

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

Bibliotecários responsáveis: Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Fernandes Jamur Vieira

Projeto gráfico: Virginia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica

Luiz Alberto Blanchet

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado sócio do escritório Blanchet, Bourges & Iwamoto Advogados Associados.

Emerson Gabardo

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado sócio do escritório Guilherme Gonçalves e Advogados Associados.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar a possibilidade e vantagem da aplicação no Direito Administrativo de diversos princípios entendidos tradicionalmente como restritos ao Direito Penal, com particular ênfase ao princípio da insignificância econômica. Com base em recentes julgados dos Tribunais Superiores e doutrina, busca-se repelir argumentos contrários à posição de que não haveria um regime constitucional sancionatório único, envolvendo os dois ramos do Direito. Amparado ainda na natureza humana dos agentes da administração pública, demonstra-se a importância de se considerar os valores de inexigibilidade de conduta diversa e proporcionalidade para identificar e delimitar os ilícitos.

Palavras-chave: Princípio da insignificância econômica. Direito Penal. Direito Administrativo.

Sumário: 1 Introdução à polêmica – 2 Do núcleo comum dos princípios de caráter sancionatório – 3 O princípio da insignificância no Direito Administrativo – 4 A objetividade, a natureza humana do agente e a insignificância – 5 A inexigibilidade de conduta diversa – Referências

1 Introdução à polêmica

Quando se fala de regime jurídico, em regra se está querendo traduzir algo a respeito dos princípios, que são o cerne de qualquer proposta sistematizadora e estruturante do Direito na contemporaneidade. E é a partir deles que parece ser interessante colocar algumas discordâncias a interpretações correntes sobre a temática da aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo, sempre a título de realização de uma “polemização produtiva”. Dentre estes princípios, destaca-se o da insignificância.¹

O tema não é controvertido somente na doutrina. Os tribunais têm debatido a questão em diversos casos que chegam à deliberação do Poder Judiciário. Inicialmente, merece ser citado um importante acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que foi o de nº 892.818/RS, e mediante o qual foi afirmada a inaplicabilidade do princípio da insignificância ao Direito Administrativo e, mais especificamente, às ações de improbidade administrativa.² É preciso insistir nessa temática a partir de uma oposição a essa visão jurisprudencial.

¹ Em sentido contrário à opinião defendida neste artigo sobre a aplicação do princípio da insignificância no Direito Administrativo, ver, dentre outros autores citados posteriormente: SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=5344>> e OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Processo administrativo e princípio da insignificância. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55580>>.

² PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA DESCARACTERIZAR A CONDUTA ÍMPROBA. IMPOSSIBILIDADE. 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 aproveitado a força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares. 2. Apesar de o fato ser incontroverso e confessado, o Tribunal de origem extinguiu a Ação Civil Pública com fundamento no princípio da insignificância, tendo em vista que o dano foi apurado em R\$8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos), valor do combustível consumido no percurso. 3. O bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, não havendo falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobas. 4. Inexiste ofensa insignificante ao princípio da moralidade, que, por essa razão, não pode ser relativizado. Até porque não há como se aplicar os princípios administrativos com calculadora na mão, expressando-os na forma de reais e centavos. 5. Os agentes públicos não têm disponibilidade sobre os bens e interesses que lhes foram confiados. Vigem, em nosso sistema jurídico, o princípio da indisponibilidade do interesse público, ao qual também o Poder Judiciário está vinculado. 6. Como já se pronunciou a Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral. (REsp nº 769.317/AL,

Considerado este escopo, concentra-se no fato de que a jurisprudência a respeito do assunto que é ilustrativa e conflituosa. O acórdão já mencionado é importante e trata-se de decisão muito bem estruturada, marcando uma posição contrária à aplicação do princípio da insignificância nas ações de improbidade, particularmente se utilizando de cinco argumentos centrais com os quais, no presente estudo, não se concorda.

O primeiro deles é de que a demanda da ação de improbidade administrativa é essencialmente civil. Talvez ela não seja tão civil quanto se propugna que seja. O segundo argumento é de que o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração inibe (seria um impeditivo) à utilização do princípio da insignificância, porque a Administração Pública não poderia dizer que é insignificante algo que está lá, que tem alguma existência, ainda que pequena. O terceiro é de que a insignificância não pode ser entendida somente pela óptica patrimonial, mas sim pela óptica social.³ O quarto argumento é de que o princípio da moralidade não se estabelece na realidade de uma forma passível de relativização, porque ele seria objetivo. Em sendo objetivo ele independeria da menor ou maior gravidade ou da menor ou maior culpabilidade e, portanto, se não é possível dizer que o princípio da moralidade é maior ou menor, também não poderia dizer que ele é mais ou menos significativo. Por último e talvez o mais importante, essa decisão importante do STJ afirma categoricamente que o princípio da tipicidade dos atos de improbidade não existe; na realidade não seria possível aplicar aquele princípio de tipicidade do Direito Penal nas ações de improbidade. Ou seja, assevera-se que, como no próprio Direito Penal é afirmada a ideia de que a insignificância exclui a tipicidade, e os atos de improbidade, a princípio, não precisam ser típicos, então a conclusão extraída é a de que não há onde aplicar a insignificância e, portanto, ela não incide.

Essa decisão do STJ é consonante com outras decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Existe um acórdão do STF no *Habeas Corpus* nº 88.941-7/AL, de 2008, relatado pelo ministro Marco Aurélio, que também insiste neste entendimento, de que no tocante aos crimes contra a Administração

Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ27.03.2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil. 7. Recurso Especial provido (REsp nº 892.818/RS – 2006/0219182-6 – J. 11.11.2008, Rel. Min. Herman Benjamin).

³ Neste tópico até não se discorda de que realmente a insignificância não pode ser reduzida a uma insignificância patrimonial, entretanto, diverge-se do acórdão quando ele se utiliza dessa característica como um fator impeditivo à sua utilização na ação de improbidade.

Pública não cabe o princípio da insignificância.⁴ A posição aqui é relativa aos crimes, mas é análoga à ideia de improbidade, ou seja, de que em se tratando de “coisa pública e de prefeito” então não haveria que se aplicar nenhuma hipótese de insignificância.

