grande parte não acontece. Sintetizando nas palavras de Francisco De Assis Toledo:

Uma corrente de penalistas – a dominante, segundo supomos, opta pela culpabilidade do fato. Segundo esta corrente a censura de culpabilidade recai sobre o

²⁰⁹ ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Direito penal do autor ou direito penal do fato?. **Jusbrasil**. jul./2009. Disponível em: <<https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/1599865/direito-penal-do-autor-ou-direito-penal-do-fato>>. 28 julho. 2009. Acesso em: 09 maio 2019.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 104.286/SP, *op. cit.*

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. Apoiar-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-de-agir-de-outro-modo coloca-se como pressuposto ou 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, e, ainda, partindo da suposição de que não há meios de se verificar no agente concreto o aludido poder-de-agir-de-outro-modo, concluem esses penalistas que a única solução; para se salvar o juízo de culpabilidade, seria desfocá-lo do “fato” para a “pessoa do agente”. Censurável já não seria 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.²¹¹

Portanto, o teor e a forma sintética da súmula 599 afastam a essência garantista consagrada na Carta Magna de 1988, preconizando em seus moldes a aplicação do Direito Penal do Autor, pois não permitem sequer analisar os elementos e os motivos do delito, ignorando a ausência de reflexo social.

²¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.*, p. 235.

6 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

6.1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo tempo na administração pública, ratificado em 1998 pela Emenda Constitucional nº19. O administrador público que não age dentro dos valores e parâmetros determinados pelos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, pode vir a sofrer graves danos processuais. Os atos de improbidade administrativa possuem fundamento no texto constitucional no § 4º do artigo 37.

Administrar a máquina estatal dentro dos moldes da legalidade, diante às necessidades da sociedade moderna, não se trata de simples tarefa. O administrador público se submete ao dever de concretizar o rol de direitos e garantias fundamentais impostos pela constituinte de 1988, sem poder cometer nenhum pequeno deslize ou mesmo nenhum ato inábil sob pena de ser considerado ímprobo.

A Lei de Improbidade Administrativa artigo 2º²¹² analisa quem são os sujeitos, possíveis autores de cometerem atos de improbidade administrativa. O artigo 3º da lei estende esse conceito, incluindo particulares como possíveis cometedores de atos de improbidade administrativa, como ficou assentado no acórdão da Ministra Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - TERCEIRO NÃO OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO - CONCURSO PARA A PRÁTICA DE ATO DESCRITO NO ART.9º DA LEI 8.429/92 - CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DOS ARTS. 1º E 3º DA LEI 8.429/92.

1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao preverem a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.
2. A expressão "no que couber" prevista no art. 3º, deve ser entendida apenas como forma de restringir as sanções aplicáveis, que devem ser compatíveis com as condições pessoais do agente, não tendo o condão de afastar a responsabilidade de terceiro que concorre para ilícito praticado por agente público.
3. Recurso especial não provido.²¹³

²¹² Art. 2º 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 qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 931.135/RO da 2ª Turma, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845280&num_registro=200700463794&data=20090227&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Não resta dúvida que somente os agentes públicos, com ou sem cooperação de terceiros, podem praticar atos de improbidade administrativa.

Entretanto, de forma precisa, a jurisprudência entende, como no caso abaixo citado, que se um particular ou terceiro, pessoa física ou jurídica, diretamente se vincular a um agente público na prática de um ato ímprobo, poderá este, juntamente com o agente, figurar no polo passivo da ação de improbidade administrativa.

É necessário que se demonstre a participação do particular, em conjunto com o agente público, na prática do ato ímprobo. Sem essa relação direta entre eles (nexo de causalidade), não há como responsabilizar o particular.

Assim, a responsabilidade do particular na Lei n.º 8.429/92, tal qual a do agente público, é vinculada aos atos que pratica ativa ou passivamente, com má-fé ou dolo, visando a um fim proibido, vedado pela Lei de Improbidade Administrativa.

Contudo, mesmo diante da amplitude da LIA, fato de suma importância ocorre quando um particular que recebe verba de ente público relaciona-se com outro particular, fruto de negócio jurídico diverso do vínculo originário. Para essa segunda negociação, não há que se falar em litisconsorte passivo necessário e muito menos em lesão aos bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa. Nesse caso, não há crime de improbidade administrativa.

Logo, o particular, contratado por ente de direito público, ao efetuar novas relações com particulares e incorporar a verba pública ao seu patrimônio pessoal, não teria cometido ato de improbidade administrativa, já que não se considera mais verba pública o dinheiro que já se encontra no patrimônio do particular ou empresa de direito privado. Um caso paradigma sobre o assunto foi o julgamento envolvendo o ator Guilherme Fontes. Nele, proferiu-se o seguinte acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA APENAS CONTRA PARTICULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. PRECEDENTES.

I - A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II - Nos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV - Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V - Recurso especial improvido.²¹⁴

Para uma correta compreensão do tema da figura do terceiro ou particular, Marcelo Figueiredo²¹⁵ salienta:

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante da conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: ‘induzir’ ou ‘concorrer’.

Como visto, para a responsabilização tanto do particular como do agente público por improbidade administrativa é imperioso o elemento subjetivo, marcado pelo ato desonesto, praticado de má-fé de ambos, ou caracterizado pela imoralidade qualificada, além do efetivo prejuízo ao erário.

Há de se ressaltar que o fato de o particular não responder pelo ato de improbidade administrativa nada impede que o mesmo não seja processado e punido em outras esferas.

Logo, corretamente, a conduta ilegal do particular para ser considerada ímproba deve ser praticada integralmente em conjunto (terceiro e agente público), não sendo admitida a responsabilização na Lei n.º 8.429/92 das pessoas físicas somente pelo fato delas receberem verba pública ou privada, de outro particular, ou serem sócios de empresas privadas.

6.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTRANGIDOS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 1.405.748/RJ da 1ª Turma, Brasília, DF, 17 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48282451&num_registro=201303229557&data=20150817&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

²¹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

O caráter punitivo da Lei de Improbidade Administrativa é notório, desde sua ementa. O rigor das sanções, alinhado às disposições penais, expresso em seu texto, confirma a severidade da lei. A LIA estabeleceu regras especiais para imposição das penalidades constitucionais do art. 37, § 4º. Entender a moralidade pública como algo impossível de ser relativizado é patrocinar a legislação como uma estrutura unilateral, que culminaria na banalização de tal instrumento e consequente movimentação judiciária. Calil Simão²¹⁶ explana:

Visa o dispositivo resguardar a probidade dos agentes investidos das funções públicas, bem como dos particulares que mantêm relação com o Estado. Isso porque a corrupção compromete a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade. O combate à corrupção e a implementação da respectiva punição nessa seara volta-se às pessoas que maculam os atos e decisões emitidas no exercício de suas funções públicas. Vale dizer, o propósito constitucional é promover e fortalecer o desenvolvimento das instituições públicas, mediante a prevenção, constatação e punição, tudo com o fito de erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e os atos de corrupção especificamente vinculados ao seu exercício. São essas pessoas que podem ser consideradas ímporas para fins de receber sanções gravíssimas previstas. A lei 8.429/92 não pode avançar, ou seja, desvincular-se desse desiderato, sob pena de inconstitucionalidade.

Como visto, a LIA tem por objetivo punir condutas graves, ações maculadas com má-fé, que causam, além da lesão ao erário, indignação na sociedade. Perseguir condutas típicas, porém insignificantes, é atuar de forma diferente à essência constitucional e legal.

Os poderes administrativos, próprios e inerentes à atividade administrativa, sofrem exageradas restrições à sua proposta. O caráter aberto da LIA alinhado à possibilidade de uma responsabilização processual acarreta danos no atuar do administrador público probo, que por temeridade legal deixa de promover um bem maior à sociedade. Hely Lopes Meirelles salienta:

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.²¹⁷

Assim, a interpretação literal da LIA prejudicaria o desenvolvimento, a concretude da proposta constitucional de desenvolvimento nacional. Tanto há deformidades no sistema

²¹⁶ SIMÃO, Calil, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.

jurídico que não se pauta na máxima de que o legal é moral, mas em seu sentido adverso. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves entendem:

(...) um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância com a moralidade administrativa, vale dizer, com os ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.²¹⁸

Nesse sentido, a observação à LIA feita pelo operador do direito não deve conduzir-se apenas na observância do princípio da Moralidade pública para conferir a probidade administrativa. Esse agir tanto restringe valores essenciais que promovem direitos fundamentais dos administrados, bem como conduzem a uma penalização banal e espetaculosa de um bom administrador.

Em um Estado Democrático de Direito, o bem comum é o pilar fundamental. O atuar conforme os limites definidos pela Lei de Improbidade Administrativa muitas vezes afasta o agente honesto e engessa a administração. A extrema proteção ao princípio da Moralidade chega a prejudicar os preceitos contidos no princípio da Eficiência.

Controlar os atos dos agentes públicos e fiscalizá-los sem subjugar seus direitos fundamentais, respeitando inclusive a dignidade da pessoa humana, é o caminho a ser percorrido.

Exercer de forma coerente e responsável a atividade de identificar o bom administrador, reduzindo o grau de abstração da LIA e adequar a realidade aos fatos, certamente é atividade peculiar de um modelo constitucional. Atuar com extremismos e exageros, reconhecendo por ímprobos meras condutas, além de movimentar desnecessariamente a máquina do poder judiciário, retira o caráter meritório do mesmo.

O dever de bem administrar inclui a função de bem julgar. Antônio José Brandão²¹⁹ ressalta:

O exercício do senso moral com que cada homem é promovido, a fim de usar retamente – para o bem, entenda-se -, nas situações concretas trazidas pelo cotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.

²¹⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

²¹⁹ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de direito administrativo**. n. 25/459 p. 454-467, 1951. p. 459.

Portanto, a identificação do mau administrador, à luz do caso concreto, dos princípios que norteiam a atividade administrativa e dos valores que consubstanciam a moral comum, ou seja, a moral social, proporciona não somente a real consecução dos fins legais, mas também a promoção do interesse público.

6.3 DIREITOS, GARANTIAS E PRINCÍPIOS PROTEGIDOS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Desde seu projeto, a LIA teve por objeto o combate à corrupção. A proteção ao erário contra administradores e agentes públicos que sem responsabilidade agem e utilizam da coisa pública como se fossem donos.

