



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O princípio da insignificância e a improbidade administrativa

The principle of insignificance and the administrative improbity

Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Resumo: O artigo trata da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, originalmente previsto no Direito Penal, no âmbito da responsabilização por ato de improbidade administrativa. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo para averiguar o proposto. É feita uma análise abordando o princípio da insignificância construído e aplicado no Direito Penal. Posteriormente, é feita uma análise sobre o regime jurídico da improbidade, abordando a sua finalidade, princípios aplicáveis e características. Ao final, verificaremos se as características que permitem a existência do princípio da insignificância no Direito Penal também existem na improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Princípio da Insignificância. Responsabilidade. Corrupção. Princípio Jurídico.

Abstract: This article comprises an analysis whether the principle of insignificance, which was conceived in criminal law, is applicable for the liability for acts of administrative improbity. Therefore, in order to answer the article's main question, it is utilized the deductive reasoning. Firstly, it is analyzed how the principle of insignificance was conceived and applied in criminal law. Afterwards, there is an analysis regarding the legal regime of the administrative improbity, addressing its purpose, characteristics and applicable principles. Lastly, we will examine whether the characteristics that allow the existence of the principle of insignificance in criminal law also exist in administrative improbity liability.

Keywords: Administrative improbity. Principle of insignificance. Liability. Corruption. Legal principle.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p121-154>

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Pedro Luiz Ferreira de ALMEIDA*

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da insignificância no Direito Penal. 3. Improbidade Administrativa. 3.1. Corrupção e bem jurídico tutelado. 3.2. Tipicidade material e improbidade administrativa. 4. O princípio da insignificância e a improbidade administrativa. 5. A jurisprudência e o princípio da insignificância. 6. Consensualidade e princípio da insignificância. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A corrupção, no Brasil, é um problema crítico que atinge praticamente todos os níveis sociais, desde a corrupção política e de alto nível, até a corrupção cotidiana. Parte da causa seria explicada pelas raízes históricas brasileiras, conforme analisado por Sérgio Buarque de Holanda, que identifica uma forte tradição no patrimonialismo, clientelismo e na miscigenação entre o público e o privado (HOLANDA, 1995, p. 212).

Como resposta a esse fenômeno, o ordenamento jurídico brasileiro tem previsto diversas sanções aplicáveis aos sujeitos que praticam atos de corrupção. Historicamente, a tutela penal sempre foi utilizada para criminalizar tais atos, como o peculato e a corrupção ativa, enquanto a esfera civil estabelecia instrumentos para o sequestro e perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito de funcionários públicos.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova forma de responsabilização para agentes públicos que praticam atos de corrupção em seu sentido amplo. O art. 37, § 4º, da Constituição dispõe sobre a responsabilidade sobre uma nova espécie de ilícito denominado de “improbidade administrativa”. Em síntese, há uma nova esfera de responsabilização para a prática de tais atos. Posteriormente, o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Federal 8.429/1992 (“Lei de Improbidade Administrativa” ou simplesmente “LIA”).

Nas palavras de Mônica Nicida Garcia, uma mesma conduta humana pode estar submetida a diversas normas e sanções, cada uma delas reguladora e protetora de um bem, sendo tutelado por diversas normas. A autora define a aplicação de cada uma

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e membro do grupo de estudos direito e corrupção, sob coordenação do prof. dr. José Roberto Pimenta Oliveira. Associado fundador do Instituto de Direito Administrativo Sancionador - IDASAN. Atualmente é advogado em São Paulo. Tem experiência na área do Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: intervenção do Estado no domínio econômico, desapropriações, direito administrativo sancionador e improbidade administrativa e infraestrutura.

dessas normas como “esfera de responsabilidade”, que podem ser “invocadas simultaneamente, sem que uma exclua a outra, ainda que uma só seja a ação humana” (GARCIA, 2004, p. 61).

Podemos visualizar a concorrência das esferas de responsabilização ao utilizarmos o exemplo de um servidor público de um órgão federal que solicita o pagamento de um valor pecuniário para agilizar um procedimento dentro da repartição. Esse mesmo fato, exigir pagamento de propina, poderá ser sancionado com base na Lei Penal (Código Penal, art. 317)¹, no Estatuto dos Servidores Públicos, que cria regras obrigações (Lei 8.112/1990, art. 117, inc. XII)², na Lei de Improbidade Administrativa (LIA, art. 9º, inc. I)³, entre outras possíveis leis. Nesse caso, há uma concorrência de responsabilização jurídica por meio de diferentes atos normativos, de modo que as respostas do ordenamento jurídico podem ser punitivas ou não.

Apesar de cada esfera de responsabilização possuir independência em relação às outras, há inúmeros princípios que compõem um núcleo de direitos que protegem o cidadão contra a potestade punitiva estatal. Tais princípios estão expressa e implicitamente⁴ previstos no texto constitucional, tais quais o princípio da tipicidade, da legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, com o desenvolvimento da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, surge a questão quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância, originalmente previsto no Direito Penal.

Se no Direito Penal a aplicação desse princípio é relativamente aceita de forma pacífica, no campo da improbidade administrativa há uma certa resistência na aplicação desse princípio em razão da diferença de regime jurídico. Os princípios regentes de cada esfera de responsabilização, bem como suas finalidades e características, não possuem identidade plena.

1 “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa”.

2 “Art. 117. Ao servidor é proibido: (...) XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;”.

3 “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”.

4 Humberto Ávila identifica que há normas que existem independente de texto legal, não sendo necessário texto legal explícito para que a norma exista. O autor leciona: “Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico” (ÁVILA, 2014, p. 50).

Dessa forma, a possibilidade de transposição de princípios do Direito Penal para o campo da improbidade administrativa só é possível na medida em que haja adequação às características destas.

A proposta do presente estudo é justamente verificar se as características que permitem a existência do princípio da insignificância no Direito Penal também se replicam na improbidade administrativa.

Assim, com a finalidade de responder ao questionamento central do presente artigo, de início, analiso o Direito Penal e o princípio da insignificância. Posteriormente, analiso o próprio regime jurídico da improbidade administrativa, incluindo sua finalidade e princípios regentes, focando especificamente na questão da tipicidade formal e material. Por fim, avalio como a exigência da tipicidade material permite a existência do princípio da insignificância no campo da improbidade administrativa.

2. O princípio da insignificância no Direito Penal

Para entendermos o princípio da insignificância no Direito Penal, de antemão, se faz necessário entender o próprio regime jurídico dessa esfera de responsabilização.

Em suma, o Direito tutela as relações sociais, de modo que as transgressões às normas jurídicas resultam na aplicação de uma sanção jurídica. Atualmente, no atual estágio do Estado de Direito, o Direito Penal trata dos ilícitos de maior gravidade que atentam contra os bens jurídicos de maior relevância para o ordenamento.

Não necessariamente um ilícito jurídico será um ilícito penal, poderá ser, também, um ilícito civil, administrativo, prática de ato de improbidade etc. O ilícito penal é qualificado, pelo legislador, como um ilícito mais grave que os outros. A razão para tanto reside em evitar que essas condutas mais danosas venham a ocorrer. Cezar Roberto Bitencourt reconhece que o fato social que contraria o ordenamento jurídico é um ilícito jurídico, e o ilícito penal é a sua modalidade mais grave (BITENCOURT, 2015, p. 35). Diante disso, o autor conclui:

“Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens” (BITENCOURT, 2015, p. 35).

Evidentemente, há uma valoração das condutas previstas no ordenamento jurídico. Aquelas condutas mais graves e mais danosas ao convívio social, ao critério do legislador, são tipificadas como ilícito penal.

Para Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, a finalidade do Direito Penal é a proteção da sociedade e dos bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, a integridade

física e mental, a honra, a liberdade, o patrimônio, a paz pública, dentre outros. Contudo, os autores apontam que alguns desses bens jurídicos não serão tutelados penalmente quando, a critério do legislador, não seja relevantemente antissocial a conduta que pode lesar esses bens. É necessário o acentuado desvalor da conduta do autor da lesão para que haja a tutela penal. Os autores priorizam o aspecto formal do Direito Penal, ou seja, é o legislador que deverá, a seu critério, definir quais condutas deverão ser criminalizadas (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 3).

Portanto, o conceito de Direito Penal está intimamente ligado ao seu caráter como sistema que tutela bens jurídicos qualificados. É nítido, nesse sentido, que o critério que define uma conduta como um bem jurídico de maior relevância, para o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, merecedor da sanção penal, é o normativo. Ou seja, o legislador definirá quais condutas são penalmente relevantes.

Como todo regime jurídico, o Direito Penal possui princípios informadores e características que o diferenciam dos outros regimes jurídicos. Isso se dá porque, apesar de a definição ou não de uma conduta como ilícito penal estar sob o crivo do legislador, essa decisão formal implica em reconhecer características materiais da conduta a ser criminalizada. No caso do Direito Penal, conforme exposto acima, definir uma conduta como ilícito penal significa reconhecer que ela é a mais grave ao convívio social, passível, portanto, da responsabilização penal.