Mas é claro que em sentido contrário também há uma série de acórdãos. Por exemplo, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁵ há várias decisões aplicando o princípio da insignificância; no Tribunal Regional Federal da 1ª Região,⁶ ou mesmo do próprio STF, também. Veja-se que os ministros do Supremo decidiram no *Habeas Corpus* 95.749-8, relatado pelo ministro Eros Grau, que se aplica a insignificância.⁷ Ou seja, há pelo menos dois acórdãos de 2008 do STF em sentidos radicalmente contrários. E é interessante esse acórdão do Ministro Eros Grau, porque ele aplica a insignificância em face de um crime: crime de descaminho, numa hipótese em que a Administração Pública inocentou o sujeito em processo disciplinar dizendo que o ato era insignificante. O Ministério Público entrou com ação criminal e o STF confirmou. Então

⁴ RECURSO ESPECIAL – JULGAMENTO. O julgamento do recurso especial faz-se a partir das premissas fáticas assentadas soberanamente pela Corte de origem. CRIME – INSIGNIFICÂNCIA – QUALIFICAÇÃO DO AGENTE E BEM ENVOLVIDO – COISA PÚBLICA. Descabe agasalhar o princípio da insignificância — consoante o qual não se levam em conta a qualificação do agente e os valores envolvidos — quando se trata de prefeito e de coisa pública. PENA – DOSIMETRIA. Mostra-se consentânea com a ordem jurídica decisão que, considerado o máximo de doze anos, fixa a pena-base, presente circunstâncias judiciais negativas, em quatro anos e seis meses de reclusão (HC nº 88.941. Rel.: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, J. em 19.08.2008).

⁵ 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 DE PROVI-DA (Apelação Cível nº 70011242963, Quarta Câmara Cível. Rel.: Araken de Assis, J. em 25.05.2005).

⁶ INQUÉRITO POLICIAL. ATIPICIDADE. PECULATO. INSIGNIFICÂNCIA PENAL. 1. Não configura peculato a doação de bens de valores “insignificantes” e “inservíveis”, sem qualquer proveito próprio ou alheio. 2. O peculato do artigo 312 do Código Penal “não pode estar dirigido para ninharias” (Francisco de Assis Toledo). 3. Denúncia rejeitada (Inquérito nº 93.01.24214-1 – MA, Plenário. Rel.: Mário César Ribeiro, J. em 26.09.1996).

⁷ 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 (HC nº 95.749. Rel.: Min. Eros Grau, Segunda Turma, J. em 23.09.2008).

a Administração Pública estava certa ao afirmar a insignificância no âmbito administrativo e, portanto, agora em âmbito penal ou criminal.

Com base nessa controvérsia jurisprudencial e por consequência, também doutrinária, é preciso questionar: é possível mesmo serem aplicados os princípios de Direito Penal no Direito Administrativo? Em geral os autores têm um pouco de cautela com relação a essa transposição. Vários autores propõem que não é possível transportar de uma forma automática para o Direito Administrativo os princípios de Direito Penal, porque tudo dependeria em certa medida do caso concreto ou da situação fática. Fábio Medina Osório, por exemplo, afirma que não existe um *ius puniendi* estatal único, pois os princípios incidentes são normalmente mais trabalhados em alguns ramos do Direito que em outros, possuindo, então, “conteúdos próprios e diferenciações”⁸. Ainda, é comum a interpretação de que os mesmos princípios constitucionais incidem de forma diversa, quer se tratem de relações de caráter criminal ou de relações típicas do Direito Administrativo.

2 Do núcleo comum dos princípios de caráter sancionatório

As interpretações em certa medida “cautelosas” da matéria realmente são importantes e merecem reflexão. Todavia, não parecem ter a capacidade de negar que, do ponto de vista constitucional, esta diferenciação não existe. Quando o art. 5º, inc. XLVI, prescreve: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos”; ele não assevera que esse dispositivo se restringe aos crimes; ele não fala que esse dispositivo é do Direito Penal, é do Direito Administrativo ou é do Direito Civil. Existem disposições penais que impõem obrigações como a multa, que suspendem direitos como a proibição de participar em licitações, ou que extinguem relações jurídicas; ou ainda excluem direitos — como é o caso da demissão. De qualquer forma são todas penas e, portanto, é difícil ser afastada a proposição de que existe um Direito Constitucional Penal ou um Direito Constitucional Sancionatório, que implica um regime jurídico ou um Direito público de intervenção que é o núcleo comum do Direito Penal, do Direito Administrativo ou até mesmo do Direito Civil,⁹ embora reconheça certa dificuldade em aceitar essa mistura entre o Direito Civil e o Direito Penal.

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114.

⁹ “Ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil, são iguais; fazem parte de instituto jurídico determinado: os ilícitos jurídicos. As diferenças existentes entre os ilícitos penal,

Mas enfim, ainda que polêmica e controvertida, parece razoável a conclusão de que esse núcleo comum existe. Daniel Ferreira reconhece a existência de uma “Teoria Geral da Infração”, reforçando a utilidade dos princípios de Direito Penal (ou criminal) a outras áreas e, particularmente, ao Direito Administrativo. Mais que isso, destaca justamente a existência de elementos que ultrapassam as áreas como didaticamente estabelecidas, a partir de uma derivação direta do Direito Constitucional.¹⁰

Fato é que em nível constitucional há que se pensar numa noção de unidade. O ministro Carlos Ayres Britto afirma muito interessantemente que a Constituição é um todo orgânico, onde “tudo é um”. Essa expressão literária, poética, é oportuna para a análise dessa matéria. Afinal de contas, está-se tratando basicamente de direitos, de direitos fundamentais contidos na Constituição. Será possível compartimentalizar estes direitos, e dizer que eles têm natureza e efeito de direitos fundamentais para o Direito Penal, mas não para o Direito Administrativo? Seria possível criar estas diferenças se tais não foram criadas pela Constituição? Será que a lei pode instituir realmente uma discrepância desta ordem? Parece que não. Rafael Munhoz de Mello vai além, afirmando 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”.¹¹

A análise da imoralidade, sob o ponto de vista do controle dos atos e da sua possível anulação ou até convalidação e a partir do ângulo sancionatório (seja sancionatório criminal em sentido estrito, seja o sancionatório administrativo, ou mais particularmente o sancionatório da Lei de Improbidade) exige um padrão homogêneo de interpretação jurídica. E veja-se que, na realidade, essa perspectiva em certa medida é aceita pelos tribunais; até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial nº 926.772/MA, os ministros

administrativo e civil constituem manifestações de um mesmo conceito, que não é próprio desta ou daquela disciplina, antes compreende todos os tipos de ilícitos do ordenamento” (cf.: VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30).