A sociedade contemporânea vive um momento de forte interesse pela extrema moralidade. A lei 8.429/92 certamente é a grande responsável para a tipificação de condutas ímprobas. Condutas graves, que realmente se traduzam em atos de má-fé, devem ser punidas com o rigor da referida legislação, já que esta tem por objetivo proteger o patrimônio público. Por sua vez, Dierly Da Cunha Júnior destaca:

A Lei n. 8.429/92 define ato de improbidade administrativa como todo aquele que lesa o interesse da coletividade, importa em enriquecimento ilícito, que causa prejuízo ao erário e que atenta contra os princípios da Administração Pública.²²⁰

Logo, ciente da extensão do ato de improbidade, a ação de improbidade administrativa defende interesses coletivos, nas palavras de José Antonio Lisboa Neiva, “serve ela para a tutela de interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas que constituem a sociedade”.²²¹

No mesmo sentido, concluem Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues ao assestarem que “a ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva, pois é proposta por ente coletivo para a tutela de interesse ou direito igualmente coletivo”.²²²

Assim, o direito à probidade administrativa é inerente a toda sociedade. Como interesse difuso e indivisível, a lesão à probidade administrativa representa um dano transindividual.

²²⁰ JÚNIOR, Cunha Dierly da. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm. 2009. p. 619.

²²¹ NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa**: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar. Niterói: Impetus, 2005. p. 36

²²² JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa. In: **Questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 221.

Neste sentido, evidencia-se que a proteção ao agente público probo, a proteção à boa-fé objetiva entre administrador e administrado e o combate ao patrimonialismo, são os principais objetivos e direitos promovidos pela LIA.

Ora, tutela ao princípio da Moralidade resguarda a sociedade do agente público desonesto, que dolosamente comete ato ímprobo abalando a atividade administrativa a ponto de interferir na continuidade do serviço público.

Entretanto, por outro ângulo, utilizando-se das palavras de José Guilherme Giacomuzzi, sabe-se que “o que se pode esperar do Estado ante o princípio da Moralidade do art. 37 é muito, portanto. Mas, como lá no art. 5º, aqui no art. 37 ela não representa a panaceia de todos os males. Mas pode ajudar-nos a construir um país mais igualitário”.²²³

Como acima mencionado, embora o zelo pela moralidade seja essencial, ele não é o único responsável pela perfeita atividade administrativa, tampouco o remédio para a quebra de todas as suas deformidades administrativas. Os princípios administrativos atuam de forma conjunta no bom desenvolvimento das instituições públicas, conforme salienta João Paulo Kemp Lima:

Os princípios da administração pública são regras que servem de interpretação das demais normas jurídicas, desta forma, cabe aos princípios eliminar lacunas proporcionando ao ordenamento jurídico certa coerência e harmonia para o bom andamento das administrações públicas, seja elas diretas e indiretas.²²⁴

Neste sentido, o artigo 37 da CF/88 determina também ao agente público a observação ao princípio da Eficiência. Assim, destaca-se:

A Administração Pública vê-se obrigada a atender aos comandos constitucionais de forma mais condizente com a realidade social em que se encontra, numa sociedade cujas relações se desenvolvem cada vez mais pelo ciberespaço, onde a variedade de caminhos se multiplica, exigindo do administrador público o acompanhamento a esse contexto de novos parâmetros. A respeito da Administração Pública, a Constituição Federal arrola diversos princípios, dentre os quais se destacam aqueles expressamente arrolados no artigo 37, caput, da CF/88, quais sejam o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.²²⁵

²²³ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**. v. 230, p. 291-303. Rio de Janeiro. Renovar. out./dez. 2002. p. 298.

²²⁴ LIMA, João Paulo Kemp. A improbidade administrativa frente os princípios constitucionais da administração pública e sua efetividade perante a esfera eleitoral. **Revista Paradigma**. n. 23, p. 126-143. Ribeirão-Preto. jan./dez. 2014. p. 130. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/308/502>>. Acesso em: 03 set. 2019.

²²⁵ ANÍBAL, Tiago Antonio Pauloso; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Governo eletrônico: uma análise do princípio da eficiência à luz do procedimento fiscal do itcmd no âmbito do estado de São Paulo. **Revista Paradigma**. v. 26, p. 209-233. Ribeirão-Preto. jul./dez. 2017. p. 211. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1043/pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

Logo, a atuação de forma imparcial, a proteção harmônica e equilibrada dos princípios administrativos exercida pelos agentes públicos, sem qualquer tipo de interesse pessoal, no âmbito dos três poderes, destaca os direitos promovidos pela LIA, confere respeito, sentido e eficácia à Constituição Federal.

6.4 A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI 13.655/2018

Voltada especificamente ao Direito Público, a lei 13.655/18 incluiu onze artigos na Lei 4.756/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), trazendo a expectativa de uma nova exegese nas decisões sobre questões de Direito Público. Os artigos 20, 21, 22 e 23 da nova legislação, sem dúvidas, influenciarão de modo significativo o julgamento de atos de improbidade administrativa.

A lei 13.655/2018 emerge, no mundo jurídico brasileiro, a fim de proporcionar segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, embora enfrente duras críticas desde seu início no Projeto de Lei 7448, de autoria do Senador mineiro Antonio Anastasia (PSDB).²²⁶ Há quem sustente que a nova legislação, além de possuir vários conceitos abertos, tornou praticamente impossível a regularização judicial de um ato da administração. Alega-se cerceamento do poder de fiscalização pelo Poder Judiciário.

Em linha adversa, os renomados advogados, professores administrativistas e autores intelectuais do projeto, Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, sustentam a necessidade de características como a previsibilidade, transparência e segurança jurídica nas decisões administrativas e judiciais, já que a atuação desordenada de órgãos administrativos tem provocado sérios prejuízos à eficiência da administração pública.²²⁷

²²⁶ (...) Ninguém quer uma Administração Pública que promova insegurança entre empresários e investidores, tampouco um controle externo ou um Poder Judiciário voluntarista, que trave o país e espalhe o medo entre os gestores. OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Por uma administração pública eficiente com respeito à lei. **Estadão**. 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-uma-administracao-publica-eficiente-com-respeito-a-lei/>>. Acesso em: 13 maio 2018.

²²⁷ (...) De outro lado, seus autores, os distintos advogados e professores de Direito Administrativo Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld, arremeteram apoios de peso entre colegas da advocacia e da academia. Também economistas de escol se manifestaram em artigos a favor do projeto e houve um grande jornal impresso que se manifestou em editorial pela sua sanção integral. *Id.*

O novo artigo 20 na LINDB²²⁸ exige que a decisão judicial seja tomada com base nas consequências práticas, tendo por motivação a demonstração da necessidade da medida imposta, inclusive as possíveis alternativas. Mesmo a administração não podendo ser imprudente, deverá haver uma análise de impacto da decisão.

O também inserido artigo 21²²⁹ descreve a necessidade de medir as consequências da decisão, bem como a modulação na anulação do ato administrativo.

Os artigos 22, §§§ 1º, 2º e 3º²³⁰ e artigo 23²³¹ reforçam os argumentos daqueles que sustentam a aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa, pois prescrevem a necessidade de análise do caso, bem como o excesso punitivo. Especificamente o artigo 22 e seus parágrafos, promove a ideia de que não se pode exigir o impossível, do uso da ponderação e cria uma excludente de ilicitude de reponsabilidade objetiva. Além disso, realça a importância da análise do contexto que o administrador público agiu, a importância da proporcionalidade da sanção e a necessidade de se evitar o excesso punitivo.

Dessa maneira, é imperiosa a observância de que o Direito Administrativo Sancionatório faz parte de um único sistema punitivo, no qual a garantia dos direitos fundamentais é cerne do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que todos os princípios de direito recebem igualmente guarida na Constituição. Assim, os novos dispositivos legais foram pensados como norma de sobredireito, ou seja, para atuar em todos os campos do direito, especialmente para as questões que envolvem o Direito Público.

²²⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

²²⁹ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

²³⁰ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

²³¹ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Evidente que o STJ, mediante provocação, apresentará novo posicionamento quanto à punição aos atos de improbidade administrativa. Qual será o entendimento jurisprudencial sobre irregularidade e improbidade, após o descrito nos artigos 20 e 22 da lei 13.655/18? A impossibilidade da relativização do princípio da Moralidade ainda será tratado como algo inquestionável, mediante aos objetivos de equidade da nova legislação?

Embora proibido expressamente para os casos de improbidade administrativa, a possibilidade de acordo judicial chega a ser uma eventual possibilidade nos moldes do artigo 27 da nova legislação. Cabe ainda ressaltar que as especificações do novo artigo 28 da LINDB²³² preveem a punição do agente público apenas por dolo ou erro grosseiro. Estaria o artigo 10 da lei 8.429/92²³³ parcialmente revogado?

Certamente, o novo artigo 28 inserido na LINDB, que prevê a responsabilidade do agente público apenas nos casos de dolo e erro grosseiro, quando o agente confessadamente agir por culpa e esta restar provada, diante da análise do caso concreto, mediante os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, conjugados ao artigo 22 da LINDB, abrirá provavelmente a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância para os atos de improbidade administrativa.

À luz dessas possibilidades, pode-se, hipoteticamente, imaginar que um vereador ao chutar desnecessariamente uma bola e quebrar uma lâmpada, conduta que se encaixa formal e materialmente nos artigos 10 e 11 da LIA, terá provavelmente reconhecida a insignificância de seu ato.

Logo, o caráter subjetivista da nova legislação permite que, ao mesmo tempo, continue o rigorismo jurídico nas decisões envolvendo a esfera pública, como possibilita a abertura para novas decisões baseadas inclusive no princípio do Devido Processo Legal.

Por esses motivos, espera-se mudança de entendimento da jurisprudência nacional, diante da nova redação da LINDB, em seus parágrafos 2º e 3º do artigo 22, introduzidos pela lei 13.655/2018, que determine respectivamente a análise da gravidade da infração cometida e a dosimetria das sanções da mesma natureza relativa ao mesmo fato, o que faz confirmar ser plausível constitucionalmente a aplicação da tese da insignificância e inexigibilidade de conduta diversa nas questões de direito público.

²³² Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

²³³ 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:.

7 A CONCREÇÃO DA CIDADANIA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7.1 OFENSA LESIVA AO BEM JURÍDICO TUTELADO

O objeto deste trabalho concentra-se em defender que somente a improbidade administrativa que provoque grave ofensa ao princípio da Moralidade administrativa e cause abalo na probidade administrativa poderia não estar sujeita ao reconhecimento e aplicação do princípio da Insignificância. Dessa forma, meras irregularidades e imoralidades que não causem abalo na atividade administrativa, tampouco qualquer dano ao erário, estariam, desde sua origem, acobertadas pela insignificância.

Merecidamente aplicáveis seriam as sanções previstas na LIA ao agente ímprobo, que agiu de má-fé e o fato causou grave prejuízo ao patrimônio público. Nas palavras de José Dos Santos Carvalho Filho, entende-se que:²³⁴

A falta de moralidade administrativa pode afetar vários aspectos da atividade da Administração. Quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, que, como regra, causam prejuízos ao erário, o diploma regulador é a Lei nº 8.429, de 2.6.1992, que prevê as hipóteses configuradoras da falta de probidade na Administração, bem como estabelece as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros, quando responsáveis por esse tipo ilegítimo de conduta.