Sem esgotar a identificação de todos os princípios aplicáveis ao Direito Penal, até porque não é a pretensão do presente estudo, é possível identificar os seguintes princípios que estruturam esse ramo punitivo do Direito: (i) princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*; (ii) o princípio da ofensividade; (iii) o caráter fragmentário do Direito Penal; (iv) a tipicidade penal e (v) princípio da insignificância.

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* constitui em um princípio voltado à atividade legislativa. Não pode o legislador simplesmente criminalizar qualquer conduta, pois, além de ir contra a finalidade precípua do Direito Penal, haveria também uma banalização dessa esfera do jus puniendi. Cezar Roberto Bitencourt aponta que o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede o arbítrio do Estado em criminalizar condutas indiscriminadamente, e caberia ao princípio da intervenção mínima orientar e limitar o poder incriminador do Estado, “preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes” (BITENCOURT, 2015, p. 53). Importante notar que esse princípio não é expresso, mas decorre logicamente da própria característica do Direito Penal de tutelar os bens jurídicos mais importantes e as condutas mais graves ao convívio social.

O princípio da ofensividade pode ser interpretado como um princípio decorrente da intervenção mínima do Direito Penal. Pois, se é reconhecido que o Direito Penal deve tutelar apenas os valores mais caros de uma sociedade, há de se reconhecer que a conduta que viola esses valores deve ter uma ofensividade mínima e efetiva. Assim,

se a conduta não atinge de maneira relevante o convívio social e os valores sociais, não há por que utilizar o Direito Penal para tutelar essa conduta, devendo-se utilizar outras esferas de responsabilização menos graves. Alice Bianchini relaciona esse princípio com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, pois, mesmo quando tratamos do bem jurídico penal, a conduta a ser criminalizada deve representar uma ofensa a esse bem (BIANCHINI, 2002, p. 55). Para entender esse princípio, novamente recorreremos a Bitencourt, que esclarece que a intervenção estatal penal só se justifica se houver “efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” (BITENCOURT, 2015, p. 61).

A característica do Direito Penal de não tutelar todos os ilícitos é comumente denominada de caráter fragmentário do Direito Penal. O termo fragmentariedade é explicado por Alice Bianchini com esteio em Paulo de Souza Queiroz:

“Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o direito penal não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável” (BIANCHINI, 2002, p. 53).

Alice Bianchini esclarece que a fragmentariedade decorre do fato de que o Direito Penal não outorga proteção a todos os bens jurídicos, mas apenas àqueles mais fundamentais e em face de violação intolerável. A autora aponta que o fato ilícito só deverá ser objeto do Direito Penal após a averiguação dos seguintes requisitos: (i) envolvimento de bens mais fundamentais; (ii) a conduta criminalizada deve provocar considerável abalo social; (iii) inexistência de outros meios menos onerosos para o indivíduo; e (iv) os meios penais selecionados sejam adequados e eficazes (BIANCHINI, 2002, p. 53).

Ao seu turno, a tipicidade é a relação e a adequação entre a conduta ocorrida no mundo fenomênico com o descrito no tipo penal. Nas palavras de Damásio de Jesus: “é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora” (JESUS, 2014, p. 307).

A operação intelectual com a finalidade de verificar a conexão entre o fato e o modelo típico descrito na lei penal é denominada de juízo de tipicidade que, segundo Bitencourt, com esteio em Eugênio Raúl Zaffaroni, “cumprir uma função fundamental na sistemática penal. Sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambulária sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto” (BITENCOURT, 2015, p. 345). A conduta passa a ser típica se, por meio do juízo de tipicidade, é verificada se a esta se enquadra no tipo penal, caso contrário, a conduta é atípica.

O Direito Penal é fragmentário e regido pelos princípios da intervenção mínima e da ofensividade. Nesse sentido, seria um contrassenso, diante de tais princípios,

reconhecer que uma conduta formalmente típica possa ser considerada um ilícito penal se esta não atinge o valor tutelado pela norma penal de maneira relevante. Vico Mañas aduz que o tipo penal é um conceito abstrato e que, portanto, é impossível evitar de antemão que a previsão legal tenha conceito maior que o desejado (VICO MAÑAS, 1994, p. 53).

Diante dessa problemática, a doutrina caminhou para criar o conceito de “tipicidade material” ou, nas palavras de Eugênio Raúl Zafforini, “tipicidade conglobante”. Conforme expõe Vico Mañas, a tipicidade não pode apenas verificar a subsunção formal da conduta ao tipo penal, mas deve verificar se a conduta é materialmente lesiva aos bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável (VICO MAÑAS, 1994, 54).

Ao seu turno, Ivan Luiz da Silva esclarece que a descrição legal de uma conduta em um tipo penal é abstrata, abrangendo uma gama de condutas proibidas. Entretanto, há um indesejado efeito de certas condutas irrelevantes para o Direito Penal serem abrangidas pelo tipo penal. Dessa forma, o reconhecimento do conteúdo material da conduta serve justamente para mitigar essa amplitude indesejada do tipo penal (SILVA, 2004, p. 78-89).

Portanto, na atual ótica do Direito Penal, não é possível aceitar a tipicidade apenas sob seu aspecto formal, sendo necessário verificar também seu aspecto material. A tipicidade material é de fundamental importância para o princípio da insignificância, pois é o reconhecimento de sua existência que permite que este princípio exista no ordenamento jurídico.

Pois bem, conforme exposto, há uma rica trama de princípios no Direito Penal que restringem a potestade punitiva penal. Desse modo, se o Direito Penal, por natureza, é: subsidiário, fragmentário e *ultima ratio*; regido pelos princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos; e que a tipicidade deve ser verificada formal e materialmente; a conclusão lógica que se obtém é que as condutas formais, mas materialmente atípicas, não podem ser consideradas crimes, caracterizando a exclusão da tipicidade dessa conduta.

O princípio que concretiza essa atipicidade de condutas de pouca relevância para o Direito Penal é o princípio da insignificância. Mas por insignificância, devemos reputar que estamos tratando das condutas que são criminalmente atípicas por envolverem nenhum ou pouco valor na ação e/ou no resultado (GOMES, 2013, p. 19).

No Direito Penal, foi Claus Roxin o responsável pela introdução e teorização desse princípio. Segundo o jurista, era necessário um princípio que fosse além da análise do tipo, devendo haver um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal que acolhe também formas de condutas socialmente admissíveis (ROXIN, 2000, p. 52-53).

O princípio da insignificância incide sobre as condutas bagatelares e que causam pouquíssimos ou nenhum dano ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, ainda

que formalmente típica. Por essa razão, o princípio em questão afasta a tipicidade material sobre a conduta infracional bagatelar. Ou seja, com o reconhecimento do princípio da insignificância em um caso concreto, reconhece-se que o crime não ocorreu.

Ao conceituar o referido princípio, a doutrina brasileira sempre acentuou o caráter de restringir o alcance da norma penal em face de uma conduta que é penalmente insignificante, seja pela sua ação ou resultado.

Francisco de Assis Toledo esclarece que o princípio da insignificância se revela pela sua própria denominação. Aponta ainda que o Direito Penal, em razão da sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para proteger o bem jurídico, não devendo se ocupar de bagatelas (TOLEDO, 1994, p. 133). O autor dá protagonismo à natureza fragmentária do Direito Penal ao tratar do princípio da insignificância.

Carlos Vico Mañas define o princípio da insignificância como 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 socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (VICO MAÑAS, 1994, p.81). Na definição de Vico Mañas, há maior ênfase na concepção material do tipo penal.

Luiz Flávio Gomes entende que a tipicidade penal deve ser não só a formal (composta da conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação do fato à letra da lei), mas também deve abranger a tipicidade material (que compreende dois juízos distintos: de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico). Por essa razão, os princípios de Política criminal (exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima – fragmentariedade e subsidiariedade –, ofensividade etc.) auxiliam não só o legislador, mas também o aplicador do Direito ao analisar as diversas categorias do fato punível (GOMES, 2013, p. 74). Portanto, para o autor, o princípio da insignificância é um “postulado de Política Criminal”.

Dessa forma, o principal efeito da aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal é o afastamento da tipicidade material, evitando, assim, que a sanção do Direito Penal incida sobre fatos penalmente irrelevantes. Luiz Flávio Gomes leciona:

“A consequência natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material). Na lesão ou na conduta insignificante, o fato é formalmente típico, mas não materialmente. Se tipicidade penal é (de acordo com nossa teoria constitucionalista do delito) tipicidade

formal + tipicidade normativa ou material, não há dúvida que por força do princípio da insignificância, o fato de ínfimo valor é atípico” (GOMES, 2013, p. 55).

Ivan Luiz da Silva possui entendimento semelhante. Para esse autor, o sancionamento de condutas materialmente irrelevantes, para o Direito Penal, significaria uma transgressão ao disposto na norma penal, de modo que o princípio da insignificância aplicado de maneira correta significa concretizar corretamente a lei penal. Busca-se, dessa forma, alcançar o sentido material de Justiça com o princípio da insignificância (SILVA, 2005, p. 109).

Evidentemente, o princípio da insignificância é uma decorrência lógica do próprio regime jurídico de Direito Penal. Decorre, portanto, do princípio da intervenção mínima e da tipicidade material. Sem o conceito de tipicidade material, não haveria como propriamente estruturar o princípio da insignificância no Direito Penal.