¹⁰ São ilustrativas as palavras do autor quando afirma que “o Direito Administrativo Sancionador precisa adiantar o passo, sob pena de mal ter nascido e já figurar caduco. E o motor propulsor do pretendido avanço há de ser a construção e efetiva adoção de uma ‘Teoria Geral da Infração’ — tanto pela Administração Pública, como pela doutrina e pela jurisprudência — obviamente calçada em tudo quanto se extrai da Carta da República de 1988 e do sistema jurídico em vigor” (Cf.: FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72).

¹¹ 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.

reconhecem categoricamente que na ação de improbidade são aplicáveis os princípios de Direito Penal.¹² O STJ reconhece essa aplicabilidade geral, em que pese tenha recuado especificamente quanto ao princípio da insignificância.

É por isso que parece razoável imaginar que efetivamente o princípio da pessoalidade típico do art. 5º, inc. XLIX, da Constituição, que fala na individualização da pena e de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado,¹³ bem como o princípio do não *bis in idem*, têm que ser aplicados. O que faz refletir um pouco inclusive sobre o art. 12 da Lei de Improbidade. Tal dispositivo prevê que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”; ou seja, segundo a interpretação direta da norma, o sistema brasileiro acaba por ter quatro possibilidades: as penais, civis, administrativas “e as de improbidade”. Aparentemente, ou esse artigo tem uma redação ruim ou ele é inconstitucional, sob pena de ser ferido o princípio do não *bis in idem* que é, inclusive, reconhecido por tratados internacionais.

E o princípio da mínima intervenção? Será que ele é só do Direito Penal, que é fragmentário? Parece que não. Esse caráter subsidiário do Direito Penal também se impõe às ações de improbidade administrativa e ao Direito Administrativo sancionatório como um todo. As ações de improbidade administrativa não são para qualquer tipo de objeto que se enquadre genericamente nos seus extremamente abertos tipos, se é que se pode falar em tipos no *caput* de cada um daqueles incisos da Lei de Improbidade. E na verdade isso tem sido reconhecido em geral pela doutrina, tanto é que já se tornou um brocardo comum aquela expressão de que a Lei de Improbidade “serve para o administrador desonesto não para o inábil”.¹⁴ Esta expressão

¹² PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONCESSÃO FRAUDULENTE DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 12 DA LEI 8.429/92. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. SANÇÃO QUE TAMBÉM ABRANGE O AGENTE DETENTOR DE CARGO PÚBLICO, EMPREGO PÚBLICO OU MANDATO ELETIVO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS. PRESCINDIBILIDADE. 1. (...) 4. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las de só-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, de acordo com os princípios do direito penal. Precedentes. (...) (Recurso Especial nº 926.772/MA. Rel.: Min. Teori A. Zavascki, Primeira Turma, J. em 28.04.2009).

¹³ “Art. 5º, inc. XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”;

¹⁴ “O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil”. Cf: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: o direito dos

retrata justamente a ideia de mínima intervenção ou intervenção subsidiária. Noção geral a partir da qual se combinam outros princípios importantes como o da irretroatividade da lei mais gravosa e o da proporcionalidade ou da proibição de excesso. A ação civil de improbidade administrativa deve ser adequada e necessária, referindo-se especificamente à gravidade da conduta. No mesmo sentido caminha o tradicional princípio da culpabilidade. 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. Daí a conclusão de que o princípio da tipicidade tem que ser aplicado ao Direito Administrativo, inclusive nos casos enquadráveis como de improbidade, tendo esse princípio uma dupla função: uma de instituir previsibilidade das ações e outra de limitar a discricionariedade.

Professores como, por exemplo, Romeu Felipe Bacellar Filho, têm defendido muito esta tese, propondo textualmente que é preciso que no Direito Administrativo seja ampliada a discriminação precisa em lei tanto dos tipos quanto das penas (ou seja, os pressupostos da aplicação legal também têm que constar em lei). E mais do que isso, essa tipicidade não pode ser somente uma tipicidade formal, ela tem que ser uma tipicidade também material.¹⁵ E não é só a doutrina que faz esta defesa. Existem decisões interessantes que podem ser utilizadas para fundamentar a posição. Há um acórdão importante do STF no *Habeas Corpus* nº 94.439, relatado pelo ministro Menezes Direito, no qual são instituídos alguns critérios ou características do que seria uma atipicidade

administrados dentro da Lei nº 8.429/92. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 4. Videtambém, e.g., MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002. p. 675.

¹⁵ BACELLARFILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 240-246.

material das condutas; ou seja, mesmo que a conduta fática se enquadre formalmente ao tipo, ainda assim não haveria tipicidade do ponto de vista material: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social na ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade da ação; d) inexpressividade da lesão jurídica em face ao sistema.¹⁶ Esses elementos típicos caracterizados no acórdão, e que seriam fonte de atipicidade material, podem resolver vários problemas no tocante a esse assunto, impedindo, portanto, que continue sendo reconhecida essa hipótese de que o Direito Administrativo não combina com o princípio da tipicidade.

Como já asseverado, apesar das posições contrárias, esta é uma perspectiva que não é só doutrina e nem somente da jurisprudência. Há leis no Brasil, em parte vindas de um período autoritário, que efetivamente entendem que não precisa haver tipicidade. É o caso da Lei nº 6.385/76, que disciplina a Comissão de Valores Mobiliários (CVM); é o caso da Lei nº 4.595/64, que disciplina a competência do Conselho Monetário Nacional. São leis que reconhecem certa atipicidade das condutas e que não comungam mais com a atual perspectiva de Direito Constitucional, dentro da qual o princípio da tipicidade tem que ser fortemente reconhecido no Direito Administrativo, (evitando-se “normas em branco”, regras que contemplem conceitos jurídicos indeterminados ou dispositivos que, por falta de especificidade, têm dificuldade de aplicação concreta). O professor Marçal Justen Filho aponta como exemplo a Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, no seu art. 87.¹⁷ Esse artigo versa sobre as penas referentes à inexecução total ou parcial do contrato.¹⁸ O que é inexecução

¹⁶ STF, HC nº 94.439 – RS, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, J. 03.03.2009.