Nota-se que o renomado administrativista destaca que, em regra, a improbidade causa prejuízo ao erário. Para tanto, utiliza-se da expressão “como regra”, o que permitiria explanar sobre os casos de improbidade em que não houvesse nenhum prejuízo ao patrimônio público, se seria coerente e justificável, dentro de um Estado de Direito que tem os direitos fundamentais como núcleo constitucional, a punição de um agente público dentro do rigorismo da LIA.

Protetora da moralidade administrativa para alguns e da probidade administrativa para outros, a LIA tem um papel importantíssimo no combate à corrupção pública. É desdobramento lógico sua inaplicação a atos banais, já que o legislador em uma previsão genérica e aberta não soube filtrar atos pífios das consequências legais.

Por tais razões e sob pena de extraviar o bem por excelência protegido pela LIA, surge a devida cautela sob a instituição do juízo de improbidade em enquadrar qualquer ato por ímprobo. O ato de improbidade administrativa que não deve cogitar a aplicação do princípio

²³⁴ FILHO, José Dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 22.

da Insignificância deve ser aquele que efetivamente cause prejuízo ao erário, lesione o princípio da Moralidade administrativa e consequentemente quebre a boa-fé objetiva entre o agente público e o administrado.

7.1.1 Quebra da Boa-Fé Objetiva do Agente Público

A importância dos interesses passíveis possivelmente lesados pelo agente ímprobo fez com que o art. 4º²³⁵ da LIA repetisse o núcleo substancial do art. 37 caput da Constituição da República.

No tocante à boa-fé objetiva, sua compreensão exige a utilização de conceitos advindos do Direito Civil. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²³⁶ concluem:

É preciso que, além de um estado de ânimo positivo, as partes se comportem segundo um padrão ético objetivo de confiança recíproca, atuando segundo o que se espera de cada um, em respeito a deveres implícitos a todo negócio jurídico bilateral: confidencialidade, respeito, lealdade recíproca, assistência etc.

Judith Martins-Costa²³⁷ faz as seguintes considerações sobre a boa-fé objetiva:

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitido uma aplicação mecânica do *Standard*, de tipo meramente subsuntivo. [...]

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade na retidão, na lealdade, e principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.

Hoje, a boa-fé objetiva, além de ser cláusula geral expressa no art. 442²³⁸ do Código Civil, tem sua incidência no exercício da função administrativa. Sob essa ampla aplicação do princípio da Boa-Fé, manifesta-se Claudio Godoy:

²³⁵ Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

²³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336.

²³⁷ MARTINS, Judith Costa. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411-412.

De toda sorte, expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive de espraiar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras áreas do direito, como por exemplo a do direito público.²³⁹

Na sistemática da LIA, o dever de observação aos princípios regentes da atividade estatal integra a eficácia dos preceitos constitucionais. O dever de honestidade e a retidão no trato do interesse coletivo são comportamentos que se esperam de um agente diligente e probo. Para José Guilherme Giacomuzzi,²⁴⁰ a boa-fé pode ser relacionada à confiança estabelecida entre a sociedade e o agente.

Uma das funções que me parece mais relevante atribuir-se à boa-fé como princípio veiculado pela moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é justamente o mandamento de proteção à confiança enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. A confiança, que adquirira no âmbito privado especial relevância, tem-na, na órbita pública, redobrada.

A proteção da confiança – ou confiança legítima (Vertrauensschutz) – liga-se também à segurança jurídica, princípio só aparentemente conflitante com a justiça e revelador, num patamar de análise mais abstrato, de uma das aspirações mais insatisfeitas do gênero humano, havendo quem também a indique como postulado básico do Estado de Direito.

[...]

Sobre o necessário vínculo entre os princípios da Boa-Fé e a Proteção da Confiança, manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet:²⁴¹

[...] convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá), ainda se ressentem – pelo menos no direito pátrio – de algum maior desenvolvimento do direito público (especialmente no campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados. Importante lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma

²³⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²³⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 100.

²⁴⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme, *op. cit.*, p. 266-267.

²⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 97-98.

certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

O princípio da Boa-Fé embute a proteção da confiança entre o poder público e o administrado. Nesse sentido, José Guilherme Giacomuzzi²⁴² assevera:

A proteção da confiança – ou confiança legítima (Vertrauensschutz) – liga-se também à segurança jurídica, princípio só aparentemente conflitante com a justiça e revelador, num patamar de análise mais abstrato, de uma das aspirações mais insatisfeitas do gênero humano, havendo quem também a indique como postulado básico do Estado de Direito. De toda sorte, a proteção da confiança constitui-se, hoje, um lugar comum de reflexão da jurisprudência de todos os Tribunais de controle público europeus.

A Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu tipos abertos. Embora a tipicidade seja obrigatória para qualificar o ato por ímprobo, não é condição legitimante da ação punitiva estatal. Nos casos de punição por improbidade, exige-se também quebra da boa-fé objetiva do agente público.

Nos Estados Democráticos de Direito, essa exigência que resulta nessa limitação do poder punitivo decorre dos princípios da Legalidade (art. 5º, II, CF/88),²⁴³ da Estrita Legalidade (art. 37, CF/88)²⁴⁴ e da Reserva Legal (art. 5º, XXXIX, CF/88).²⁴⁵ Mediante a análise desses elementos, é possível determinar se a conduta ímproba é punível ou não. Nesse contexto, o órgão julgador, intérprete dos atos de improbidade administrativa, mediante um tipo aberto, deve atuar sem provocar lesão às garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Lúcia Vale Figueiredo, nessa linha de raciocínio, elucida que a compreensão da legalidade se faz, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, ao afirmar que “o princípio da legalidade é bem mais amplo que mera sujeição do administrador à lei, pois o administrador, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais”.²⁴⁶

²⁴² GIACOMUZZI, José Guilherme, *op. cit.*, p. 267.

²⁴³ Art. 5º (...);

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

²⁴⁴ Art. 37. 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:

²⁴⁵ Art. 5º (...);

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

²⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 39-40.

A definição de tão importantes contornos, como se vê, fica ao alvitre do órgão julgador. A insegurança jurídica constatada deve ser afastada mediante o equilíbrio dos princípios regentes da atividade estatal e dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

A Lei 9.784/99,²⁴⁷ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, faz menção à boa-fé como um dos critérios objetivos da moralidade administrativa. Nesses termos, Almiro de Couto e Silva salienta que:²⁴⁸

A regra do art. 54 da Lei nº 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa fé dos destinatários. A decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má fé dos destinatários. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa. Assim, mesmo existente esta, se os destinatários do ato administrativo estavam de boa fé e houve o transcurso do prazo quinquenal sem que o Poder Público houvesse providenciado na anulação do ato administrativo ilegal, configuram-se todos os requisitos para a incidência e aplicação do art. 54, perecendo, pela decadência, o direito à anulação.

De fato, não há dúvida da observação do princípio da Boa-Fé na administração pública como princípio informador, notadamente em seu aspecto objetivo.

Ora, apenas condutas ímprobas que abalam a boa-fé carecem punição nos moldes da LIA. O poder judiciário, sob pena de infringência ao princípio da Intervenção Mínima, deve punir somente em casos graves de corrupção nos quais a boa-fé do administrador foi integralmente corrompida.

7.1.2 Juízo de Ponderação

A unidade da constituição impõe que as regras e princípios que a constituem sejam aplicadas de maneira harmônica, materializando ao máximo os valores que a substanciam e albergam.

²⁴⁷ Art. 2º (...);

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

Art. 4º (...);

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

²⁴⁸ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, jul./set. 2004. p. 304.

No âmbito das estruturas estatais, a boa administração exige, ao mesmo tempo, a satisfação do interesse público com a observância e cumprimento de toda ordem jurídica gestora da atividade.

A ilicitude dos atos dos agentes públicos há de ser verificada após a conjugação da quebra de elementos essenciais que compõem a atividade administrativa. A lesão ao erário e a má-fé do agente são elementos que devem ser analisados, sob pena de punição do agente inábil. O agente inábil, sem a intenção de causar prejuízo ao erário, age sem má-fé, razão pela qual não pode ser considerado um ímprobo.

Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves²⁴⁹ concluem:

A configuração da improbidade, no entanto, ainda pressupõe a ponderação do ato em cotejo com os valores que violou, denotando sua potencialidade lesiva em detrimento dos interesses tutelados, operação esta que será realizada com a utilização do princípio da proporcionalidade, a ser oportunamente estudado.

Por outro prisma, Calil Simão²⁵⁰ entende:

Pois bem, o que deve ficar claro é que nem todo ato danoso é ato de improbidade. O fato de o ato de agente público ter causado dano ao erário não significa que ele cometeu ato de improbidade, muito menos ato de improbidade administrativa. Desse modo, para que o autor da ação de improbidade administrativa tenha legitimidade em usar a via processual voltada ao combate da improbidade, bem como alcance a condenação do infrator, deve demonstrar de maneira lógico-jurídica na petição inicial um ato de improbidade administrativa, relacionando-se a ele o evento danoso. Essa exigência existe porque o que interessa não é o dano “em si”, mas o modo como ele se forma.

Quando não evidenciadas a grave lesão ao erário e a quebra de valores regentes da atividade estatal, em nada estaria maculada a probidade administrativa. O atuar com eficiência, por vezes, exige atitudes que à risca da LIA seriam tipicamente ímprobas. Nesse sentido, ao mesmo tempo que os direitos constitucionais fundamentais devem ser os garantidores desse comportamento, devem também ser os limitadores do mesmo. Destaca Guilherme Soares:

Importante ressaltar também que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Eles encontram seus limites em outros direitos fundamentais, também

²⁴⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p. 108.

²⁵⁰ SIMÃO, Calil, *op. cit.*, p. 123.

consagrados pela Magna Carta. Por serem direitos de força constitucional, podem sofrer restrição apenas por meio de normas constitucionais.²⁵¹

No mesmo contexto, Alexandre De Moraes²⁵² salienta:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Se for constatado o fato de que um comportamento tomado por um agente público está ao mesmo tempo tutelado por uma norma de direito fundamental, mas formalmente inserido nas condutas típicas da LIA, a medida a ser tomada é a aplicação do método aplicado da ponderação, devendo haver sempre a preferência e a prevalência de norma de direito fundamental. Luiz Roberto Barroso pondera.

Por fim, é possível cogitar de colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como no caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro. Em todos esses exemplos, à vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica.²⁵³

Napoleão Casado Filho ensina sobre a ponderação:

Para que não haja uma completa subjetividade na análise, costuma-se fixar parâmetros para a ponderação. Assim, para aplicar a técnica, o operador do Direito deve:

- 1) identificar quais os direitos fundamentais em conflito;
- 2) examinar os fatos e sua repercussão sobre as normas conflitantes;
- 3) analisar a repercussão que tais fatos terão sobre tais direitos, atribuindo “pesos” a tais consequências e privilegiando o direito fundamental que estiver sendo mais prejudicado.