Dessa forma, é possível entender que o princípio da insignificância no Direito Penal possui as seguintes características: tem uma carga axiológica-valorativa, de modo que sua aplicação depende de uma análise do intérprete sobre a lesividade da conduta; tem um evidente caráter instrumental na aplicação da política criminal, visto que afasta a aplicação de penas graves e desproporcionais sobre condutas penalmente atípicas; e tem evidente caráter normativo, visto que, caso verificado a insignificância da conduta, deve a pena ser afastada. Isto é, trata-se de um vetor axiológico do sistema, com força normativa e de aplicação imediata.

No Brasil, no início dos anos 80, o TACrim/SP foi pioneiro ao introduzir o princípio da insignificância no julgamento da Apelação Criminal 283.949, de relatoria de Silva Franco e julgado em 1981.

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) reconheceu o princípio da insignificância no julgamento do RHC 66.869, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, em 1988. Naquela ocasião, o pretório excelso reconheceu que incide o dito princípio em face de inexpressividade de lesão causada em acidente de trânsito. Abaixo, transcrevemos a ementa:

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 é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas (RHC 66.869, rel. min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, J. em 06/12/1988).

Mas a consagração jurisprudencial pelo STF do referido princípio ocorreu no âmbito do julgamento do Habeas Corpus 84.412/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello.

Nesse julgamento, o STF decidiu que o princípio da insignificância afasta a tipicidade penal, devendo a conduta ser penalmente relevante. Os critérios elencados, de maneira exemplificativa, para verificar a relevância material da tipicidade penal são: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Abaixo, transcrevemos a ementa do julgado:

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. (STF, HC 84412/SP, Min. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).

Portanto, em linhas mestras, no entendimento do pretório excelso, o princípio da insignificância é um instrumento para afastar a tipicidade penal de determinadas condutas, desde que haja uma observância de vetores que possam identificar a conduta como “insignificante”.

Superada essa questão, passamos a tratar da responsabilização pela prática de ato de improbidade, com a finalidade de compreender suas características e verificar se é possível a aplicação do princípio da insignificância nessa esfera de responsabilização.

3. Improbidade Administrativa

3.2 *Corrupção e bem jurídico tutelado*

O termo *corrupção* possui significado amplo e de difícil precisão, no entanto, improbidade administrativa e corrupção são termos indissociáveis. Seja porque a improbidade administrativa denota uma espécie de corrupção *lato senso*, seja porque a tutela da improbidade administrativa, por meio da LIA, representa uma forma de combater e evitar certas formas de corrupção.

O termo “corrupção”, ora mencionado, é utilizado em seu sentido amplo, não se limitando apenas aos tipos penais previstos no art. 317 e art. 333 do CP. Mais adiante, trataremos do conceito de corrupção e demonstraremos que esse conceito vai muito além do Direito Penal, podendo abranger diferentes significados.

Diante da amplitude que esse termo pode significar, é necessário fazer um recorte quanto ao sentido empregado da palavra corrupção. Dessa forma, considerando o objeto do presente estudo, é possível identificar duas dimensões para o conceito de corrupção: (i) fenômeno social, sendo uma descrição do que de fato ocorre e de como a corrupção afeta a sociedade; e (ii) jurídico, tendo como objeto o tratamento dado pelo Direito sobre o fenômeno da corrupção.

Ressalta-se que, no âmbito do Direito sancionador, dificilmente será possível instituir um tipo amplo o suficiente para abarcar todo o conceito amplo e sociológico de corrupção. Isso se deve ao fato de que, pelo princípio da tipicidade, as condutas devem ser tipificadas com precisão e clareza, o que exige uma descrição normativa relativamente densa para tutelar esse fenômeno social.

A corrupção como fenômeno social, incluindo suas causas, efeitos e como ocorre no seio social diz respeito mais à Sociologia do que ao Direito. Trata-se, em suma, de uma análise do “ser”, o que vai além da proposta do presente estudo jurídico. No entanto, faz-se necessária uma brevíssima análise sobre essa perspectiva fática.

De início, convém trazer algumas considerações de Lucas Rocha Furtado, apontando que é praticamente impossível conceituar corrupção, de modo que o mais correto é buscar o seu significado por meio de situações analíticas. De todo modo, o autor adverte que a noção de corrupção sempre está relacionada com a ideia de abuso de poder, de desvio de finalidade e de uso de potestades públicas para fins privados.

Ao seu turno, Emerson Garcia propõe o seguinte conceito para corrupção na esfera estatal:

“[...] a corrupção indica o uso ou a omissão pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção” (GARCIA; ALVES, 2014, p. 51).

Ambos os autores focam na ideia de desvio de finalidade e utilização de potestades públicas em benefício próprio. Nesse sentido, a corrupção pode tomar diversas formas, como o pagamento de suborno ao servidor público, tráfico de influências, desvio de dinheiro público, superfaturamento em licitações, lavagem de dinheiro etc. Em suma, há a subversão do interesse público de alguma forma.

A noção de subversão de um sistema em benefício próprio é acolhida na definição de corrupção apresentada pela Transparência Internacional. Essa organização, sem fins lucrativos, fundada na Alemanha em 1993, tem como finalidade prevenir a corrupção e promover a transparência e a integridade em todos os setores da sociedade⁵. Para tanto, considerando a amplitude de “todos os setores da sociedade”, essa organização apresenta um conceito geral e três específicos para “corrupção”, quais são: (i) corrupção de alto nível;⁶ (ii) corrupção de baixo nível;⁷ e (iii) corrupção política⁸.

Dessa forma, no entendimento dessa entidade, a definição geral de corrupção é o *abuso de poder para ganhos privados*. Corrupção de alto nível é o abuso de poder relevante que beneficia poucos em detrimento de muitos, causando danos sérios e extensos à sociedade e aos indivíduos. A corrupção de baixo nível diz respeito ao abuso de poder cotidiano por agentes públicos em suas interações com cidadãos comuns, envolvendo frequentemente o acesso a serviços ou bens básicos em lugares como hospitais, escolas, delegacias de polícia, entre outros. Por sua vez, a corrupção política é a manipulação de políticas, instituições e procedimentos na alocação de recursos por agentes políticos, que abusam de sua posição para sustentar poder e riqueza⁹.

Essas definições dadas pela Transparência Internacional demonstram bem a amplitude que a corrupção pode tomar, afetando praticamente todos os níveis sociais, dos mais baixos, envolvendo cidadãos em suas atividades cotidianas, até os mais altos níveis sociais, tais quais os agentes políticos e financeiros. Trata-se de um fenômeno endêmico.

Como resposta ao mencionado fenômeno, o ordenamento jurídico tratou de tipificar como ilícito, com a respectiva sanção jurídica, as condutas que se qualificam como corrupção.

Nesse sentido, a responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa, instituída pelo art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 ganha relevância.

5 Disponível em: https://www.transparency.org/whoweare/organisation/mission_vision_and_values/0. Acesso em: 24 jul. 2019.

6 Traduzido do termo em inglês “grand corruption”.

7 Traduzido do termo em inglês “petty corruption”.

8 Traduzido do termo em inglês “political corruption”.

9 Definições disponíveis em: <https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Trata-se da instituição de uma nova esfera de responsabilização que tutela um bem jurídico definido de antemão, que é a probidade administrativa. José Roberto Pimenta Oliveira aponta que o bem jurídico protegido pelo art. 37, § 4º, é único e já está definido previamente no texto constitucional, o que difere da potestade punitiva criminal, em que o legislador deverá conformar o bem jurídico protegido (OLIVEIRA, 2009, p. 238).

Dessa forma, não há como confundir a responsabilidade administrativa, civil ou penal com a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Não bastasse o estabelecimento do ilícito de improbidade administrativa no texto constitucional, o legislador tratou de separar a responsabilidade da improbidade da responsabilidade administrativa.

No que pese a definição constitucional do bem jurídico protegido pela esfera de responsabilização da improbidade administrativa, o art. 37, § 4º, não apresenta uma definição do que é um ato de improbidade administrativa. Em um Estado de Direito, é incabível que alguém seja punido sem que a conduta ilícita esteja prevista previamente em lei, inclusive, é o que prescreve o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal¹⁰.

Dessa forma, para fins sancionatórios, a plena aplicabilidade do dispositivo constitucional da improbidade administrativa depende de regulamentação por parte do legislador. A regulamentação do dispositivo constitucional foi feita por meio da Lei de Improbidade Administrativa.

Ao editar a LIA, o legislador instituiu quatro categorias para os atos de improbidade administrativa: (i) atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (ii) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de improbidade decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário¹¹; e (iv) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Sem prejuízo do tipo geral previsto no *caput*, os incisos de cada artigo preveem rol de condutas específicas que podem caracterizar a prática de um ato de improbidade administrativa.

É com razão que Fábio Medina Osório explica que a improbidade administrativa não se encerra na mera ilegalidade, sendo necessário também o descumprimento de deveres públicos. Os deveres, nesse sentido, são: lealdade institucional; honestidade administrativa; imparcialidade administrativa; eficiência administrativa; e probidade administrativa e legalidade (OSÓRIO, 2018, p. 112). De certa forma, a LIA positiva todos esses deveres ao instituir os tipos gerais e específicos.