¹⁷ “No caso da Lei 8.666, essa é a situação verificada. Determina-se que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Até se pode determinar o conceito de ‘inadimplemento’ ou ‘violação a deveres contratuais’, mas é inviável discriminar os casos de cabimento de cada espécie de sanção. Ora, afigura-se inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Essa solução infringe o sistema constitucional” (Cf.: JUSTENFILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 616).

¹⁸ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I – advertência; II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

total ou parcial do contrato? Será que é possível fazer uma declaração de inidoneidade por um preenchimento discricionário desse tipo aberto dessa norma aberta ou indeterminada? É difícil. O que faz com que esses autores afirmem expressamente a impossibilidade de ser estabelecida punição com base exclusiva em norma com essas características.

E há outras situações de destaque que são aquelas dos conceitos jurídicos indeterminados que possibilitam perseguições políticas (infelizmente mais comuns do que se imagina). Típico do estatuto dos servidores federais (mas não só) é o caso da desídia (art. 117, inc. XV da Lei nº 8.112/90). Será que todos os operadores do Direito têm a mesma compreensão do que seja desídia? Pois bem, a pena para desídia é a demissão; e servidores têm sido demitidos. Tal situação causa perplexidade, porque são muito comuns os processos administrativos por questões banais, sem importância, por atos isolados, nos quais a comissão processante conclui que há desídia e indica a pena de advertência; que há desídia e indica pena de suspensão de cinco dias. Todavia, quando o processo sobe para a decisão do ministro, que é autoridade competente para aplicar a sanção, verifica-se que há uma incongruência, porque afinal de contas se é desídia não pode ser advertência, não pode ser suspensão; então demite-se. Rompe-se, portanto, com qualquer tipo de segurança jurídica e promovem-se atos desproporcionais que reverberam em injustiças no caso concreto. Nestes termos, é preciso reconhecer a tipicidade, e deve ser uma tipicidade forte.

3 O princípio da insignificância no Direito Administrativo

O que significa a insignificância? No Direito Penal esse princípio já está desenvolvido há algum tempo. Todavia, parte da doutrina diz que não é originário do Direito Penal; na realidade esse princípio existiria desde o Direito Civil romano, sendo fortemente desenvolvido ao final da segunda guerra mundial, notadamente na Alemanha, quando surgiu a expressão “criminalidade de bagatela” (*Bagatelledelikte*).¹⁹ Mas independentemente da sua origem, qual seria o conteúdo deste princípio? É notório o ditado: “o crime não compensa”. Bom, o princípio da insignificância diz o seguinte: “às vezes a pena também não compensa”.²⁰ E isso vai além até mesmo dos crimes de menor potencial

¹⁹ Sobre o histórico do princípio da insignificância ver: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 41 et seq.

²⁰ No Direito Administrativo, “com esse rótulo [de insignificância] se tem dito que é admissível infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, configuram ações de bagatela, despidas

ofensivo, que têm previsão específica (a tipificação dos crimes de menor potencial ofensivo reportados aos juizados especiais). O delito insignificante é menos do que esses crimes de menor potencial ofensivo. E eles não podem ser previamente estipulados, em abstrato. Não há como estipular um rol de insignificâncias.²¹ Nesses casos é necessário ser utilizado o bom senso. Há que ser utilizado o caso fático para serem encontrados elementos autorizadores da determinação do injusto.

Mas, enfim, a interpretação ora proposta, e que vários autores têm defendido, está encontrando resistência dos tribunais, particularmente do STJ. Uma das objeções decorreria do fato de que não seria possível fazer gradação de atos imorais — ou é imoral ou não é. Nestes termos, não seria lógico dizer que existe ato imoral e insignificante mesmo que seja de pequeno valor; ele sempre vai ter alguma significância se é imoral, o que implica a exigência de aplicação da pena.

Veja-se, então, que pode ser possível ser elaborada a seguinte ilação: se realmente a insignificância não é princípio autônomo, não seria, portanto, por si mesmo um princípio passível de estabelecer uma excludente de tipicidade. Inibe-se toda a forma de sua utilização ao Direito Administrativo? Parece que ainda não. A insignificância também pode ser utilizada apenas como um elemento hermenêutico interno ao princípio da proporcionalidade. E que, portanto, não vai afetar a tipicidade, mas vai afetar a punibilidade. Ou seja, reconhece-se que é típico. É típico e não se pode usar a insignificância como princípio autônomo para esse tipo de exclusão de tipicidade. Mas o princípio da proporcionalidade é irrecusável e ele pode, mesmo reconhecendo-se a atipicidade, ser um elemento de exclusão da punibilidade; de aplicação da sanção. Isso a fim de que seja evitado o injusto; a fim de que seja inibido o irrazoável.

O princípio da proporcionalidade (ou postulado, como preferem alguns autores)²² pode sim ser um elemento importante e que faça com que não seja preciso recorrer ao princípio da insignificância. E isso não implica o reconhecimento de nenhuma novidade. Autores positivistas como, por exemplo,

de relevância, traduzidas em valores lesivos ínfimos”; segundo FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59.

²¹ (...) “nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou acata formalmente [o princípio da insignificância], apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana” (Cf: LOPES, op. cit., p. 49).

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148 et seq.

Herbert Hart, que junto com Kelsen foi o maior positivista do século XX, já falavam da existência de uma cláusula geral implicitamente condicionante de todas as regras do Direito, em qualquer área. Era a cláusula do: “a menos que...” Dizia o professor Hart que em se tratando de Direito é possível estipular as condutas, mas sempre é possível que em determinada situação concreta a aplicação exata daquela regra não vai dar certo. A conclusão silogística acaba não sendo a mais adequada, por motivos como não ser socialmente desejável.²³

Nestes termos, tem sido comum a utilização na doutrina não exatamente da insignificância, mas da proporcionalidade, com idêntico resultado: a proibição do excesso e a adequação dos atos.²⁴ E dá certo. Neste caso a insignificância é entendida como elemento da proporcionalidade e não como princípio autônomo. Interessante é que argumentar nestes termos amplia sobremaneira a receptividade da tese no Judiciário. O advogado que argumentar assim vai ter respaldo jurisprudencial seja no STF, seja no STJ; há vários exemplos. O próprio STJ que nega o princípio da eficiência e é contra a insignificância como princípio autônomo aceita-a expressamente como um elemento da proporcionalidade justamente para afastar o sancionamento. É o caso, por exemplo, do entendimento exarado no Mandado de Segurança nº 8.845, do Distrito Federal.