Realizadas essas três etapas, temos a chamada ponderação. Não podemos tratar de ponderação sem mencionar proporcionalidade, que implica a necessidade de o Estado intervir nos direitos fundamentais apenas com medidas necessárias e

²⁵¹ SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Coimbra, 2005. p. 332.

²⁵² MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo. Atlas. 2004. p. 63.

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 462-463.

razoáveis, desprovidas de excessos. Ao aplicar a ponderação, o intérprete deve sopesar os direitos em conflito e buscar a solução que preserve ao máximo cada direito fundamental, mesmo que tal decisão privilegie um desses direitos em detrimento do outro.²⁵⁴

Logo, em um sistema normativo positivado, no sentido de estabelecer valores à aplicação de direitos, deve-se obedecer à técnica da ponderação.

Nesse contexto, partindo da premissa de que todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico possuem o mesmo grau de importância no sistema, a aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa não vem retratar o confronto entre normas de direitos fundamentais, muito pelo contrário, consolida a efetivação de tais normas. Trata-se de políticas estruturais de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Gustavo de Carvalho Guadanhin cita que:²⁵⁵

É com base nesse panorama que se poderá inferir o princípio da insignificância como decorrente do princípio da legalidade penal, o qual, ao limitar o princípio da liberdade possui exigência de previsão de uma ofensa ao bem jurídico tutelado (princípio da lesividade/ofensividade), cujo resultado jurídico imposto deverá ser concretamente analisado quanto a sua extensão para, à luz do princípio da igualdade determinar o tratamento a ser conferido àquele identificado como ínfimo.

Dessa forma, quando verificada de fato a improbidade administrativa, a técnica da ponderação deve ser utilizada também como elemento justificador da dosimetria das sanções.

Nessa seara, diante da severidade das penas e do caráter repressivo da LIA, a aplicação de suas sanções para situações específicas, desde que devidamente fundamentadas, estariam adequando a Lei n. 8.429/1992 aos objetivos que consubstanciam a Constituição da República.

Assim, a técnica da ponderação é instrumento essencial entre o equilíbrio constitucional e o poder discricionário do órgão julgador, impedindo o arbítrio judicial e garantindo a consonância entre a tutela dos direitos fundamentais e as sanções previstas na LIA.

7.2 RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

²⁵⁴ FILHO, Napoleão Casado. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://elivros.love/book/download-direitos-humanos-fundamentais-vol-57-col-saberes-do-direito-napoleao-casado-filho-em-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em: 06 jun. 2019. p. 122.

²⁵⁵ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op. cit.*

Embora não possua expressa previsão constitucional, mas com o caráter de norma de direito fundamental atribuída, o princípio da Insignificância, como visto, decorre de normas que constituem e fundamentam o modelo de Estado Constitucional de Direito, como o princípio do Devido Processo Legal, este sim, com devida menção constitucional.

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, despertou no homem e na sociedade de forma geral a necessidade de leis que tivessem por essência a proteção à dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais passaram então a serem considerados a menina dos olhos dos países que adotam a Constituição como seu principal documento jurídico-político, consolidando-se como fonte legal de toda legislação restante.

Nesse sentido, os princípios considerados valores conquistados, agregados pela sociedade dentro de um sistema positivado de normas, possuem um caráter aberto, e admitem uma perene evolução, segundo os anseios da sociedade.

A postura garantista adotada nos Estados Democráticos de Direito consolida o princípio da Intervenção Mínima. Nesse sentido, destaca Gustavo de Carvalho Guadanhin:

Já na esfera do chamado Estado Democrático de Direito (em alguns países denominado Estado Social e Democrático de Direito), pretendeu-se uma síntese entre as garantias formais do Estado de Direito e as transformações materiais buscadas pelo Estado Social, ou seja, agregando os bens jurídicos fundamentais daquele (vida, liberdade e propriedade privada) com os deste (capacidade laboral, existência civil, tutela dos mais vulneráveis). Assim, ao passo em que se reconheceu a existência de um âmbito maior de incriminação, procurou-se uma maneira mais legítima de realizá-la, rediscutindo-se quais os fins do Direito Penal nessa nova configuração para acentuar seu papel de intervenção mínima, qual seja, fragmentário e subsidiário.²⁵⁶

Nessa linha de entendimento de que o sistema jurídico trata do produto cultural, o princípio da Insignificância é aplicado consensualmente na esfera penal, nos casos de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado.

Partindo da premissa penal, nos casos típicos de improbidade administrativa, cabe ao órgão julgador buscar uma harmonização entre a complexidade da sociedade atual e a concretização de um valor garantista dentro de um Estado positivista. Essa harmonização confere ao princípio da Insignificância o caráter de norma de direito fundamental atribuída e a efetivação do princípio da Intervenção Mínima.

Essa mesma harmonização deve ser realizada no plano legislativo, como forma de tutela aos direitos fundamentais dos cidadãos, reduzindo o campo de discricionariedade do

²⁵⁶ *Id.*

Poder Judiciário. Esse fator foi um dos elementos não observados quando da edição da LIA, pois seu caráter aberto permite uma vaga interpretação judicial.

A seu turno, o princípio da Insignificância informado pelo princípio do Estado Democrático de Direito, seja no aspecto da ofensividade ao bem tutelado ou da proporcionalidade da sanção, visa a salientar que a pena deve ser imposta, à luz do caso concreto, mantendo o equilíbrio, para que os preceitos abstratos não sejam desarmoniosos com a realidade do fato, conservando assim o caráter de justiça da pena.

Certamente, os princípios regentes de países Democráticos de Direito limitam o próprio *ius puniendi*. O modelo garantista impõe ao Direito Penal, enquanto a *ultima ratio*, a exclusiva missão de proteção a bens jurídicos constitucionais. Condutas insignificantes estariam legalmente acobertadas pelo princípio da Insignificância.

Diante da complexidade social dos dias atuais, em especial na esfera administrativa, atos ínfimos, mas formalmente típicos, que culminam na privação da liberdade de indivíduos primários, na maior parte das vezes, levam-nos efetivamente ao mundo do crime.

O modelo positivista pugna pelo caráter retributivo da pena, assim reforçando a fidelidade do direito aos cidadãos, mantendo os valores éticos-sociais de uma sociedade, elementos de uma nação democrática. Nos termos de Gustavo de Carvalho Guadanhin, observa-se que:

Essa postura é derivada da percepção de que o Direito Penal não mais esgotaria sua tarefa em uma função garantista, tal qual se pretendia em um Estado de Direito, pois, se, a partir do Estado Social, procurou tornar-se um instrumento de regulação social, com o advento de um Estado Democrático, realçou-se a necessidade de o Direito Penal ser um instrumento na busca de uma igualdade concreta entre os cidadãos, para que se fossem criadas melhores condições para a participação e a vida em sociedade.²⁵⁷

Atribuir ao Direito Penal um caráter aberto, com base nas características de direitos fundamentais dos quais os princípios se constituem, é permitir que a função jurídica se aproxime da realidade social.

Nesse sentido, Bernd Schunemann,²⁵⁸ destaca:

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ SCHUNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. *In*: SCHUNEMANN, Bernd (Comp.). El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Tradução de Jesús María Silva Sánchez. 2. ed. Montevideo: B de F; Buenos Aires: Euros, 2012. p. 8-9; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 25- 28.

Por fim, o fechamento cognitivo do sistema, vinculando-o às estruturas lógico-objetivas, foi o grande responsável por suas principais críticas, notadamente a partir da compreensão de que caberia ao Direito Penal ressaltar a continuidade dos padrões de comportamento esperados pela coletividade. Ora, um sistema fechado não é capaz de assimilar as variações históricas por meio de um número limitado de axiomas, o que se verifica no avanço tecnológico e econômico-social que se reflete em uma formulação normativa simbólica, ao passo que, em um sistema aberto, há uma categoria valorativa que o integra com novos conceitos ou reformula os existentes, diminuindo a distância entre o desenvolvimento da ciência jurídico-penal e a evolução social.

Desse modo, ante a força normativa da Constituição Federal de 1988, a apreciação do princípio da Insignificância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, num modelo positivista, deve pautar-se na busca entre o equilíbrio da normatização dos conceitos, o que, por sua vez, confere maior flexibilidade ao jurista.

Como norma de direito fundamental atribuída, a ausência de uma previsão legal não constitui obstáculo para a utilização do princípio da Insignificância como um direito subjetivo do cidadão, face ao *ius puniendi* estatal. Numa perspectiva de um Estado Democrático de Direito, verificado os elementos político-criminais, “é preciso compreender o princípio da Insignificância dentro de um sistema penal que se apresente coerente com a absorção das finalidades pretendidas”.²⁵⁹

Assim, sob o prisma de uma garantia individual do cidadão, o Estado Democrático de Direito deve sempre atuar na busca de consolidar e promover os valores determinados na ordem constitucional.

7.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: JURISPRUDÊNCIA STF E STJ

Seja pela inexistência de um código que trate das questões de direito administrativo, ou por envolver a esfera pública, patrimônio coletivo e agentes estatais, a controvérsia, quando o assunto é a aplicação do princípio da Insignificância na improbidade administrativa, atinge as vertentes da jurisprudência pátria, especialmente quanto à especificação de condutas ímprobadas. Embora os tribunais superiores reconheçam a aplicação dos princípios gerais na esfera do direito público, exsurge a controvérsia quando se trata do princípio da Insignificância nos casos de administração pública e especialmente improbidade administrativa.

²⁵⁹ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho, *op. cit.*

Embora a grande maioria entenda que o princípio da Insignificância não deva ser aplicado aos atos de improbidade administrativa, já é possível anotar no meio acadêmico e jurisprudencial entendimentos e decisões endossando a necessidade da incidência do princípio da Insignificância às condutas qualificadas como ímprobas.