Nesse sentido, a estrutura tipológica da LIA demonstra quais os aspectos da probidade administrativa devem ser respeitados. O art. 9º, ao tipificar como improbidade

¹⁰ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

¹¹ A necessidade de haver um tipo geral para essa conduta, ao invés de acrescentar um inciso no art. 10, é duvidosa, pois, em suma, o art. 10-A da LIA trata de conduta que resulta em prejuízo ao erário.

o ato de enriquecimento ilícito, tutela a honestidade funcional. O art. 10, ao tipificar como improbidade o dano ao erário, tutela o zelo com o patrimônio público. O art. 10-A, ao seu turno, tutela o zelo com o patrimônio público na atividade da tributação. O art. 11, por tratar de “ofensa aos princípios”, trata dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Ou seja, o legislador depurou a proteção da probidade por meio dos tipos gerais previstos na LIA, de modo que, sem a violação a esses bens jurídicos (honestidade, zelo ao erário, lealdade e imparcialidade) não há o ato de improbidade administrativa. Por essa razão, é que o ato de improbidade administrativa vai além da desonestidade.

Aqui, diferentemente do Direito Penal, o legislador tratou de criar figuras típicas que pudessem alcançar o maior número possível de condutas que ofendessem esses bens jurídicos. Isso porque, conforme já exposto, a responsabilização por ato de improbidade administrativa constitui uma face do *jus puniendi*, que serve como instrumento de combate ao fenômeno da corrupção *lato sensu* e, justamente por se tratar de um fenômeno amplo, que pode ocorrer sob diversas formas, é que o legislador tratou de arquitetar uma estrutura tipológica que fosse eficiente ao encobrir esses atos. Trata-se de uma estrutura legislativa que, em última instância, tenta ao máximo proteger a probidade na Administração Pública.

Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira bem esclarece que, ao invés de “intervenção mínima” própria do Direito Penal, na esfera da improbidade administrativa, há a “intervenção máxima” no sentido de que o legislador tentou abranger o máximo possível de condutas que podem atentar contra a probidade administrativa:

“Ao invés de “intervenção mínima” própria ao direito penal, no domínio da improbidade impõe-se a “intervenção máxima” do legislador na conformação do sistema que cumpre integralmente com a norma constitucional, sendo vedado ao mesmo instituir previsões que busquem colher só algumas condutas individualizadas e violadoras do bem jurídico-constitucional, em prejuízo de outras” (OLIVEIRA, 2009, p. 238-239).

Em face da necessidade da proteção desse bem jurídico, discordamos da opinião de Ricardo Marcondes Martins que entende que a LIA banalizou a improbidade administrativa, esvaziando a sua força normativa (MARTINS, 2015, p. 641). Como os atos de improbidade administrativa e a ofensa à probidade podem ocorrer de diversas formas, foi necessário criar tipos que abarcassem o máximo possível de condutas ímprobos. No entanto, há de se considerar que a LIA realmente possui um alcance indesejável sobre condutas que não são atos de improbidade administrativa, mas, conforme demonstraremos, a correção desse vício se dá no âmbito da sua aplicação.

Mesmo as sanções previstas na LIA, além de terem uma finalidade punitiva, demonstram a preocupação em proteger a Administração Pública dos agentes ímprobos. É o que se extrai das sanções de: perda da função pública, que afasta o agente ímprobo

dos quadros da Administração; ressarcimento do dano, indenizando o erário pelo dano causado; suspensão dos direitos políticos, evitando que o agente ímprobo possa se candidatar a cargos eletivos e, conseqüentemente, adquirir mais poder político que poderia ensejar a continuação dos atos de corrupção; proibição de contratar com o Poder Público, evitando que haja relações comerciais entre a Administração Pública e o agente ímprobo; e proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios, evitando que a Administração Pública conceda tratamento tributário diferenciado aos agentes ímprobos.

Entretanto, o combate à corrupção e a proteção da Administração Pública não autoriza o atropelamento de direitos fundamentais. A responsabilização de agentes públicos por improbidade administrativa pelo Estado, com a aplicação consequente das sanções previstas na LIA, nada mais é que uma faceta do *jus puniendi* estatal. No conceito de Rafael Munhoz de Mello: “poder punitivo estatal – entendido como o poder de criar ilícitos e sanções punitivas, aplicá-las e executá-las” (MELLO, 2007, p. 44).

Como trata-se de uma limitação a direitos, os princípios que regem o direito punitivo se aplicam na improbidade. Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira aduz que:

“A admissão de regime punitivo estatal fundado na principiologia constitucional informativa do exercício desse tipo de atividade, independentemente do âmbito material referido, não diminui nem fragiliza a existência - sob o império constitucional dos vetores basilares daquele regime - de outros regimes derivados, dentre os quais sobressai o regime jurídico-administrativo sancionador” (OLIVEIRA, 2009, p. 200).

Nesse sentido, é reconhecida a incidência de diversos princípios à responsabilização por ato de improbidade administrativa, como os princípios da ampla defesa e contraditório, da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, entre outros.

No âmbito da improbidade administrativa, merece destaque o princípio da tipicidade. Tal princípio decorre do princípio da legalidade e é de extrema importância para a compreensão do ato de improbidade administrativa. Isso porque, conforme exposto, o ato de improbidade administrativa não é conceituado na Constituição Federal, de modo que o legislador depurou quais condutas constituem um ato de improbidade administrativa. Houve a tipificação das condutas.

3.2 Tipicidade material e improbidade administrativa

Até o momento, demonstramos que a improbidade administrativa apresenta máxima intervenção quanto ao bem jurídico protegido. Dessa forma, ainda que seja inegável a incidência do princípio da tipicidade, os tipos previstos na LIA e em

legislação extravagante são propositalmente abertos, justamente para tentar abarcar a maior quantidade possível de condutas ao sistema punitivo da improbidade.

No entanto, não podemos perder de vista que a probidade administrativa é o bem jurídico tutelado. A probidade, ao seu turno, possui definição decomposta na LIA, conforme tipologia prevista nos artigos 9º, 10, 10-A e 11. Aqui cabe uma consideração importante, a improbidade administrativa não trata apenas da legalidade formal a ser respeitada pelos agentes públicos, mas sim da probidade administrativa. Dessa forma, uma conduta praticada por um agente público que contraria a lei não será necessariamente um ato de improbidade administrativa, visto que a configuração do ato demanda a ofensa à probidade administrativa. Ainda, mais duas características referentes à responsabilidade por ato de improbidade devem ser ressaltadas: as sanções previstas no art. 37, § 4º, da CF, e na LIA, são demasiadamente graves; e a responsabilização pela prática de ato de improbidade ocorre perante o Poder Judiciário.

Inclusive, a doutrina é relativamente pacífica ao afirmar que a irregularidade administrativa não se confunde com a improbidade administrativa. Nessas hipóteses, um ato contrário ao ordenamento jurídico *lato sensu* e que se subsume ao previsto na LIA, mas, diante da ausência de algum elemento (como dolo, desonestidade, dano ao erário etc.), não configura um ato de improbidade administrativa. Em consonância com esse entendimento, podemos citar Waldo Fazzio Junior¹², Marino Pazzaglini Filho¹³, Marcelo Figueiredo¹⁴, Mônica Nicida Garcia¹⁵, Gina Copola¹⁶ e Mauro Roberto Gomes de Mattos¹⁷.

¹² “É forçoso admitir que o ato de improbidade também é muito mais que uma irregularidade administrativa. Ilícito pluriofensivo, agride pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores. O espaço meramente administrativo é muito reduzido para abrigar toda a versatilidade exteriorizada por seu potencial danoso”. (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 73).

¹³ “Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho de função pública”. (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 3).

¹⁴ “Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausenta o elemento de ‘desonestidade’, ou de improbidade propriamente dita”. (FIGUEIREDO, 2009, p. 49-50).

¹⁵ “De fato, não é razoável que qualquer ilegalidade se traduza em improbidade, já que precisa ter sempre a marca da ofensa ao princípio da probidade. Há muitos casos, por exemplo, em que o Poder Judiciário reconhece, em sede de mandado de segurança ou *habeas corpus*, que um determinado ato praticado por agente público (como uma prisão ou uma apreensão de mercadoria) é ilegal, sem que se possa extrair dessa ilegalidade, necessariamente, uma ofensa ao dever de probidade”. (GARCIA, 2004, p. 265).

¹⁶ “É forçoso concluir, ante todo o exposto, que a LIA não conceituou o ato de improbidade administrativa, porém é imperioso que se delimite tal conceito, para o fim de que se evitem excessos, e, nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência pátria atribuíram alguns requisitos essenciais ao ato de improbidade administrativa – a necessária existência do dolo, o dano ao erário, e a afronta a princípios da Administração –, e, assim, a ilação necessária é a de que sem a existência de tais relevantes requisitos, não há que se cogitar em ato de improbidade administrativa”. (COPOLA, 2011, p. 31).