Todas estas colocações conduzem ao reconhecimento de que esta matéria ora discutida não possui interesse meramente teórico. Não faz parte somente de uma teoria do Direito Administrativo, do Direito Constitucional, ou do Direito Penal. Ocorrem diuturnamente casos em que essas situações são colocadas. Por exemplo, servidor que quebra propositalmente uma lâmpada de um órgão público quando estava jogando futebol na hora do almoço. Ele resolveu apostar com o colega que ele acertava a bola na lâmpada, e acertou. Ganhou a aposta. Em que dispositivo legal pode ser enquadrada esta conduta? No art. 10 da Lei de Improbidade. Esta regra diz textualmente que “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”.

Qual será, então, a pena da Lei de Improbidade que será atribuída? Veja-se que do ponto de vista formal está tipificada a conduta. Outra situação,

²³ HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 294.

²⁴ Nesse sentido, destacam-se os autores Rafael Munhoz de Mello e Daniel Ferreira (Cf.: MELLO, op. cit., p. 169 et seq., e FERREIRA, op. cit., p. 57 et seq.).

um vereador que furta maçãs da chácara pertencente à autarquia de pesquisa estadual. Um vereador pulou o muro e pegou umas duas ou três maçãs. Neste caso é possível escolher se a conduta deve ser enquadrada no art. 10 da Lei de Improbidade ou no art. 11.²⁵ Será que vale a pena ser utilizada a Lei de Improbidade para estes casos? Será que com tal enquadramento não se estaria contribuindo para a falta de credibilidade do sistema?²⁶

Deve ser salientado, ainda, que a questão não é somente determinada pelo valor patrimonial. A lâmpada no caso custava R\$0,85. Qual é o valor das maçãs? Todavia, claro que a questão são os valores sociais envolvidos no caso, para os quais a questão patrimonial é somente um elemento a ser considerado, entre outros. Qual o valor social de se sancionar com as penalidades típicas da ação de improbidade tais condutas? Seria para estas situações que a lei foi criada? Parece que não.

Em resumo, não há como manifestar concordância com a tese particularmente propugnada pelo Superior Tribunal de Justiça de que não haveria insignificância pelo fato de que não há tipicidade. Isso porque se aplica sim o princípio da tipicidade nas ações de improbidade administrativa e nos processos administrativos disciplinares, assim como outros princípios em geral entendidos como típicos do Direito Penal são incidentes também no Direito Administrativo. E ademais, mesmo que se chegue à conclusão de que não há o princípio da tipicidade, ainda assim, é possível aplicar o princípio da insignificância como excludente de punibilidade a partir do princípio da proporcionalidade.

Também discorda-se do argumento de que o princípio da moralidade se estabelece objetivamente pelo ato em si. É preciso ser diferenciada a moralidade para fins de controle do ato administrativo, seja controle pela autotutela

²⁵ 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.

²⁶ “Ou, finalmente, o caput do art. 11 terá que sofrer a confrontação com as condutas previstas em seus incisos, para que o intérprete possa aplicar a Lei de Improbidade sem que ela se vulgarize, como se qualquer ato que não seja legal ou imparcial, dentre outros princípios constitucionais, sirva de suporte para o enquadramento no dispositivo legal *sub oculis*” (Cf: MATTOS, op.cit., p. 325).

seja pelo controle judicial, do princípio da moralidade utilizado como fundamento de pena. Nesse último caso deve ser exigida a ideia de culpabilidade; deve ser exigida a noção de apreciação subjetiva. Ademais, não é possível ser presumido que a óptica social é atingida sempre que um ato tipicamente, formalmente imoral, for realizado. Até porque, não há efetivamente como tipificar, do ponto de vista do Direito sancionatório, todas as condutas imorais. Não há como fazer isso e é correto que não se faça. As condutas imorais para as quais se pretende aplicar penas, estas sim, têm que estar expressamente tipificadas. A Lei de Improbidade, à qual não se nega importância, restou equivocada ao abrir os tipos; deveria ter-se limitado a exemplificá-los em vez de prescrever que além daqueles podem ter outros casos discricionariamente estabelecidos.

Merece atenção ainda outro argumento que até agora não foi tratado com muito detalhe, mas é utilizado frequentemente pelos Tribunais. Pondera-se que o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração seria um impeditivo à utilização do princípio da insignificância. Parece que não. Na realidade, quando a Administração Pública ou mesmo o Judiciário aplica a noção de insignificância, eles não estão dispendo de interesses públicos, porque jamais vai haver interesse público legítimo em aplicar uma atuação sancionatória desproporcional ou irrazoável. Há que haver uma ponderação entre princípios, e fruto desse amálgama entre princípios é que deverá surgir o conteúdo efetivo, no caso concreto, do interesse público.²⁷ Em assim sendo, não parece que esse seria um impeditivo. Repete-se: não há disponibilidade dos interesses no caso.

Finalmente, não é possível aceitar que a demanda de ação de improbidade seja civil, como recorrentemente se assevera. Ela é fundamentalmente penal, em razão do que seria um equívoco promover interpretação restritiva na utilização dos respectivos princípios desta área.²⁸ Há dificuldade em aceitar-se uma responsabilidade de caráter civil quando se está tratando de penas. Talvez fosse interessante retomar uma discussão a respeito da terminologia Direito Penal e Direito Criminal.²⁹ Alguns autores optam por falar em Direito Criminal

²⁷ Sobre a origem e atual problemática da noção de interesse público ver: GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 284 et seq.

²⁸ A Lei de Improbidade deve ser interpretada como se penal fosse, uma vez que sua aplicação acaba por restringir direitos de diversas categorias por intermédio da aplicação de penalidades, segundo FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 294-295.