No julgamento do REsp 892. 818/RS,²⁶⁰ o STJ firmou o precedente que passou a disseminar a tese de que não é possível a aplicação do princípio da Insignificância aos atos de

²⁶⁰ 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 transmutar-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. Iniquidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniquidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniquidade 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.” Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade

improbidade administrativa. Em 2016, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido frontalmente contrário, reuniu nove acórdãos avaliando, no caso de irrelevância do ato ímprobo, a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância.²⁶¹

O Supremo Tribunal Federal, julgando ação penal de crime de reponsabilidade, em 2017, reconheceu claramente a violação dos princípios norteadores da atividade administrativa, ofensa ao princípio da Moralidade, mas, em nenhum momento afirmou ser impossível essa sobreposição de um princípio penal ao direito administrativo, bem como a irrelatividade do princípio da Moralidade. A decisão ainda não afasta a possibilidade de aplicação de insignificância mesmo nos casos de improbidade administrativa. *In verbis*, o referido acórdão descreve:

Ementa: PENAL. DENÚNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM ALEGAÇÕES FINAIS DO PARQUET. INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. NECESSIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO, COM BASE EM CONVENCIMENTO JURIDICAMENTE MOTIVADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DO ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67. APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. INSTALAÇÃO DE ESCULTURA METÁLICA EM PRAÇA PÚBLICA. INTUITO DE AUTOPROMOÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAIMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO, SEM APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS OU DESVIO EM PROVEITO DE TERCEIROS. POSTERIOR REPARAÇÃO DOS DANOS E REMOÇÃO DA ESCULTURA, EM SEDE DE AÇÃO POPULAR. INADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL OBJETIVO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. A indisponibilidade da ação penal pública não proíbe que o Ministério Público possa opinar pela absolvição do réu, mas exclui a vinculação do juízo à manifestação do Parquet, tendo em vista a vedação inscrita nos artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal, que impedem o Ministério Público de desistir da ação penal ou do recurso que haja interposto. 2. (a) As razões finais da acusação, no processo de ação pública, são meras alegações, atos instrutórios, que tendem a convencer o juiz, sem, contudo, delimitar-lhe o âmbito de cognição ou o sentido de decisão da causa, de que não dispõe. Precedente: HC 68.316, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 27/11/1990; (b) Exige-se da autoridade judiciária competente, mesmo em face de pedido absolutório deduzido pelo Parquet, a prolação de juízo de mérito revelador de convencimento juridicamente fundamentado, mercê da ausência de vinculação ao quanto requerido pelo órgão acusador. 3. (a) In casu, a denúncia oferecida no primeiro grau imputou ao réu a prática do crime definido no art. 1º, I, do Dec.-Lei 201/67, consistente em apropriar-se ou desviar bens ou rendas públicas;

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.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 892.818/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28INSIGNIFICANCIA+NA+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA%29+E+%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.MIN.&processo=892818&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 jun. 2019.

²⁶¹ JURÍDICO, Revista Consultor. STJ divulga teses sobre princípio da insignificância nos atos de improbidade. **Consultor Jurídico**. Abril/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/stj-divulga-teses-insignificancia-atos-improbidade>>. Acesso em: 05 de maio 2019.

(b) O acusado, conhecido como ‘PEZÃO’, teria desviado renda pública em proveito próprio, por ter autorizado a instalação de uma escultura metálica intitulada ‘O PÉ’, na praça pública do município de que era então Prefeito, ao valor de R\$ 45.210,40; (c) A defesa alegou que referida escultura foi instalada juntamente com uma outra, representando uma bicicleta, e que ambas seriam alusões à cultura local: a indústria de calçados e o meio de transporte mais popular na cidade; (d) O Procurador-Geral da República, em suas alegações finais, manifestou-se pela absolvição do réu, ao entendimento de que, embora comprovada a violação ao princípio da impessoalidade e da moralidade administrativa, a condenação à reparação do dano e remoção da escultura às suas expensas, proferida em sede de ação popular, seria resposta bastante e suficiente para o ato ilícito narrado na inicial, que não teria atingido o bem jurídico penalmente protegido; (e) Por fim, extrai-se dos fundamentos da sentença condenatória proferida nos autos da ação popular, mencionada pelo PGR, que a escultura denominada O Pé “tem envergadura para estampar promoção pessoal do demandado, malferindo os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas”, ao fundamento de que “a alcunha “Pezão” está amalgmada à figura de Giovani Feltes”, concluindo que “erigir monumento em forma de um pé estilizado em praça pública não é consonante com a intenção de dar publicidade aos símbolos da Cidade: não há razoabilidade em se pretender demonstrar o símbolo genuíno (o calçado) através da projeção do pé humano que o calça”. 4. (a) O artigo 1º, I, do Decreto-Lei 201/67 tem por objetividade jurídica a proteção do erário, em face de condutas dos administradores voltadas à apropriação privada de recursos públicos ou ao seu desvio em proveito de terceiros, em ação finalisticamente voltada ao enriquecimento patrimonial ilícito; (b) É lição consabida do direito penal que “nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes (...)” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 20ª ed. rev., ampl. e atual São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55); (c) In casu, o emprego da verba pública na instalação de escultura metálica com vistas à promoção pessoal do administrador, embora constitua ato vedado pelos princípios reitores do direito administrativo, não se enquadra no tipo penal do art. 1º, I, do Dec.-Lei 201/67, que exige a apropriação privada dos bens ou verbas públicas, com o conseqüente enriquecimento financeiro ilícito do agente ou de terceiros; (d) A tipicidade exige a estrita adequação formal da conduta ao texto legal, a lesão do bem jurídico penalmente protegido, bem como o dolo, que, nos crimes patrimoniais contra a Administração Pública, consiste na obtenção de enriquecimento ilícito à custa do erário; (e) Assiste razão ao i. Procurador-Geral da República, consoante afirmou, em sede de alegações finais, in verbis: **“É certo que, como bem evidencia a fundamentação da sentença colacionada, a conduta analisada maculou os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. De toda forma, mesmo ofendidos esses princípios em concreto, a lesividade não se deu em grau suficiente para atrair a intervenção do direito penal, ultima ratio que é, sendo suficientes para reparar a ordem jurídica violada as sanções cíveis já alcançadas na ação popular, e aquelas perseguidas na ação de improbidade em curso. A esfera cível é, neste caso, a via adequada e proporcional para a resposta estatal aos ilícitos eventualmente perpetrados pelo investigado”**. 5. **Ex positis, julgo improcedente a Ação Penal e acolho a proposição do Ministério Público Federal para absolver o acusado, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (por não constituir o fato infração penal). (Grifei).**²⁶²

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal** – AP n.º 921/RS da 1ª Turma, Brasília, DF, 29 de junho de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312108214&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Embora não trate especificamente de ação de improbidade administrativa, o referido acórdão permite concluir que a moralidade administrativa não é algo absoluto, supremo, impossível de ser relativizado. Reconhece ser suficiente a retirada da estátua e extingue a ação penal por ausência de materialidade, ou seja, por falta de ofensa material a bem jurídico protegido. Nesse caso, a moralidade estaria protegida por outras esferas jurídicas menos drásticas que o direito penal. Nesse contexto, destaca Geórgia Lage Pereira Carmona:

A punição administrativa está inserida no conceito do poder punitivo do Estado e, como tal, não poder ser preterida dos avanços do mundo jurídico com relação ao princípio da insignificância. Quer dizer, uma pena administrativa não deve ensejar uma resposta mais rigorosa do que aquela que seria aceita no sistema criminal, motivo pelo qual não se poderia deixar de aplicar alguns institutos penais no direito administrativo.²⁶³

Assim, como o Direito Penal se preocupa com a proteção de bens jurídicos importantes e em punir ofensas significantes a estes, deve ser também a utilização da ação civil pública de improbidade administrativa, a fim de evitar sua banal utilização.

O STF tem pronunciado para o reconhecimento da Insignificância aos casos de improbidade administrativa, no sentido da análise *in casu* da conduta ímproba à luz dos critérios do princípio Insignificância, bem como da razoabilidade e da proporcionalidade da sanção imposta. Em nenhuma decisão em que se nega a insignificância aos atos de improbidade administrativa menciona-se a impossibilidade da utilização do princípio penal na esfera administrativa, a impossibilidade de relativização do princípio da Moralidade, ou que, se reconhecida a improbidade, estaria afastada a utilização dos princípios de Proporcionalidade e Razoabilidade, que, por vezes, culminariam na insignificância.

Nessa linha de raciocínio, se houver desproporcionalidade da sanção aplicada ao agente cometedor do ato, ainda que reste configurada a improbidade administrativa e se esta se enquadrar dentro dos critérios da insignificância, a ela poderá ser reconhecida a bagatela.

Alguns julgados de Tribunais Superiores ganharam notório destaque por terem aplicado o princípio da Insignificância na improbidade administrativa, em casos anteriores e posteriores ao famigerado julgado de 11/11/2008, REsp 892. 818/RS. *In verbis*, o caso da Apelação Civil nº 70011242963 proferido pela 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 25/05/2005, citado Lorena de Azevedo Almeida:

²⁶³ CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul./2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12053>. Acesso em: 12 fev. 2019.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. USO DE PAPEL TIMBRADO. INSIGNIFICÂNCIA DO FATO MÍNIMO. 1. A ação civil pública para coibir atos de improbidade administrativa não pode ser amesquinhada e utilizada para reprimir o uso de quatorze folhas de papel timbrado da Câmara de Vereadores em defesa prévia, assinada por Assessor Jurídico do Legislativo em outra ação da mesma natureza. Princípio da insignificância dos fatos mínimos. 2. Apelação desprovida.²⁶⁴

Assim sendo, “nem todo e qualquer deslize no dia a dia da Administração vem a configurar improbidade administrativa, pois mera irregularidade administrativa comporta sanção administrativa, e não sanção de improbidade”.²⁶⁵

No julgamento do REsp 892. 818/RS²⁶⁶, em 2008, o STJ definiu pela inaplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa, nos moldes do voto do Min. Herman Benjamin.

No caso em tela, movimentou-se todo o poder judiciário, desde o inquérito civil, por conta do chefe de gabinete do município de Vacaria/RS ter utilizado força de trabalho de três membros da guarda civil para o transporte de bens particulares e mais a quantia de oito reais e quarenta e sete centavos, referente ao combustível. A renúncia e a devolução do dinheiro aos cofres públicos não foram suficientes para evitar a condenação ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 1.500,00.

Com fulcro no REsp 892.818/RS,²⁶⁷ *leading case* da inaplicabilidade do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa, até 2016, certamente, a jurisprudência nacional tornou-se quase unânime em afirmar que não se aplicava o princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa. Proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, as justificativas da tese prolatada foram basicamente arguir que se há improbidade não cabe a insignificância, em razão do rigorismo previsto na lei de improbidade, e que ofensas a princípios administrativos não se medem com calculadora na mão, se assim o fosse, a lei de improbidade não conteria os dispositivos 10 e 11.

O voto menciona o risco de banalização da LIA, a severidade de suas punições e que nem toda irregularidade pode ser taxada como improbidade, a impossibilidade de gradação do

²⁶⁴ ALMEIDA, Lorena de Azevedo. A inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. **DireitoNet**. maio/2016. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9665/A-inaplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-aos-atos-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 07 maio 2019.

²⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 892.818, *op. cit.*

²⁶⁷ *Id.*

princípio da Moralidade, comportamento moral e ético que se espera dos agentes públicos e a impossibilidade de proporcionalidade e de razoabilidade na punição da improbidade.

A decisão destaca que o pequeno valor da quantia não é referência no grau da violação aos princípios da administração pública. Nesse sentido, configurou-se que a improbidade estaria impedindo o reconhecimento da insignificância do ato. Consoante, descreve ainda sobre a necessidade de os agentes políticos manterem um comportamento ético e moral dentro daquilo que a sociedade considera correto.