¹⁷ “Entendemos que o ato de improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa,

Em igual sentido, a jurisprudência caminha no sentido de diferenciar o ato de improbidade administrativa do ato ilegal/irregular, sendo imprescindível a violação à moralidade e/ou à probidade administrativa. O STJ possui entendimento de que a mera irregularidade não constitui por si só ato de improbidade administrativa, ainda que a conduta se subsuma aos tipos da LIA, sendo necessário verificar outros elementos, tais como má-fé e gravidade na ofensa aos princípios tutelados pela LIA. Esse entendimento pode ser verificado por meio dos trechos transcritos abaixo:

“7. In casu, o fato praticado pelos recorridos, sem dúvida reprovável e ofensivo aos interesses da Administração Pública, não reclama, contudo, o reconhecimento de ato de improbidade administrativa, apesar de implicar clara violação ao princípio da legalidade. Assim fosse, todo tipo penal praticado contra a Administração Pública, invariavelmente, acarretaria ofensa à probidade administrativa” (REsp 1.075.882-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, J. em 04/11/2010).

“3. A Lei 8.429/1992 é instrumento salutar na defesa da moralidade administrativa, porém sua aplicação deve ser feita com cautela, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis e meras irregularidades. 4. Afasta-se a alegada violação do art. 11 da Lei 8.429/1992 na hipótese, pois a premissa fática do acórdão recorrido evidencia simples irregularidade, sendo razoáveis as ponderações feitas pelo Tribunal a quo, sobretudo a de que, abstraída a questão formal, houve acumulação de dois cargos distintos de médico – situação admitida no art. 37, XVI, “c”, da Constituição” (REsp 996791/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, J. em 08/06/2010).

“8. Demais disso, é sabido que meras irregularidades não sujeitam o agente às sanções da Lei 8.429/92. Precedente” (REsp 1.512.831/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

“9. ‘Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [...] Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014’. (REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman

visando à prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma imoralidade qualificada manifesta em grave desonestidade funcional”. (MATTOS, 2014, p. 298).

Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). 10. Recurso especial provido para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau” (AgInt no AREsp 569385/SE, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 02/10/2018).

Entretanto, a discussão quanto à configuração do ato de improbidade administrativa vai além dessa dicotomia “irregularidade/improbidade”. Isso porque é possível falarmos em tipicidade formal e material no âmbito da improbidade administrativa. Dentro de uma análise sobre o sistema punitivo da improbidade, se conjugarmos os (i) tipos propositalmente abertos previstos na LIA, (ii) a necessidade de ofensa ao princípio da probidade administrativa para a ocorrência do ato de improbidade, (iii) as sanções graves previstas na Constituição e em lei, e a (iv) a necessidade de mover o judiciário para aplicar as sanções, verificar-se-á que a tipicidade formal é insuficiente para a configuração do ato de improbidade administrativa. Consequentemente, a improbidade administrativa demanda a construção da noção de tipicidade material. Ainda que não tratando diretamente da tipicidade formal e material, a LIA, em seu art. 12, parágrafo único, apresenta disposição que trata da proporcionalidade: “Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Com base no dispositivo, o magistrado pode reconhecer que a conduta formalmente típica causou dano irrelevante, afastando a aplicação da sanção em face da ausência da tipicidade material.

Apenas para lembrar os conceitos: tipo é a descrição em lei de uma conduta como ato ilícito, enquanto a conduta típica é aquela que se subsume à descrição do tipo legal. A tipicidade formal é a correspondência objetiva entre a conduta e a descrição, enquanto a tipicidade material ocorre quando a conduta afeta o bem jurídico tutelado pela norma de maneira relevante.

Pois bem, diante das quatro características acima mencionadas, a tipicidade material surge como uma decorrência lógica do sistema punitivo da improbidade administrativa. A LIA abarca formalmente uma gama de condutas que vão além dos atos de improbidade administrativa, razão pela qual o intérprete deve utilizar a tipicidade material para restringir o alcance indesejado da norma. A tipicidade material exigiria a verificação de um dano efetivo ao bem jurídico protegido pela LIA, qual seja, a probidade administrativa. Sem esse dano efetivo, a conduta seria atípica para os fins de improbidade administrativa, sem prejuízo da responsabilização administrativa e civil. Fábio Medina Osório aduz que a LIA possui tipos bastante abertos, dotados de conceitos jurídicos indeterminados. Por essa razão, a interpretação de seus tipos nunca será estritamente formal, pressupondo o ingresso de valores sociais e meta-jurídicos, o que demanda a tipificação dúplice do ato ímprobo: formal e material. Dessa forma, o ato que, materialmente, não atinge os bens jurídicos

protegidos pela LIA, ainda que formalmente típico, é materialmente atípico e, portanto, não constitui ato de improbidade administrativa (OSÓRIO, 1999, p. 258).

Francisco Octavio de Almeida Prado também apresenta essa dicotomia entre tipicidade formal e material, e aponta que a tipicidade material diz respeito ao impacto da conduta formalmente típica sobre o bem jurídico protegido (PRADO, 2001, p. 36).

Ainda, não seria cabível mover o Poder Judiciário e todo seu aparato com o fito de impor uma sanção grave, como previsto no art. 12, da LIA, a condutas que não atingem de maneira relevante o bem jurídico tutelado pela LIA. É com razão que José Roberto Pimenta Oliveira aponta que as considerações sobre tipificação material da ilicitude devem ser aplicadas à improbidade administrativa, pois, por força do princípio da proporcionalidade, é somente havendo agressão em nível suficiente que o Estado poderá utilizar o seu dever-poder com fundamento no art. 37, § 4º, da CF (OLIVEIRA, 2009, p. 281).

Emerson Garcia, ao seu turno, reconhece a improbidade material como uma etapa a ser verificada na configuração do ato de improbidade, tendo como critério o princípio da proporcionalidade. O autor ainda aponta que a tipicidade material é necessária para afastar a aplicação desarrazoada da LIA, não permitindo o enfraquecimento de sua credibilidade (GARCIA; ALVES, 2014, p. 451). A consideração da credibilidade é importante, pois a responsabilização por ato de improbidade administrativa é uma esfera que trata de condutas graves e, caso houvesse uma generalização de seu uso sobre condutas materialmente atípicas, haveria uma banalização de seu uso e, consequentemente, o seu enfraquecimento.

Apenas para ilustrar a aplicabilidade da tipicidade material na improbidade administrativa, apresentamos o seguinte caso exemplificativo. Um servidor público que utilize a impressora da repartição em que trabalha para imprimir algumas vias de um currículo para poder ajudar um vizinho que está desempregado. Nesse caso, verifica-se o dano ao erário, ainda que seja de pouca monta, e o enriquecimento ilícito por parte de terceiro. No entanto, a conduta descrita causa ínfima lesão patrimonial e moral à Administração Pública. Dessa forma, verifica-se que a conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica. Evidentemente, ainda que haja um fim nobre na conduta do servidor, poderia ser argumentado que o interesse público é indisponível e que deveria haver alguma resposta do sistema em face da conduta, mas a resposta deve ser proporcional, de modo que a responsabilização administrativa (por meio da aplicação de uma advertência, por exemplo) poderia ser utilizada.

Fábio Medina Osório reconhece que o desvalor do resultado e da ação é um fator determinante para a configuração do ato de improbidade administrativa. Mas, o autor apresenta preciosa lição ao entender que as características pessoais do agente público influenciam o desvalor da conduta proibida (OSÓRIO, 2018, p. 250). Essa última consideração é importante, visto que por meio dela é possível reconhecer que a tipicidade material do ato de improbidade administrativa é influenciada pelas

características formais de cada agente, isto é, o nível hierárquico, a exigência de controle, etc.

A improbidade administrativa é uma esfera de responsabilidade de agentes públicos, envolvendo tanto os atos dolosos quanto os culposos, instituindo deveres de honestidade, zelo com o erário e lealdade às instituições. Contudo, percebe-se que a medida da exigência desses deveres pode variar conforme a função exercida pelo agente público. Evidentemente, não é possível equiparar os mesmos deveres funcionais de um estagiário de uma repartição pública com os deveres funcionais do diretor da repartição. Assim, se os deveres possuem medidas diferentes, logo, a configuração material da improbidade também deve levar em conta essa diferença. É com razão que Fábio Medina Osório aponta que:

O desvalor da ação pode aumentar conforme se trate de um agente que ocupe esta ou aquela posição hierárquica na estrutura organizacional, que tenha estes ou aqueles interesses, uma formação X, Y ou Z, entre tantos outros fatores que aqui não necessitamos repetir. Embora tais fatores possam não estar previstos antecipadamente nos textos legais, não há dúvidas de que, por força do postulado da proporcionalidade da resposta punitiva e dentro do devido processo legal e seus consectários normativos, há lugar para ponderações cuidadosas e detalhistas em torno ao perfil dos infratores, no dimensionamento da própria tipificação das transgressões, não apenas por ocasião da fixação do apenamento (OSÓRIO, 2018, p. 251).

O autor utiliza o critério da proporcionalidade para a ponderação da conduta em face do tipo previsto, o que demonstra ser desnecessária a previsão legal quanto à gradação do tipo material. No entanto, Fábio Medina Osório ainda assinala que para a verificação do ato de improbidade administrativa, além de saber a posição hierárquica do sujeito, é necessário saber também a proximidade que o sujeito mantém com o fato e sua autonomia decisória relativamente à ação e seus resultados (OSÓRIO, 2018, p. 251).