²⁹ MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 13 et seq.

justamente para fazer a distinção. Na realidade, a Lei de Improbidade trata de aplicação de penas e, portanto, ainda que ela possa seguir um processo civil, não há justificativa plausível para que a característica processual possa suplantar a natureza material. Mais importante que a característica processual, que é civil, é o fato de que materialmente se está tratando de dispositivos de caráter penal segundo a redação da própria Constituição. A Constituição de 1988 retrata expressamente o que são penas, e neste rol estão as sanções configuradas na Lei de Improbidade.

Por esses motivos é que se torna oportuna uma interpretação crítica da jurisprudência, que é uma jurisprudência cambiante e tem ora evoluído, ora involuído, a respeito do assunto. É a partir destas discussões que se realiza o aprimoramento tanto da área do Direito Penal, da área do Direito Civil ou da área do Direito Administrativo.

Vive-se em um momento de forte desejo por moralidade; só que não é razoável deixar que essa ansiedade reverbere numa caça às bruxas, ou ainda, implique uma movimentação do Judiciário, e particularmente do Ministério Público, no sentido de impulsionar ações que na realidade vão tirar a credibilidade da aplicação prática das leis que têm de alguma forma como objeto o Direito Administrativo.³⁰

4 A objetividade, a natureza humana do agente e a insignificância

Outro aspecto relativo à incidência do princípio da insignificância no Direito Administrativo diz respeito à “natureza humana” do agente público. Conforme afirmado anteriormente, a aplicação do princípio da insignificância no Direito Administrativo não configura recusa, sequer parcial, à aplicação do Direito. Ao contrário, a adoção do princípio em pauta constitui-se instrumento indispensável para a delimitação do Direito aplicável.

A irrelevância para o Direito obviamente não resulta imediata e unicamente do preceito legal ou constitucional, mas da integração da norma. É no momento da aplicação da norma à realidade que se consubstanciam e se revelam ao conhecimento do agente controlador todos os fatores relevantes e indispensáveis para definição e, pois, delimitação, do âmbito de incidência do

³⁰ Segundo Heraldo Garcia Vitta, 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 ajustassem aos padrões do ordenamento, finalidade de toda sanção administrativa, em VITTA, op. cit., p. 58.

comando normativo. A própria natureza do ato por si só é insuficiente para determinação da incidência ou não da norma.³¹

Neste espectro, a discussão sobre a existência ou não de tipicidade nos atos de improbidade acaba tornando-se secundária. O que importa não é a tipicidade ou a culpabilidade, inerentes que são à teoria do crime, mas a ilicitude. Ilicitude esta, que obviamente estará condicionada à tipicidade, porém na modalidade de presunção de ilicitude. Em outras palavras, se alguém pratica ato típico em estado de necessidade, o ato não perde sua característica de típico, entretanto não será ilícito.³²

Muitos aspectos levam a concluir que dentre os fatores existentes na origem do problema sobressai o aspecto terminológico; a opção dos estudiosos pela palavra *insignificância* é, sem dúvida, infeliz. Infeliz, não em si mesma, mas em função do impacto psicológico que a palavra provoca. Embora comumente entendida no sentido de pequenez, coisa de pouca ou nenhuma importância, a palavra insignificância, em verdade, refere-se a algo que não tem significado jurídico suficiente para levar a uma responsabilização ou punição; esta é a acepção em que é empregado o vocábulo *insignificância* no presente trabalho. Na abordagem científica do Direito não existe qualquer razão para não se adotar o mesmo e criterioso rigor terminológico imprescindível nas demais áreas.

Eis então aí um dentre os aspectos sociológicos que este estudo se propõe a considerar: a possível tendência do ser humano para a assunção da postura mais cômoda. É realmente mais confortável ocupar-se das coisas evidentes, de percepção imediata, que não exigem maior esforço para serem entendidas. O método objetivo de investigação e conhecimento, porém, requer constante questionamento. Quem nada questiona (principalmente as próprias impressões espontâneas e imediatas) não evolui.

³¹ "Desse modo, temos que a vulneração a um dos princípios retro-referidos [princípios da Administração Pública] deve vir acompanhada de uma significativa repercussão na ordem jurídica ou no recesso da Administração, o que somente poderá ser verificado diante do caso concreto. De outro modo, resulta ausente uma das condições genéricas da ação, qual seja o legítimo interesse de agir" (Cf: MEDEIROS, Sergio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 101).

³² "Enquanto a tipicidade e a culpabilidade são categorias próprias da teoria do crime, a ilicitude, como 'contradição com o Direito', constitui um conceito à parte, válido em relação à ordem jurídica em seu sentido global, possuindo, por tal motivo, um inequívoco caráter unitário. Não há cogitar, assim, de uma ilicitude especificamente penal, civil, administrativa, etc. (...) Cuida-se não de uma afirmação definitiva de ilicitude, mas, sim, de uma presunção de ilicitude que pode ser afastada se o legislador licitou, através de norma permissiva, a conduta que se ajustava ao tipo" (FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo, 1995. p. 244- 245).

A tendência natural à interpretação exclusivamente literal da lei é a mesma que leva o suposto intérprete a satisfazer o espírito com o sentido literal e isolado dos termos ou expressões que designam princípios jurídicos. É o que mais marcadamente sucede com os princípios da igualdade, da publicidade, da economicidade e com aquele que tanto e profundamente interessa a esta discussão: o princípio da moralidade.

Como não raramente as disputas teóricas no Direito têm raiz nomenclatural, não menos nomenclatural é o argumento embasado no caráter objetivo do princípio da moralidade, o que o tornaria insuscetível de relativização. Necessário lembrar que as noções de objetivo e de subjetivo em sua pureza existem apenas no plano ideal; no mundo real, nada é exclusivamente objetivo ou subjetivo, simplesmente porque no domínio da realidade deverá ocupar um espaço que não é somente seu e que tampouco está afastado ou isolado dos espaços reservados aos demais fenômenos, sejam eles alcançados pelo conhecimento ou não. O fato, ademais, de algo ser objetivo não inviabiliza a sua relativização, o que inviabilizaria seria seu caráter de absoluto.