Dentro do campo da moral e da ética social, conforme descritos no voto em tela, será que a sociedade considera justo a aplicação de multa de R\$ 1.500,00 para quem utilizou um valor inferior a R\$ 10,00? É lógico que a sociedade, dentro do senso comum, entenderia como desproporcional o valor aplicado pela sanção, uma vez que o agente público já havia renunciado do mandato eletivo e devolvido o valor ao erário. A intolerabilidade social da conduta pode ser considerada um dos parâmetros da insignificância. Não parece razoável punir com mais severidade um cidadão pelo simples fato de ocupar um cargo público. Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes ensina que “a denegação do princípio da bagatela, só em razão da qualidade do agente ou do bem jurídico contraria a lógica do razoável”.²⁶⁸

Compreender o reconhecimento da insignificância aos atos de improbidade administrativa não se traduz em disponibilidade do interesse público, em complacência com atos de corrupção, mas em proibição de excessos de poder, em aplicação de penas desproporcionais, que ensejam tirania do poder do Estado. Ademais, é direito do cidadão utilizar de suas garantias constitucionais disponíveis para combater atos estatais que afetem sua esfera de liberdade, de locomoção, de julgamento justo, etc.

Ainda nos casos de improbidade administrativa em que restarem comprovados o dolo ou a culpa do agente, o ato ímprobo deve ser analisado dentro dos critérios da insignificância, sob pena de punir agentes inábeis e conseqüentemente banalizar a função da LIA.

Nesse sentido, mesmo nos casos de improbidade, nos quais a ofensa ao bem jurídico fosse insignificante, ter-se-ia a base no princípio da Insignificância, excluída a materialidade do ato, bem como o crime. José Dos Santos Carvalho Filho²⁶⁹ ensina que “o princípio da bagatela é aplicável também quando o bem jurídico atingido é inexpressivo e a punição pode retratar ofensa ao princípio da proporcionalidade”.

²⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade, *op. cit.*, p. 166.

²⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

O caráter punitivo da LIA nos impõe a obrigação de aplicá-la, à luz dos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Mesmo aqueles que entendem que LIA trata de ação civil, por conta de expressão constitucional “sem prejuízo da ação penal cabível”, prevista no § 4º do artigo 37, não negam o rigor de suas sanções e a possibilidade de aplicação dos princípios penais.

O rigorismo das penas de improbidade administrativa é algo inegável, basta a leitura do artigo 12 para se compreender que o caráter punitivo da LIA é paralelo ou mais grave que as sanções penais. Perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa acrescida de sanções penais, civis e administrativas, são restrições que atingem várias categorias de direitos do cidadão, que se percebem na gravidade das sanções.

Aceitar que a incidência formal na improbidade administrativa é o suficiente para afastar a aplicabilidade do princípio da Insignificância, sem analisar as circunstâncias substanciais e o elemento material do ato, é algo irrazoável. Diante de ofensa insignificante ou de ofensa a bem jurídico insignificante, mesmo que formalmente ímproba, o ato deve ser analisado à luz do sistema garantista.

Por outro lado, é certo que do agente público espera-se o zelo, o cuidado especial com a coisa pública, inclusive em razão da função que o mesmo exerce. Na mesma linha, das decisões judiciais do Estado espera-se razoabilidade em suas punições, sem arbitrariedades e excessos, observando todas as garantias de um Devido Processo Legal.

Ao mesmo tempo que o bem protegido pela improbidade é a probidade administrativa, o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público autoriza ao agente público agir somente dentro dos termos previstos na legislação específica e não dispor daquilo que não lhe pertence. Praticar somente atos legais que nunca configurem ofensa, ainda que mínima à moralidade pública, seria o ideal, mas não é o mundo real. Ainda valha aqui do brocardo “nem tudo que é legal é moral”. Tratar com a devida justiça os atos de improbidade administrativa é por vez evitar danos mais graves, um desequilíbrio jurídico-institucional.

Defensores da possibilidade de gradação do princípio da Moralidade pública entendem que o direito serve para punir, justamente, atos considerados formalmente ímprobos. Nas palavras de Alexandre Moreira, observa-se que:

O Direito já foi definido como a regulação imperfeita de seres imperfeitos. Não se pode pretender criar o paraíso na terra, sob pena de cair-se em um inferno totalitário. Desde de Durkheim, sabe-se que um certo grau de anomia está presente em todas as sociedades. O máximo que o Direito, em todos os seus ramos, e, não apenas o Direito Penal, deve almejar é evitar que as pessoas lesionem umas às outras e apenas naquilo que for significativo para o bem-estar

do prejudicado. Esse é o fundamento do princípio da insignificância: a limitação do alcance das normas jurídicas na realidade social, especialmente as de caráter penal.²⁷⁰

Promover através do direito o papel de cuidar daquilo que não pode ser retirado do cidadão, a proteção ao bem jurídico de ofensas que evite abalo à ordem social, sem apequenar no mundo jurídico a função da Ação Civil Pública, é tarefa de todos os seus operadores. A aplicação da insignificância nos casos de improbidade administrativa é algo pertinente ao direito, pois a sanção aplicada deve ser proporcional ao crime cometido.

Por isso, o ato, para ser considerado ímprobo e imoral, justificando sua punição nos rigorosos moldes da LIA, deve molestar gravemente a moralidade pública, sob pena de banalizar uma legislação que tem como alvo o administrador desonesto e não o inábil. Fábio Medina Osório,²⁷¹ ao se referir aos atos que causam prejuízo ao erário, afirma que “não basta em princípio, apenas à culpa leve por parte do agente ou do terceiro, exigindo-se também a culpa grave para a configuração da improbidade administrativa”.

O fato de a LIA possuir um tipo legal aberto jamais seria razão para afastar a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa. Embora a prescrição legal tenha sido equivocada ao descrever e não exemplificar as condutas ímprobas, é o elemento volitivo do agente que deve ser sempre demonstrado para a comprovação da improbidade. A proposta da LIA é punir agentes desonestos que cometam por suas condutas graves ofensas a bens jurídicos.

Assim, não aplicar o princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa, além de afronta à garantia fundamental de aplicação de todas as regras e princípios que compõem o sistema jurídico, significa retirar da própria LIA seu propósito original, já que se faz apenas mera subsunção do fato à norma, sem analisar as demais circunstâncias da conduta.

Já em 2015, a partir de alguns julgados, depois em 2016, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário à decisão proferida no REsp 892. 818/RS.²⁷² passou a ventilar a aplicação do princípio da Insignificância em ações de improbidade administrativa,

²⁷⁰ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. O STJ aplica o princípio da insignificância aos crimes e não aos atos de improbidade: existe contradição? **Migalhas**. Dez./2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI74953,51045-O+STJ+aplica+o+princípio+da+insignificância+aos+crimes+e+nao+aos+atos>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

²⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92. **Revista de Direito do Estado**, n. 2, 2006. p. 127.

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 892.818, *op. cit.*

entendendo ser possível a utilização do referido princípio para tais casos. Assertivamente, vem sendo superado o entendimento de que, nos casos de improbidade, estaria afastada a possibilidade de aplicação da insignificância, conforme a decisão prolatada pelo STJ no caso do REsp 892. 818/RS. Ademais, hodiernamente, verifica-se tanto no STF quanto no STJ a possibilidade de aplicação de um princípio de natureza penal à esfera do Direito Administrativo Sancionatório.

Um dos casos de destaque foi a construção de uma igreja, cujo valor envolvido foi de R\$ 150.000,00, mas, segundo o relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, não restou comprovado o dolo do agente.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO DA IGREJA DE SÃO JORGE, EM SANTA CRUZ, BAIRRO DA PERIFERIA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ.

INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE, PARA CONFIGURAR-SE IMPROBIDADE, NOS CASOS DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. CARÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PROBATÓRIA CONSISTENTE, DE MODO A SUPORTAR JUÍZO CONDENATÓRIO QUANTO ÀS IMPUTAÇÕES DE ENRIQUECIMENTO LÍCITO, DANO AO ERÁRIO E CONDUTA DOLOSA DO AGENTE. RECURSOS ESPECIAIS AOS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO.

1. O Tribunal a quo não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente na prática do ato que lhe foi imputado como ímprobo; pelo contrário, malgrado o acórdão recorrido mantivesse a condenação dos recorrentes por improbidade administrativa capitulada no art. 11 da Lei 8.429/92, tal como a sentença condenatória, assentou o elemento subjetivo do agente perpetrado no dolo genérico, por se entender que a aplicação de recursos públicos em obras e eventos religiosos viola a laicidade estatal.

2. Esta orientação não tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige a comprovação do dolo como elemento da conduta, para submeter legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei 8.429/92; precedentes: REsp. 1.478.274/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 31/3/2015; AgRg no REsp. 1.191.261/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25/11/2011; o dolo deve ser verificado na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e o que não foi, no caso em apreço.

3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor, neste caso, trata-se de contribuição do Município do Rio de Janeiro para construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge, na periferia da Cidade do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 150.000,00.

4. Recursos Especiais de CÉSAR EPITÁCIO MAIA e STÚDIO G. CONSTRUTORA LTDA, aos quais se dá provimento para afastar suas condenações por improbidade administrativa.²⁷³

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 1.536.895/RJ da 1ª Turma, Brasília, DF, 08 de março de 2016. Disponível em:

O referido caso demonstrou especificamente exigência de necessidade de comprovação do elemento subjetivo, como condição indispensável para os casos de improbidade nos moldes dos artigos 9º e 11 da LIA. Os ministros entenderam a necessidade de verificação na maquinação, maldade e malícia na conduta do agente, sendo que a laicidade estatal diante da ausência de tais fatores não restaria violada.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO. PROVA DIABÓLICA: EXIGÊNCIA DE FATO NEGATIVO, POR ILÓGICO QUE PAREÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REQUISITO DA MÁ-FÉ. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ POR ENTENDER INDISPENSÁVEL A DEMONSTRAÇÃO DO DOLO. VIOLAÇÃO AO ART. 11, DA LEI 8.429/92 RECONHECIDA.

1. O Tribunal a quo não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente; pelo contrário, assentou, expressamente, que a existência de má-fé na negativa do fornecimento das informações não é relevante, importando, apenas, que não foi cumprida uma decisão judicial transitada em julgado; essa orientação não tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige o dolo como elemento da conduta, para submeter legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei 8.429/92.

2. Caso entenda-se que o dolo está no resultado, pode-se dizer que todo resultado lesivo será automaticamente doloso; no entanto, certo é que o dolo está na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e o que não foi, no caso em apreço.

3. O ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.²⁷⁴

Tais julgados, mediante o uso da ponderação na análise do caso concreto, preconizam a aplicação do princípio da Insignificância aos casos de improbidade administrativa, inclusive pelo STJ.