Dessa forma, ante todo o exposto, deve ser reconhecida a incidência da tipicidade material para a configuração do ato de improbidade administrativa. Por meio desta, é necessário que uma conduta ofenda de maneira relevante o bem jurídico tutelado na esfera de responsabilidade administrativa, seja por meio do modo ou do resultado da conduta. O reconhecimento da tipicidade material na improbidade administrativa possui uma consequência relevante, pois, se uma conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica, há de se reconhecer que a conduta é irrelevante para a esfera de responsabilidade da improbidade administrativa. Por meio do reconhecimento da tipicidade material, é possível falar em incidência do princípio da insignificância na improbidade administrativa.

4. O princípio da insignificância e a improbidade administrativa

No Direito Penal, o princípio da insignificância é construído a partir dos princípios penais da intervenção mínima e da ofensividade, levando em conta ainda o seu caráter fragmentário e a necessária tipicidade formal e material. O conteúdo do princípio da insignificância, nesse sentido, se caracteriza como um instrumento interpretativo que afasta a tipicidade penal em face da atipicidade material da conduta, com a finalidade de restringir o alcance do Direito Penal sobre condutas penalmente irrelevantes.

A esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa, ao seu turno, se caracteriza como uma resposta do ordenamento jurídico à corrupção no âmbito da Administração Pública, tutelando a probidade administrativa com máxima intervenção. Nesse sentido, os tipos previstos na LIA são propositalmente genéricos, mas a doutrina e a jurisprudência restringem o seu alcance na medida em que o ato de improbidade administrativa, para sua ocorrência, deve atingir o bem jurídico da probidade administrativa. A partir disso, visando restringir o alcance indevido da LIA, é possível criar a tipicidade formal e material no âmbito dessa esfera de responsabilização. A conduta, que é apenas formalmente típica aos tipos previstos na LIA e em legislação extravagante, não constitui ato de improbidade administrativa em razão da atipicidade material.

Logo, é possível falar em condutas formalmente típicas que são insignificantes para a improbidade administrativa em face de sua atipicidade material. Assim, se a conduta é materialmente atípica, é possível falar em aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade da conduta formalmente típica. Fábio Medina Osório esclarece que o princípio da insignificância opera seus efeitos sobre a conduta materialmente atípica (OSÓRIO, 1999, p. 260). O mesmo entendimento já foi exposto também por Francisco Octavio de Almeida Prado, que entende que o princípio da insignificância é aplicável à improbidade administrativa em face da atipicidade material da conduta, *in litteris*:

“Cabem, aqui, algumas considerações acerca do chamado princípio da insignificância, que afasta a antijuridicidade da conduta formalmente típica cuja pequena significação impede-a de agredir o bem jurídico protegido pelo tipo infracional. Esse princípio tem merecido aplicação frequente no âmbito penal, e seu fundamento reside em afastar a tipicidade material dos fatos insignificantes” (PRADO, 2001, p. 36).

Apenas retocamos o posicionamento do autor para discordar quanto ao afastamento da antijuridicidade. O afastamento da antijuridicidade não é global, visto que a conduta ainda pode ser um ilícito civil ou disciplinar, mas a antijuridicidade perante a improbidade administrativa, fica afastada em razão da ausência de agressão ao bem jurídico tutelado por meio da improbidade administrativa.

Pelo princípio da insignificância, ocorre uma filtragem. Isto é, condutas ilícitas continuam ilícitas, mas vão ser apuradas em outros domínios punitivos, e não na improbidade administrativa. O princípio irá filtrar e manter na improbidade apenas aquilo que realmente agride o exercício funcional e os bens jurídicos protegidos pelo art. 37, § 4º, da CF, sob pena de uma completa banalização da improbidade, e que isso apenas irá gerar a sua falta de credibilidade como solução para graves problemas de atos de corrupção que devem ser combatidos pela LIA.

Não tão obstante, José Roberto Pimenta Oliveira aponta que a irrelevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico está no núcleo do princípio da insignificância, que deve afastar a tipicidade da conduta (OLIVEIRA, 2009, p. 280). A posição do autor está correta na medida em que aceita a insignificância na improbidade administrativa, mas devemos ter em mente que o princípio da insignificância nasce no Direito Penal, como uma forma de restringir o alcance indesejado da norma penal. No âmbito da improbidade administrativa, o mesmo se aplica, visto que as disposições da LIA possuem alcance que vão muito além das condutas ímprobas que afetam o bem jurídico da probidade administrativa.

Semelhantemente, Rogério Ponzi Seligman aponta que a incidência do princípio da insignificância resulta na “atipia material” da improbidade administrativa. Para o autor, isso pode ser construído a partir dos conceitos de inadequação e desnecessidade das graves sanções previstas na LIA, de modo que cabe ao julgador afastar a imposição desarrazoada de sanções sobre fatos praticados insignificantes (SELIGMAN, 2004, p. 253).

Dessa forma, refuta-se o argumento de que a insignificância não é aplicável à improbidade administrativa em face da indisponibilidade do interesse público. Se a conduta é materialmente atípica aos olhos da LIA, inexistente a ofensa à probidade e à moralidade administrativa, de modo que não há qualquer renúncia do interesse público¹⁸. Em verdade, a punição de uma conduta atípica é que ofende o interesse público, uma vez que promove a injustiça material ao condenar um agente público ou terceiro que nada contribuíram para a ofensa à probidade. Sobre isso, Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo ponderam que a aplicação do princípio da insignificância não ofende o interesse público, posto que não há interesse público legítimo em aplicar uma atuação sancionatória desproporcional ou irrazoável (BLANCHET; GABARDO, 2012, p. 140).

Quanto à proporcionalidade, cabe uma breve consideração. A proporcionalidade é um postulado que norteia toda a atividade decisória punitiva, incidindo sobre todas

¹⁸ Oportuno transcrever o conceito de interesse público dado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrigando também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais”. (MELLO, 2014, p. 71).

as suas fases, ao passo que o princípio da insignificância incide sobre a tipicidade da conduta. Portanto, são princípios inconfundíveis. A proporcionalidade possui um campo de abrangência muito mais amplo que a insignificância, podendo influenciar até mesmo a dosimetria da sanção depois que a conduta é considerada formal e materialmente típica. Já a insignificância possui um campo muito mais restrito de aplicação, incidindo apenas na tipicidade da conduta. Inclusive, o princípio da insignificância, no Direito Penal, é construído pelos criminalistas a partir dos princípios da mínima intervenção, da ofensividade, da exclusiva proteção de bens e da noção da tipicidade penal. Não há protagonismo do princípio da proporcionalidade nessa construção, ainda que a atual acepção de proporcionalidade possa englobar o princípio da insignificância, influenciando a sua aplicação¹⁹. Apesar de a construção do princípio da insignificância ter ocorrido sem o protagonismo da proporcionalidade, não há como negar a influência deste na verificação do ato de improbidade administrativa.

Além disso, o juízo da insignificância é binário. Isto é, ou a conduta é insignificante, ou não. A insignificância na improbidade administrativa não comporta uma valoração relativa como “pouco insignificante” ou “muito insignificante”. Isso porque, a partir do momento em que se reconhece a incidência desse princípio no caso concreto, a conduta deixa de ser típica, não cabendo a aplicação de qualquer sanção. Então, basta o ato ser insignificante, não importando qual o nível da insignificância, para afastar a aplicação de qualquer sanção de improbidade administrativa.

Diversamente, se o jurista ou aplicador do Direito entender que um ato de “pouca insignificância” deve ser sancionado no âmbito da improbidade administrativa, logo, reconhece-se que a conduta é relevante para a improbidade administrativa. Ou seja, se a conduta merece ser punida pelas sanções previstas na LIA, a conduta não é insignificante e passou a ser formal e materialmente típica. Ainda que a lesão seja pequena e, conseqüentemente, demande a aplicação de uma sanção em consonância com o princípio da proporcionalidade, é descabido entender que há insignificância relativa.

O princípio da insignificância não serve como critério de dosimetria para aplicação de sanção, mas sim como um instrumento para afastar a aplicação de qualquer sanção de improbidade administrativa.

19 Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra Curso de direito administrativo, 2014. p. 882 com esteio em Heraldo Garcia Vitta (VITTA, 2003, p. 58-59), citam o afastamento do dever da Administração Pública de sancionar em face do “princípio da insignificância”. Mas em verdade, apesar de nomearem como “insignificância”, o que os juristas descrevem é uma decorrência do princípio da proporcionalidade. Isso porque o princípio da insignificância, tal qual teorizado no Direito Penal, trata do afastamento da tipicidade da conduta, e não do dever sancionatório da Poder Público. Mesmo Heraldo Garcia Vitta, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello nesse tema, esclarece que a aplicação da dita “insignificância” deve-se contrapor o princípio da indisponibilidade da coisa pública e os “da razoabilidade e proporcionalidade”. (VITTA, 2003, p. 59).