Princípios jurídicos, todavia, são normas e, como tais, integram juntamente com todas as demais — sejam regras ou princípios — o sistema a que se denomina Direito. Ora, algo que integra um sistema, por inevitável imperativo lógico, jamais poderá ser absoluto. Se integra um sistema, influencia todos os demais elementos e igualmente deles sofre efeitos. Todos os elementos de um mesmo sistema se condicionam e reciprocamente se limitam ou cedem espaço a fim de preservar a harmonia do sistema como tal que é. Maturam-se, a este passo do estudo, os fatores ensejadores da percepção no sentido de que o inafastável amoldamento de toda ideia humana aos condicionamentos da realidade, sempre que esta se materializa, aí incluídas as noções que parecem totalmente objetivas ou absolutas, está intimamente vinculado ao fato de ser, o agente da Administração, um ser humano.

A natureza humana do agente torna inevitáveis os condicionamentos a ela peculiares,³³ como torna inevitáveis também as imposições contingenciais de cada fator concreto motivador da atuação administrativa, as quais, afinal,

³³ Para Marçal Justen Filho, é imprescindível o reconhecimento da natureza humana do administrador, sob pena de cultivar ilusões quanto ao funcionamento do Direito Administrativo. "A desconstrução do Direito Administrativo do espetáculo compreende uma inversão epistemológica essencial. Trata-se de reconhecer que o protagonista do direito — inclusive e especialmente do Direito Administrativo — é o ser humano" (JUSTENFILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>>).

exatamente por serem contingenciais, são variáveis e imprevisíveis. Pode-se mesmo falar em certo princípio implícito — e aliás despercebido ou desprezado — da inevitabilidade. Pois bem, se dada situação não foi provocada pelo agente e é realmente por ele inevitável, não se pode responsabilizá-lo juridicamente.

5 A inexigibilidade de conduta diversa

Da inafastabilidade, da inevitabilidade, ilumina-se nova tela, tipicamente de Direito Penal, a da *inexigibilidade de conduta diversa*, tese que, malgrado comporte larga controvérsia, é admitida pela jurisprudência sempre que convergente com o *estado de necessidade* expressamente previsto pelo Código Penal como excludente da ilicitude.³⁴

A tese da inexigibilidade de conduta diversa nasceu e se desenvolveu no Direito Penal,³⁵ contudo não é exclusividade desse ramo. Com exceção de algumas poucas áreas do Direito, a sua divisão em disciplinas diversas tem caráter didático e finalidade idem, pois nem todas correspondem efetivamente a um regime jurídico que objetiva e incontestavelmente as identifique e distinga das demais.

Não tem, enfim, essa divisão, base constitucional, a ponto tal que muitas instituições de ensino superior adotam denominações que com muita dificuldade se consegue identificar como sendo uma ou outra disciplina. O Direito é um só; sua distribuição em áreas estanques não sobrevive no mundo real.³⁶

Exemplo oportuno e adequado para se constatar o que foi afirmado no parágrafo precedente é o do procedimento licitatório. Licitação é instituto de Direito Administrativo, disso ninguém duvidaria, porém o profissional que conhecer unicamente esse ramo, não conseguirá levar a bom termo um procedimento licitatório. Para a boa condução de uma licitação, o agente necessitará trabalhar com institutos de Direito Civil e Comercial, já na fase de habilitação; nesta mesma fase, precisará saber se uma certidão positiva de débitos tributários pode ser aceita como tendo efeitos de negativa, tarefa difícil

³⁴ Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

³⁵ Na doutrina penal, nas situações de inexigibilidade de conduta diversa, “subsiste a ilicitude, mas exclui-se a culpabilidade naqueles casos em que o agente cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 259-260).

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 182.

se ele desconhecer Direito Tributário e Processo Civil. Não menos necessários são os conhecimentos de Direito Ambiental, Financeiro, Penal e, inclusive, de Engenharia e de outras áreas.

Há, todavia, distinções que não se limitam apenas ao plano acadêmico ou didático. É o que sucede com a classificação da responsabilidade em pessoal e patrimonial. O tratamento constitucional a uma e outra é totalmente diverso, contudo o equívoco mais frequente de quem interpreta sem o devido rigor é supor que, sempre que a Constituição se refere à responsabilidade pessoal, estaria tratando de matéria exclusiva de Direito Penal. No próprio Direito Administrativo, aliás, comete-se erro semelhante quando se denomina responsabilidade *civil* do Estado aquela disciplinada pelo art. 37, §6º, pelo simples fato de ser ela patrimonial como a do Direito Civil, embora o regime seja totalmente outro.

Quando o Direito Administrativo se ocupa da responsabilidade pessoal do agente, as normas constitucionais terão incidência garantida também em matéria de Direito Administrativo, embora seja comum a crença de que tais normas aplicar-se-iam apenas à responsabilidade pessoal penal. Assim ocorre com a tese da *inexigibilidade de conduta diversa* e o princípio da *insignificância*, os quais não disputam espaço no Direito nem se repelem. Ambas, *inexigibilidade de conduta diversa* e *insignificância*, convergem e se conjugam na mesma tarefa: a delimitação do campo de incidência da norma que demarca a divisa entre os domínios da responsabilidade do administrador e aqueles da irrelevância para o Direito.

Nas situações em que não é juridicamente exigível do agente a adoção de conduta diversa, a conclusão óbvia assenta sobre a inexistência de comando normativo que venha impor conduta outra. De forma diferente, porém no mesmo caminho, o princípio da insignificância aponta para a não incidência do mandamento normativo, e não para situações que, embora juridicamente reprováveis, far-se-ia “vista grossa”.

Somente a interpretação mera e exclusivamente literal afastaria a admissibilidade do princípio da insignificância.³⁷ Interpretação literal, todavia, não chega a ser verdadeiramente interpretação jurídica, mas apenas seu pressuposto. Por ser pressuposto da interpretação jurídica, a literal é, sem

³⁷ Para Ivan Luiz da Silva, a insignificância é efetivamente princípio de direito, de modo que deve sempre orientar a interpretação das regras de caráter penal, conforme: SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2004. p. 96 et seq.

dúvida, imprescindível como primeiro passo, porém insuficiente.³⁸ Sendo o primeiro e indispensável passo, o raciocínio que a ele se limita e com ele se satisfaz simplesmente não sai do lugar. O “dever ser” unicamente textual endereçado ao agente não pode ser entendido e aplicado apenas em sua literalidade, como se fosse algo absoluto a ponto de se sobrepor à realidade e neutralizar ou eliminar as imposições naturais inerentes ao ser humano.