Embora a improbidade seja uma ilegalidade qualificada pelo intuito da malsão do agente, que atua sob impulsos de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave, no caso de vantagem patrimonial mínima, de mero descuido no trato com a coisa pública ou de ofensa desqualificada, a conduta deverá ser reconhecida como insignificante.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=877733&num_registro=200700217422&data=20090511&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgRg no REsp n.º 968.447/PR da 1ª Turma, Brasília, DF, 18 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1398321&num_registro=200701641690&data=20150518&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Improbidade administrativa é ofensa qualificada à moralidade administrativa. Ao ato ímprobo, administrativamente relevante, deve ser verificado o dolo na ação do agente e não no resultado da conduta, pois, nesse sentido, todo resultado doloso seria automaticamente lesivo.

Com efeito, tais julgados que reconhecem a possibilidade da aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa, admitindo a gradação do princípio da Moralidade administrativa, não fundamentam essa perspectiva somente com base no garantismo jurídico, nos princípios do Estado Democrático de Direito e no Devido Processo Legal. As decisões mencionam também a necessidade de análise da proporcionalidade e razoabilidade da sanção aplicada, pois reconhecem a gravidade das sanções da LIA, assinalando o notório préstimo de um princípio penal moderno à esfera administrativa. Heraldo Garcia Vitta²⁷⁵ destaca:

Apesar da obrigatoriedade de ser imposta a penalidade pela Administração, conforme veremos, condutas que resultem danos ínfimos, irrisórios, podem ser desconsideradas como ilícitas. Trata-se de análise teológico-funcional da pena: se o Estado -Administração infligisse pena aos infratores dos denominados “ilícitos de bagatela”, traria somente desprestígio à potestade punitiva, em vez de fazer com que os súditos se sujeitassem aos padrões do ordenamento, finalidade de toda sanção administrativa. [...] Para a constatação da insignificância devem-se contrapor o princípio da indisponibilidade da coisa pública e os da razoabilidade e proporcionalidade. O servidor público deixa de constar, num determinado ato, a data em que foi realizado, olvidando da norma jurídica “realizar ato administrativo, sem a observância das formalidades legais”, pressuposto de ilícito administrativo. Se não houver prejuízo a alguém, não afetar interesses ou direitos de terceiros, a ausência dessa formalidade não será considerada ilícito.

Logo, nos casos em que o ato agressor for de importância mínima ou irrelevante, ambas as Cortes máximas do país já admitem a inaplicação de sanção punitiva, inclusive nos casos de improbidade administrativa, excluindo-se a materialidade do ato, conseqüentemente reconhecendo a aplicação do princípio da Insignificância à conduta.

²⁷⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58-59.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema garantista da Constituição Federal tem por núcleo essencial seus direitos e garantias fundamentais, como normas de observação obrigatória em todo o sistema processual. A totalidade de elementos que compõe um Estado de Direito não se pode dissociar das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

O direito de um devido processo legal é, ao mesmo tempo, a obediência de normas garantidoras de direitos fundamentais, como norma pilar de um Estado Democrático de Direito, o qual por sua vez tem alicerce na dignidade da pessoa humana e na cidadania.

Todo processo punitivo deve orientar-se no equilíbrio de forças, na apuração dos fatos, com direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a aplicação de pertinente e proporcional sanção. Esses elementos, assegurados constitucionalmente, devem ser concebidos e aplicados na esfera do Direito Administrativo Sancionador, especialmente para os atos de improbidade administrativa.

O princípio do Devido Processo Legal é o regulador das normas que compõem o ordenamento jurídico, prenunciando interpretações justas e compatíveis ao sistema como um todo. Daí sua importância junto à análise dos atos de improbidade administrativa.

O direito, enquanto ciência e ciência jurídica faz-se obediente a princípios normativos. As máximas previstas devem ser respeitadas e seguidas por normas inferiores, bem como por seus aplicadores. Máximas e irrestrições devem ser operadas sob o caráter da exceção. O Estado, que tem por documento máximo a Constituição e se intitula por Democrático de Direito, deve atuar nos moldes da concreção dos direitos e garantias fundamentais, assegurando a aplicação de todas as regras e princípios que compõem o seu corpo jurídico.

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos e garantias fundamentais tornaram-se a essência do direito constitucional, sendo o Poder Judiciário o responsável pela consagração de tais direitos. A norma jurídica *in abstracto*, positivada, ainda encontra barreiras para sua efetividade, para atingir seus objetivos primários, uma vez que passa pelo poder decisório do magistrado.

A Lei, ainda que escrita, sofre influência de vários fatores externos, principalmente quanto à subjetividade do aplicador do direito, o que impede ao cidadão ter um tratamento isonômico e com segurança jurídica.

Contudo, há fatos que não cabem controvérsia: é sim o Direito Penal a *ultima ratio* da justiça, e se a este é permitida a aplicação do princípio da Insignificância, dentro de seus

parâmetros legais, como forma de fruição dos direitos fundamentais, como não se estenderia ao Direito Administrativo a mesma possibilidade?

Sem embargos, é um contrassenso legal uma corte superior tratar um princípio como supremo, como impossível de ser relativizado, à luz de toda ciência democrática e jurídica ratificada pelo texto constitucional de 1988.

Da mesma maneira que não há sustentação científica para a fundamentação de não se aplicar o princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa, não há sustentação para compreender o princípio da Moralidade como absoluto.

O caráter punitivista da Lei de Improbidade Administrativa faz perder de vista que, em face a atos banais, a sanção deve ser ponderada, ou mesmo inexistente. Deixar de aplicar a insignificância a atos que não causam grave lesão ao bem jurídico protegido é uma inversão de valores dentro do campo constitucional, é estar por vezes à beira do Direito Penal do autor. O Direito Administrativo Sancionador não é indiferente às garantias processuais asseguradas pela Constituição.

Por outro lado, a máxima de “nem tudo que é legal é moral” permite a relativização de todas as normas componentes do sistema legal. A possibilidade da aplicação do princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa e a relativização do princípio da Moralidade são atos inteiramente possíveis e condizentes às normas de um Estado de Direito. Condutas formalmente ímprobadas devem ser associadas à improbidade material, ou seja, a grave lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, e não somente a um plano formal normativo.

A perspectiva do princípio da Insignificância, como excludente de tipicidade material é aplicada num plano de análise objetiva das circunstâncias do fato.

O poder punitivo do Estado, mediante a lesão pífia da probidade administrativa, deve admitir a possibilidade de incidência do princípio da Insignificância. Essa expectativa, analisada junto aos elementos do caso concreto e alinhada aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, não estimularia o cometimento de atos de corrupção e nem tampouco traria à sociedade a sensação de impunidade, pois não há abalo social.

Sobretudo, agora nos moldes da nova Lei de Introdução, a lesão ao erário que em vários casos poderá ser reparada por acordos administrativos ou judiciais, custará bem menos aos cofres públicos que a movimentação da máquina do Poder Judiciário estatal.

Dessa forma, atentos aos múltiplos critérios que compõem o Estado de Direito como meio de garantia e efetivação dos direitos fundamentais a todos os campos do direito e como premissa constitucional, a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância aos atos

de improbidade administrativa é respeito e acatamento ao direito como ciência jurídica, podendo hoje dizer ser uma realidade que vem se concretizando nos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. Princípio da intervenção mínima ultima ratio. Jusbrasil. maio/2016. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Lorena de Azevedo. A inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. **DireitoNet**. maio/2016. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9665/A-inaplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-aos-atos-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 07 maio 2019.

ALMEIDA, Thiago Sus Sobral de. Improbidade: 26 anos da lei 8.429/92. **Migalhas**. jul./2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283421,21048-Improbidade+26+anos+da+lei+842992>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 50. p. 115-138, jan. 2005.

ANÍBAL, Tiago Antonio Pauloso; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Governo eletrônico: uma análise do princípio da eficiência à luz do procedimento fiscal do itcmd no âmbito do estado de São Paulo. **Revista Paradigma**. v. 26, p. 209-233. Ribeirão-Preto. jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1043/pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

AUGUSTO, Tadeu. Teorias do delito. Jusbrasil. out./2014. Disponível em: <<https://tadeu1008.jusbrasil.com.br/artigos/148440225/teorias-do-delito>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Caderno de direito constitucional e ciência política. v. 23, p. 65-71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp->