Ainda que a insignificância possa ser verificada em todos os tipos previstos na LIA e legislação extravagante, José Roberto Pimenta Oliveira aponta que a irrelevância material ganha compostura diferenciada a depender do bem jurídico violado, conforme cada categoria tipológica (OLIVEIRA, 2009, p. 282). De todo modo, em linha com o exposto pela doutrina penalista, o princípio da insignificância deve ser verificado no caso concreto, sendo descabida a tentativa de se tentar prever de antemão a sua incidência.

Em verdade, a partir do momento em que se aceita a tipicidade material na improbidade administrativa, a incidência do princípio da insignificância passa a ser uma questão de nomenclatura. A jurisprudência e parte da doutrina utilizam termos como “mera irregularidade”, “ilegalidade sem desonestidade ou má-fé” e “ato irregular que não é qualificado pela ofensa à probidade”, para se referir às condutas que são formalmente típicas e materialmente atípicas. O princípio da insignificância, ao seu turno, engloba essas ideias, na medida em que a conduta formalmente típica é irrelevante para a improbidade administrativa.

5. A jurisprudência e o princípio da insignificância na improbidade administrativa

A jurisprudência tende a aceitar que o ato de improbidade administrativo demanda o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e o efetivo dano ao bem jurídico protegido, afastando, portanto, a incidência da LIA sobre “meras irregularidades”²⁰.

No entanto, quando o tema é aplicabilidade do princípio da insignificância à improbidade administrativa, ainda não há jurisprudência consolidada, havendo precedentes em ambos os sentidos.

Em julgamento do Recurso Especial 892.818-RS, em 11 de novembro de 2008, o STJ entendeu que uma vez que é reconhecida a ocorrência do ato de improbidade administrativa, não há como se aplicar o princípio em comento no momento da dosimetria da pena. O Recurso teve como origem ação civil pública movida pelo MP do Rio Grande do Sul contra conduta de Chefe-de-Gabinete Municipal por ter utilizado veículo municipal para uso particular. O servidor acusado admitiu os fatos, pediu exoneração do cargo e ressarciu os cofres públicos na importância de R\$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos) referente à gasolina gasta no percurso de 3 (três) quilômetros. O juiz de primeiro grau reconheceu que os fatos configuravam ato de improbidade administrativa, na forma dos artigos 9º e 11 da LIA, e aplicou multa de R\$ 1.500,00. Em recurso interposto pelo réu, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

²⁰ Precedentes do STJ nesse sentido: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014; e REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

afastou a aplicação da multa com base na aplicação do princípio da insignificância e julgou improcedente a ação civil pública²¹. O MP-RS recorreu dessa decisão sob o argumento de que não é aplicável o princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa.

No julgamento do Recurso Especial, o Relator argumentou que nem toda irregularidade administrativa implica improbidade administrativa, de modo que a improbidade administrativa se caracteriza a partir do momento em que o ato antijurídico, mediante dolo ou culpa, fere os princípios constitucionais da Administração Pública e a ordem jurídica de regência da atuação do agente público. A partir do momento em que o juiz reconhece a ocorrência da violação ao bem jurídico protegido pela LIA, não há como incidir o princípio da insignificância, visto que foi reconhecida a ocorrência do ato de improbidade e da ofensa à moralidade administrativa. Se foi reconhecida a violação ao bem jurídico, logo a conduta não é insignificante. Abaixo, transcrevemos trecho importante do voto:

Na hipótese dos autos, apesar de o fato ser incontroverso e confessado, o Tribunal de origem, após admitir, implicitamente, que a conduta caracterizava improbidade e que "poderia ensejar, quando muito, multa do mesmo porte", extinguiu a Ação Civil Pública com fundamento no princípio da insignificância, tendo em vista que o dano foi arbitrado, unilateralmente pelo infrator, em R\$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos), valor do combustível consumido no percurso. A insatisfação dos eminentes julgadores com o resultado do juízo de dosimetria da sanção levou-os, por equívoco, a invalidar o próprio juízo de improbidade da conduta, o que se mostra técnica, lógica e juridicamente inadmissível. (RE 892.818-RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, J. em 11/11/2008).

Esse julgado merece algumas considerações. Se por um lado é possível discordar da conclusão do STJ, ao considerar que houve a prática do ato de improbidade (o que, a meu ver, inexistiu por atipicidade material da conduta), o STJ acertou ao esclarecer que a insignificância não incide sobre a dosimetria da pena, mas sim sobre a tipicidade da conduta.

Em verdade, apesar de o STJ não ter se pronunciado sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância à improbidade administrativa, o STJ expressamente reconheceu que existem desvios administrativos considerados

²¹ Trecho do acórdão do TJ-RS: "Custo acreditar que a prosaica importância de oito reais e quarenta e sete centavos, risível mesmo, tenha ensejado toda a movimentação do aparato judiciário, desde o inquérito civil até a propositura da ação civil pública, tanto mais quando culmina em desproporcional sanção. Quando muito poderia ensejar multa do mesmo porte, também por isso irrelevante. Certo é que a ação civil pública não pode ser apequenada, diminuída, amesquinhada. Na verdade, mais se gastou com o processo do que com o 'dano' ao erário. Vem à pêlo, por isso, o princípio da insignificância cunhado pelos penalistas, que têm como atípicas ações ou omissões que de modo ínfimo afetem o bem jurídico tutelado [...]. Por isso condutas que do ponto de vista formal se amoldam ao tipo não devem ensejar punição, quando de nenhuma relevância material".

“insignificantes” que devem ser valorados quantitativa e qualitativamente, mas que no caso específico foi verificado um ato de improbidade administrativa.

Mas de fato, o desvio administrativo “insignificante” nada mais é do que uma conduta materialmente atípica e que, portanto, deve incidir o princípio da insignificância, afastando a tipicidade da conduta e sua conseqüente punição.

Em outra ocasião, o STJ reconheceu expressamente a aplicabilidade do princípio da insignificância no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 968.447-PR. Na hipótese dos autos, um cidadão impetrou mandado de segurança para determinar que o prefeito de Londrina/PR fornecesse certidões e outros documentos requeridos. A sentença no processo do mandado de segurança determinou a apresentação desses documentos, no entanto, o prefeito não cumpriu a decisão transitada em julgado por ausência de intimação. O MP-PR ajuizou ação civil pública de improbidade administrativa com fundamento no art. 11, IV, da LIA. Nesse caso, o STJ entendeu inexistente o dolo e a lesividade do ato, aplicando o princípio da insignificância, afastando a aplicação das sanções previstas na LIA, *in litteris*:

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. (AgRg no REsp. 968447/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, J. em 16/04/2015).

Nesse caso, o STJ reconheceu expressamente a aplicabilidade de um princípio que nasceu no Direito Penal. Não houve a construção da insignificância no âmbito do regime jurídico próprio da improbidade administrativa, mas sim o alargamento do âmbito de abrangência do princípio da insignificância do Direito Penal para abarcar a improbidade administrativa.

O STJ apresentou conclusão semelhante no julgamento do Recurso Especial 1.536.895. Nesse caso, avaliou-se a conduta do prefeito do Município do Rio de Janeiro que utilizou verbas públicas para a construção da Igreja de São Jorge, no bairro Santa Cruz, na periferia do Rio de Janeiro. O MP-RJ ajuizou ação civil pública sob o argumento de que a construção da igreja violou a laicidade estatal e caracterizaria ato de improbidade administrativa com base no art. 11, caput, e I, da LIA.

Em julgamento, o relator ponderou que o Brasil é um país religioso e que a construção de um templo, ainda que o Estado seja laico, não implica em necessária ofensa à moralidade administrativa. No mais, o relator aponta que a repressão às improbidades é similar à repressão aos crimes, pois “deve ser feita com muita energia, mas dentro dos parâmetros da legalidade estrita, porque se trata de Direito Sancionador, que não dá carta branca para que se ofendam as garantias subjetivas dos imputados”. Nota-se que o relator reconhece, portanto, a existência de um regime jurídico comum consubstanciando-se no Direito Punitivo. O relator ainda aponta que o ato de improbidade administrativa não pode ser confundido com a mera ilegalidade, sendo imprescindível para sua configuração a verificação dos elementos: (i) tipicidade, (ii) lesividade, (iii) antijuridicidade e a (iv) culpabilidade. Mas pondera que, no Direito Penal, ainda que o ato seja típico, pode ter sua antijuridicidade afastada por circunstâncias excludentes e que, admitindo-se que “as ideias penais infletem sobre todos os campos do Direito Sancionador”, a lesão ao bem jurídico deve levar em conta a forma da conduta. Ao final, conclui que é possível aplicar o princípio da insignificância no caso em questão, visto que ausentes o dolo e a lesão ao bem jurídico tutelado pela LIA, afasta a aplicação das sanções da LIA por atipicidade da conduta. Abaixo, transcrevemos trecho em que o relator trata da aplicação do princípio da insignificância:

42. A primeira e principal consequência dessa orientação jurídica é que 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.

(...)

48. A definição a respeito do dolo genérico que se tem criado, no entanto, é bastante rasa e tem levado a efeito hipóteses apenasmente ilegais ou irregulares em um enquadramento ímprobo, quando a Lei de Improbidade Administrativa, como todos sabemos, nasceu com a finalidade de combater e sancionar os agentes de atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública, ou seja, está intrinsecamente ligada ao conceito de corrupção, o que não se evidencia no presente caso. (Resp 1.536.895-RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 15/12/2015).