Ignorar a inevitabilidade inerente à natureza humana do agente, e por esta determinada, é desdenhar da aplicação do princípio da dignidade humana. Pode-se, assim, afirmar que, para a Administração, o custo da utilização das habilidades humanas ainda não substituíveis por funções executáveis por equipamentos traduz-se na necessidade, e dever jurídico, de respeitar suas peculiaridades justamente de caráter “humano”. Não são raros, na prática, os constrangimentos a que são injustamente submetidos muitos agentes da Administração ao fazerem algo que o texto legal proíbe ou deixarem de fazer o que a letra da lei exige, embora lhes fosse humanamente inevitável assumir tais condutas. Curiosamente este rigor é levado a efeito sob o disfarce da objetividade e de noções meramente ideais como a de que a moralidade seria princípio absoluto e não admitiria relativizações.

Conclui-se no sentido de que algo ou é ou não é moral, de que não existe *meia* ou *quase* moralidade. O que juridicamente não tem fundamento e sustentabilidade é pressupor-se que o sentido e amplitude da ideia de moralidade nuclear ao princípio de mesmo nome poderiam ser entendidos e aplicados como algo soberano e excludentemente absoluto, desprezando e atropelando as peculiaridades naturais e inevitáveis, afrontado, pois, o princípio da dignidade humana. A dignidade da pessoa humana é violada de forma imediata pelo constrangimento a que se vê submetido o agente que deverá se defender contra visões desfocadas e fundamentalistas em procedimentos nos quais os direitos ao contraditório e à ampla defesa até são assegurados, mas apenas para que o agente os exerça, sem, contudo, produzir qualquer efeito; procedimentos que em tudo lembram o diálogo entre o lobo e o cordeiro na clássica fábula de La Fontaine.³⁹ De forma mediata também a imagem e

³⁸ “A interpretação literal ou gramatical é a primeira fase da exegese. É necessário, assim, começar com o exame da letra da lei, isto é, do sentido e significado das palavras que ela contém, o que envolve o aspecto gramatical e sintático. (...) [A segunda fase é] a interpretação lógica, que efetivamente permite desvendar o verdadeiro significado da norma e a ela subordina-se a interpretação gramatical” (FRAGOSO, op. cit., p. 100-101).

³⁹ LA FONTAINE, Jean de. O lobo e o cordeiro. São Paulo: Escala, 2007.

demais aspectos da dignidade do agente sofrerão, por obra da imprensa e dos comentários de quem não conhece a realidade dos fatos.

A indevida e desastrosa aplicação de comandos embasada apenas na interpretação literal é muito mais cômoda, não exige avaliação mais detida e acurada, não exige sequer a identificação da norma e, fatalmente, jamais levará à sua integração. A verdadeira integração da norma jurídica (categoria a que inquestionavelmente pertence o princípio da moralidade) ao caso concreto pressupõe a sua integração também ao sistema a que pertence e que se convencionou chamar Direito. No universo do Direito, nada é absoluto, nada é soberano e suficiente sozinho, nem o conteúdo e o alcance da moralidade podem ser entendidos sem a ajuda dos demais princípios.

Naturalmente não se pode pretender que, sob pretexto da inevitabilidade inerente às particularidades subjetivas e pessoais de cada agente, fosse possível e juridicamente válido justificar-se como insignificante uma conduta lesiva ao interesse público. Se assim pudesse ser, realmente o princípio da insignificância não passaria de puro delírio doutrinário. A inevitabilidade a ser utilizada como parâmetro para determinação da insignificância em cada caso particular há de ser a inevitabilidade objetivamente ínsita à natureza humana do agente, e não aquela apurada em bases subjetivas em função das idiosincrasias pessoais de cada agente. Buscar-se entender o sentido jurídico de *inevitabilidade*, desprezando-se ou ignorando-se o sentido jurídico de isonomia, equivale a considerar a inevitabilidade como absoluta, entretanto, consoante já se afirmou neste estudo, nada no Direito é absoluto. Se, enfim, para o administrador ímprobo, é inevitável deixar de receber seu percentual de comissão pelo favor que fez a alguém em detrimento do interesse público, tratar-se-á de inevitabilidade subjetiva vinculada à sua desonestidade pessoal e não da inevitabilidade inerente à natureza humana de todo agente.

Não é com outra finalidade que não a de afastar a intranquilidade, a insegurança e o "terrorismo administrativo" e de assegurar a justiça que os conceitos de *insignificância* e de *inexigibilidade de conduta diversa* têm no âmbito do Direito Administrativo função idêntica àquela que desempenham no Direito Penal: servem para identificar e delimitar o ilícito e não para subtrair-lhe uma fração e dar-lhe artificialmente aparência de conduta lícita.

The Application of de Principles of Criminal Law in an Analysis of the Principle of Economic Insignificance

Abstract: This study aims to examine the possibility and benefits of applying several principles to administrative law which were understood traditionally as restricted to criminal law, with particular emphasis to the principle of economic insignificance. Based on recent trials of Superior Courts and doctrine, this article seeks to repel the arguments against the position that there wouldn't exist only one constitutional penalties system, involving the two branches of law. Also sustained by the human nature of the agents of government, the authors demonstrate the importance of the values of unenforceability of distinct behavior and proportionality in order to identify and determine the illicit.

Key words: Principle of Economic Insignificance. Criminal Law. Administrative Law.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo, 1995.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57927>>.

LA FONTAINE, Jean de. *O lobo e o cordeiro*. São Paulo: Escala, 2007.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MEDEIROS, Sergio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

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

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Processo administrativo e princípio da insignificância. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=55580>>.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=5344>>.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 892.818/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, J. em 11.11.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 926.772/ MA. Rel.: Min. Teori A. Zavascki, Primeira Turma, J. em 28.04.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 88.941. Rel.: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, J. em 19.08.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 94.439/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, J. em 03.03.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 95.749. Rel.: Min. Eros Grau, Segunda Turma, J. em 23.09.2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70011242963, Quarta Câmara Cível. Rel.: Araken de Assis, J. em 25.05.2005.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Inquérito nº 93.01.24214-1 – MA, Plenário. Rel.: Mário César Ribeiro, J. em 26.09.1996.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

Recebido em: 08.09.11

Aprovado em: 15.03.12