content/uploads/wpforo/attachments/34853/1917-TRATADO-DE-DIREITO-PENAL-VOL-1-PARTE-GERAL-BITENCOURT-24ED-2018.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n.º 9.714/1998. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, ano 3, n. 11, p. 127-150. jan./mar. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de direito administrativo**. n. 25/459 p. 454-467, 1951.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada**. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicao-demotivos-149644-pl.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 143.511/SC da 1ª Turma, Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339471896&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas corpus** – RHC n.º 163.009 AgR/SC, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339261263&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 114.675 AgR/MG da 2ª Turma, Brasília, DF, 30 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339144698&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 158.973 AgR/RS da 1ª Turma, Brasília, DF, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338942610&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 144.463 AgR/DF da 2ª Turma, Brasília, DF, 25 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338690512&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 119.844 AgR/MG da 1ª Turma, Brasília, DF, 01 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314925787&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal** – AP n.º 921/RS da 1ª Turma, Brasília, DF, 29 de junho de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312108214&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – HC n.º 123.199 AgR/MG, Brasília, DF, 13 de março de 2017. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311361343&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 124.362/SP, Brasília, DF, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310761017&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas corpus** – HC n.º 133.342 AgR/SP da 1ª Turma, Brasília, DF, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310465865&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 135.383/MG da 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310330269&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 133.566/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309459701&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 123.533/SP, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308697417&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 123.108/MG da 1ª Turma, Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308572070&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 126.191/PR, Brasília, DF, 08 de abril de 2015. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15326070256&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 109.705/PR da 1ª Turma, Brasília, DF, 28 de maio de 2014. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227098424&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 112.308/SC, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=203587012&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 114.675/PR da 2ª Turma, Brasília, DF, 13 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=171006392&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 112.388/SP, Brasília, DF, 14 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=97157889&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 107.370/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de junho de 2011. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2967646&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 104.286/SP da 2ª Turma, Brasília, DF, 11 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=20/05/2011&incidente=3895509&codCapitulo=5&numMateria=74&codMateria=3>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 107.370/SP, Brasília, DF, 26 de abril de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4033691>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 95.749/PR, Brasília, DF, 07 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2465259&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 94.505/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 24 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2461920&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 92.634/PE da 1ª Turma, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://portal.stj.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2260152&ext=RFT>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 88.393/RJ da 2ª Turma, Brasília, DF, 03 de abril de 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729075/habeas-corpus-hc-88393-rj>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 87.478/PA da 1ª Turma, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=37&dataPublicacaoDj=23/02/2007&incidente=2342728&codCapitulo=5&numMateria=4&codMateria=2>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** – HC n.º 84.412/SP da 2ª Turma, Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas corpus** – RHC n.º 66.869/PR da 2ª Turma, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14674119/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr/inteiro-teor-103070400?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus** – HC n.º 175.639/AC da 6ª Turma, Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21018125&num_registro=201001048838&data=20120411&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 83233 da 1ª Turma, Brasília, DF, 25 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NAPOLE%C3O+NUNES+MAIA+FILHO%22%29.MIN.&processo=83233&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso 28 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** - REsp n.º 1.164.947 da 1ª Turma, Brasília, DF, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902186541&dt_publicacao=09/09/2010>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas corpus** – RHC n.º 85.272/RS da 6ª Turma, Brasília, DF, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85377348&num_registro=201701316304&data=20180823&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 1.688.878/SP da 3ª Seção, Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562923785/recurso-especial-resp-1688878-sp-2017-0201621-1>>. Acesso em: 03 jun. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus** – HC n.º 1.511.985/SP da 6ª Turma, Brasília, DF, 15 de abril de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339748492/habeas-corpus-hc-274487-sp-2013-0243890-8>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 572572/PR da 5ª Turma, Brasília, DF, 16 de março de 2016. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1493885&num_registro=201402127730&data=20160316&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 1.536.895/RJ da 1ª Turma, Brasília, DF, 08 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=877733&num_registro=200700217422&data=20090511&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas corpus** – AgR no HC n.º 188.151/SP da 6ª Turma, Brasília, DF, 07 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488510&num_registro=201001933595&data=20160307&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 1.511.985/PR da 5ª Turma, Brasília, DF, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51464296&num_registro=2015001479774&data=20150901&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgR no AREsp n.º 487.715/CE da 5ª Turma, Brasília, DF, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49679480&num_registro=201400603040&data=20150901&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 1.405.748/RJ da 1ª Turma, Brasília, DF, 17 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48282451&num_registro=201303229557&data=20150817&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgRg no REsp n.º 1.308.038/SP da 6ª Turma, Brasília, DF, 19 de maio de 2015. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45978950&num_registro=201403064884&data=20150423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgRg no REsp n.º 968.447/PR da 1ª Turma, Brasília, DF, 18 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1398321&num_registro=200701641690&data=20150518&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 614.524/MG da 6ª Turma, Brasília, DF, 23 de abril de 2015. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45978950&num_registro=201403064884&data=20150423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário no Habeas corpus** – RHC n.º 51.356/SC da 5ª Turma, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1379360&num_registro=201402244673&data=20150218&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** – AgRg no AREsp n.º 342.908/DF da 5ª Turma, Brasília, DF, 27 de junho de 2014. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35983937&num_registro=201301677741&data=20140627&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** – AgR no REsp n.º 1.382.289/PR da 5ª Turma, Brasília, DF, 11 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34275408&num_registro=201301319252&data=20140611&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento** – AgR no Ag n.º 1.105.736/MG da 6ª Turma, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13352319&num_registro=200802257564&data=20101217&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 931.135/RO da 2ª Turma, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845280&num_registro=200700463794&data=20090227&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** – REsp n.º 892.818/RS da 2ª Turma, Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28INSIGNIFICANCIA+NA+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA%29+E+%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.MI>>

N.&processo=892818&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=truae>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal** – ACR n.º 5001253-96.2014.4.04.7016/PR da 8ª Turma, Curitiba, PR, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRENER, Paula. O princípio da insignificância nos tribunais superiores: uma crítica à crescente limitação da sua eficácia principiológica. ICP. jan./2019. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://icp.org.br/Jovem/ComaPalavra/6>>. Acesso em: 07 maio 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2007.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul./2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12053>. Acesso em: 12 fev. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. 198 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

COELHO, Nuno; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. Foreign corrupt practices act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 46, p. 164-187, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução do direito penal: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal**. Salvador: Juspodivm, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. **Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho**. Lima: Ara, 2010.

COSTA, Gustavo Roberto. In dubio pro societate é realmente um princípio? **Justificando**. nov. 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/11/26/in-dubio-pro-societate-e-realmente-um-principio/>>. Acesso em: 17 set. 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade da pessoa humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, p. 111 *apud* CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. v. 1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge-Massachusetts: Havard University Press. 1978.

DWORKIN, Ronad. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Princípio da proporcionalidade**. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Diomar Ackel. O princípio da insignificância no direito penal. v. 94, p. 72-77. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo**, abr./jun. 1988.

FILHO, José Dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Napoleão Casado. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://lelivros.love/book/download-direitos-humanos-fundamentais-vol-57-col-saberes-do-direito-napoleao-casado-filho-em-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 03 fev. 2019.

_____. O que é garantismo penal (integral)?. **Metajus** Disponível em: <www.metajus.com.br/textos.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer.doc>. Acesso em: 06 fev. 2019.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Enrique Alonso. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**. v. 230, p. 291-303. Rio de Janeiro. Renovar. out/dez. 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

_____. O princípio da irrelevância penal do fato confunde-se com o da insignificância?. Jusbrasil. dez./2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121926674/o-principio-da-irrelevancia-penal-do-fato-confunde-se-com-o-da-insignificancia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Qual a diferença entre tipo legal e tipo penal?. Jusbrasil. ago./2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924493/qual-a-diferenca-entre-tipo-legal-e-tipo-penal>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Aproveitamento das teorias de Roxin e de Zaffaroni. Jusbrasil. abr./2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921879/aproveitamento-das-teorias-de-roxin-e-de-zaffaroni>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Teorias do Direito Penal - O que é a teoria da tipicidade conglobante?. Jusbrasil. out./2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1991460/teorias-do-direito-penal-o-que-e-a-teoria-da-tipicidade-conglobante>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. No que consiste a Teoria da imputação objetiva?. Jusbrasil. ago./2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1781169/no-que-consiste-a-teoria-da-imputacao-objetiva-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério *apud* MAÑAS, Carlos Vico. **Curso de direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUADANHIN, Gustavo De Carvalho. **Princípio da insignificância**: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN v. digital 978-85-362-7593-2.

HAURIOU, Maurice *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha** (Grundzuge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa. In: **Questões polemicas e atuais**. São Paulo: Malheiros. 2003.

JÚNIOR, Cunha Dierly da. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm. 2009.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

JURÍDICO, Revista Consultor. STJ divulga teses sobre princípio da insignificância nos atos de improbidade. **Consultor Jurídico**. Abril/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/stj-divulga-teses-insignificancia-atos-improbidade>>. Acesso em 05 de maio 2019.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, João Paulo Kemp. A improbidade administrativa frente os princípios constitucionais da administração pública e sua efetividade perante a esfera eleitoral. **Revista Paradigma**. n. 23, p. 126-143. Ribeirão-Preto. jan./dez. 2014. p. 130. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/308/502>>. Acesso em: 03 set. 2019.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Florida: Valletta Ediciones, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, Luciano Santos *apud* SERRETTI, André Pedrolli. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

LORENZI, Felipe da Costa de. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. **Revista de Estudos Criminais**. v. 12, n. 57, p. 206-243, 2015.

MACHADO, Ralph. Proposta atualiza a Lei de Improbidade Administrativa. Câmara Dos Deputados. nov. 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/547581-PROPOSTA-ATUALIZA-A-LEI-DE-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MAÑAS, Carlos Vico. **Tipicidade e princípio da insignificância**. 1993. 140 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARTINS, Judith Costa. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MASSON, Cleber Rogerio. **Direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei n.º 8.4293/1992**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MORAES, Georgia. Câmara instala comissão especial sobre improbidade administrativa. **Câmara Dos Deputados**. ago. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/577458-camara-instala-comissao-especial-sobre-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo. Atlas. 2004.

_____. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. O STJ aplica o princípio da insignificância aos crimes e não aos atos de improbidade: existe contradição? **Migalhas**. Dez./2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI74953,51045-O+STJ+aplica+o+princípio+da+insignificancia+aos+crimes+e+nao+aos+atos>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MUÑOZ, Francisco Conde. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

MUZZI, Veridiane Santos. Teorias antigarantistas: aspectos do direito penal do autor e do direito penal do inimigo. **Lex Magister**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS__ASPECTO_S_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx>. Acesso em: 09 maio 2019.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa**: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar. Niterói: Impetus, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Por uma administração pública eficiente com respeito à lei. Estadão. 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-uma-administracao-publica-eficiente-com-respeito-a-lei/>>. Acesso em: 13 maio 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Breves considerações sobre novo ato de improbidade incluso na Lei 8.429/1992. **Consultor Jurídico**. fev./2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-19/breve-analise-ato-improbidade-incluso-lei-84291992>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

_____. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92. **Revista de Direito do Estado**, n. 2, 2006.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.

PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes; ALMEIDA, Dorcas Marques. O tratamento da insignificância da lesão no Brasil: a incompatibilidade com a intervenção mínima. In: **Anais do congresso em pesquisa de ciências criminais**. p. 87-117, Ibccrim, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Marcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PORTELA, Marçal Fortes de Oliveira. A ação de improbidade administrativa e o princípio da insignificância. **JUS.COM.BR**. abr./2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38697/a-acao-de-improbidade-administrativa-e-o-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120º**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

PRIETO, Luis Sanchís. **Sobre princípios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Lima: Palestra; Bogotá: Temi, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Direito penal do autor ou direito penal do fato?. **Jusbrasil**. jul./2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1599865/direito-penal-do-autor-ou-direito-penal-do-fato>>. 28 julho. 2009. Acesso em: 09 maio 2019.

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

_____. **Política Criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANCHES, Henrique Gonçalves. O princípio da insignificância penal nos crimes contra a Administração Pública: questões controvertidas. **DireitoNet**. ago./2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10815/O-principio-da-insignificancia-penal-nos-crimes-contr-a-Administracao-Publica-questoes-controvertidas>>. Acesso em: 07 maio 2019.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, 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**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito**

adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHUNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. *In*: SCHUNEMANN, Bernd (Comp.). El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução de Jesús Maria Silva Sánchez. 2. ed. Montevideo: B de F; Buenos Aires: Euros, 2012. p. 8-9; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. A participação dos trabalhadores na construção dos programas de integridade corporativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 9(2) p. 176-182. 2017. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.92.08/6279>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. v. 798, p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Alguns aspectos processuais controvertidos da lei de improbidade administrativa. **Academia**. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309058/Alguns_aspectos_processuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 3. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2017.

SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. *In*: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Coimbra, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/273831237/Francisco-de-Assis-Toledo-Principios-Basicos-de-Direito-Penal-5%C2%BA-Edicao-Ano-1994-1-pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

VALE, Ionilton Pereira do. Princípio da insignificância livra réu de condenação por pesca ilegal. Jusbrasil. maio/2013. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/121940513/principio-da-insignificancia-livra-reu-de-condenacao-por-pesca-ilegal?ref=serp>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WELTER, Henri. **Le controle jurisdictionnel de la moralité administrative**: étude de doctrine et de jurisprudence. Paris: Recueil Sirey, 1929.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume, teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.