O julgado em comento é de extrema importância pois, além de aplicar o princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa, também reconhece o núcleo comum de princípios que protegem os acusados em face do Direito Sancionador.

No entanto, em 2017, o STJ revê o entendimento sobre a aplicação do princípio. No julgamento do REsp 1.512.654, que julgou conduta de servidor público de autorizar a comercialização de produtos alimentícios em estabelecimento público sem o devido processo licitatório, o Tribunal da Cidadania foi expresso ao mencionar a não aplicabilidade do princípio da insignificância sobre a improbidade administrativa. Abaixo, transcrevemos trecho do voto vencedor, do ministro Benedito Gonçalves:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Não aplicabilidade. Apesar da pequena monta do proveito obtido pelo corrêu e do dano ao Erário (neste caso, potencial, apenas) basta para a caracterização da improbidade administrativa a ofensa aos princípios que regem a administração pública, o que restou plenamente demonstrado no caso concreto. (REsp 1512654/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, J. em 30/11/2017).

Recentemente, o STJ reiterou a não aplicabilidade do princípio da insignificância no campo da improbidade administrativa ao julgar a conduta de servidor público que apresentou informação falsa sobre endereço residencial para receber auxílio-transporte durante 4 meses.

No voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia, argumentou-se pela ausência de tipicidade da conduta perante a improbidade administrativa, de modo que a conduta pode muito bem ser averiguada e eventualmente exemplada pelos estatutos internos dos órgãos da Administração Pública, por intermédio de suas repartições cor-recionais.

Contudo, o voto vencedor do Ministro Benedito Gonçalves foi no sentido de inaplicabilidade do princípio da insignificância, mantendo a condenação do servidor pela prática do ato de improbidade. Abaixo, transcrevo argumentação do Ministro:

A uma, porquanto é defesa a aplicação do princípio da insignificância em se tratando de ato de improbidade administrativa, porquanto é o erário público figura como lesado. Dessa forma, a aplicação de tal princípio conspiraria contra a moralidade administrativa. (AgInt no AREsp 1140901/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, J. em 17/11/2020)

Nota-se que o STJ, ao analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância à improbidade, acaba reduzindo o escopo do princípio à dimensão econômica do dano causado. Contudo, conforme já mencionado antes, o princípio da insignificância não se mede apenas pelo dano economicamente aferível, mas também pela avaliação sobre a ofensa ao bem jurídico tutelado pela improbidade administrativa.

Os meros erros e irregularidades formais, ainda que formalmente típicas à LIA, são materialmente atípicas, o que afasta a possibilidade de aplicação de sanção nesse campo punitivo. Ainda que se utilizem diversos nomes (irregularidade, mera ilegalidade, etc.) para afastar a punição nesse caso, em última análise estamos diante do princípio da insignificância.

6. Consensualidade e princípio da insignificância

Recentemente, a Lei Federal 13.964/2019, comumente conhecida como “Lei Anticrime”, alterou a redação do art. 17, § 1º22, que passou a dispor o seguinte: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”. Em síntese, o dispositivo legal introduz a consensualidade na tutela da probidade administrativa.

Apesar de o Estado ainda poder utilizar-se da via de responsabilização unilateral, conforme esclarece Renata Lane, a consensualidade prestigia uma atuação dialógica, bilateral e consensual, na medida que esta é mais compatível com a democracia e a busca de soluções pacíficas de controvérsias, tal qual encartado no preâmbulo constitucional (LANE, 2020, p. 156).

Contudo, ao tratarmos da consensualidade tal qual prevista no art. 17§ 1º, pressupõe-se que o ato a ser transacionado seja um ato de improbidade administrativa. Ora, a improbidade administrativa nos termos da LIA só se avalia sob a perspectiva formal e material. Ressalta-se, inexistindo a tipicidade material, a conduta é completamente atípica perante a LIA.

Dessa forma, se a conduta é apenas formalmente típica e, portanto, insignificante perante a LIA. A conduta atípica sequer deveria ser punida nos termos da LIA, de modo que não há o que ser transacionado.

²² § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

Portanto, a única conclusão dogmaticamente lógica é que o princípio da insignificância fica alheio à consensualidade na LIA, pois este princípio incide justamente sobre a tipicidade da conduta. O filtro da insignificância impede integralmente a aplicação da LIA.

7. Conclusão

Pois bem, ante todo o exposto, podemos tecer as seguintes conclusões.

O Direito Penal tem como finalidade tutelar os bens jurídicos mais caros e importantes de uma dada sociedade, o que fundamenta a aplicação da sanção penal que, via de regra, é a mais grave no ordenamento jurídico. Em face disso, o Direito Penal é caracterizado pela fragmentariedade e é norteador por diversos princípios, notadamente os princípios da: (i) intervenção mínima ou *ultima ratio*; (ii) ofensividade; e (iii) tipicidade.

Como consequência do princípio da legalidade, surge no Direito Penal a ideia de “tipo”, que é a prévia descrição em lei da conduta criminosa. A tipicidade é a relação entre a conduta ocorrida no mundo fenomênico com o descrito no tipo penal. O fato deve corresponder ao tipo para que seja verificada a conduta criminosa.

A lei penal possui indesejado alcance sobre condutas que formalmente são típicas, mas que, em face da incidência dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, não devem ser consideradas crimes. Por essa razão, a doutrina penal construiu a tipicidade material, que é ofensa relevante ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal. A tipicidade passa por dois estágios, o formal e o material, de modo que, inexistindo um, a conduta é atípica.

Nesse sentido, o princípio da insignificância é construído pela doutrina e pela jurisprudência em face do indesejado alcance que a lei penal tem sobre condutas de pouca lesividade e ofensividade. O princípio em questão restringe a aplicação da lei penal sobre condutas penalmente insignificantes, seja pela sua ação ou resultado.

O termo corrupção possui diversos significados, indo muito além da definição do Direito Penal para esse fenômeno. Em síntese, a corrupção abrange a ideia de subversão do sistema e utilização de potestades públicas em benefício próprio ou de terceiros.

A resposta do Direito ao fenômeno da corrupção se dá por meio da posituação de atos normativos que tipificam condutas corruptas *lato sensu* como condutas ilícitas, prevendo uma sanção jurídica a ser aplicada aos corruptos.

Em face da multiplicidade do *jus puniendi*, há diversas esferas de responsabilização que tutelam a corrupção, dentre estas, podemos citar o Direito Penal e a responsabilização por ato de improbidade administrativa, conforme previsto no art. 37, § 4º, da CF.

A responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, como uma esfera autônoma de responsabilização, é uma inovação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o bem jurídico protegido por essa nova esfera de responsabilização é a probidade administrativa. Em face da autonomia constitucionalmente conferida, a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa não se confunde com a responsabilidade civil, administrativa ou penal.

A Lei 8.429/1992, LIA, tratou de regulamentar o dispositivo constitucional retro mencionado. Por meio desse ato normativo, é que se extraem o sentido e os contornos do termo constitucional “improbidade administrativa”.

Sendo assim, em face do imperativo de tutelar a probidade administrativa, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, a LIA protege o bem jurídico com máxima intervenção. Por essa razão, a LIA possui um rol extenso de condutas tipificadas e tipos abertos com a finalidade de abranger o máximo possível de condutas que possam afetar o bem jurídico em questão.

A responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa constitui uma faceta do *jus puniendi* estatal e, portanto, está submissa aos princípios gerais que regem essa atividade, inclusive o princípio da tipicidade.

A esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa possui as seguintes características: (i) tipos propositalmente abertos previstos na LIA, (ii) necessidade de ofensa ao princípio da probidade administrativa para a ocorrência do ato de improbidade, (iii) sanções graves previstas na Constituição e em lei, e (iv) necessidade de mover o judiciário para aplicar as sanções. A conjugação dessas quatro características pode resultar no desvirtuamento e banalização dessa esfera de responsabilização, visto que condutas que não constituem efetivamente ato de improbidade administrativa sejam gravemente sancionadas.

Em face disso, a doutrina e a jurisprudência, de modo geral, caminharam no sentido de exigir que a verificação da ocorrência do ato de improbidade administrativa demande uma conduta efetivamente séria e passível de afetar o bem jurídico da probidade administrativa. A LIA, portanto, não trataria de condutas meramente ilegais ou irregulares.

Como decorrência, parte da doutrina acolheu a teoria da tipificação formal e material no âmbito da improbidade administrativa. A tipificação formal trata da subsunção objetiva da conduta ao tipo previsto na LIA, ao passo que, por meio da tipificação material, verifica-se se a conduta atingiu de maneira relevante o bem jurídico protegido. Assim, sem a verificação de qualquer um destes, não há a prática do ato de improbidade administrativa.

No Direito Penal, o princípio da insignificância é um instrumento interpretativo que afasta a tipicidade sobre condutas que não são materialmente relevantes para a lei penal, adotando-se os conceitos de tipo formal e material. Na improbidade

administrativa, conforme exposto, é possível utilizar os conceitos de tipo formal e material, reconhecendo que há condutas que, apesar de serem formalmente típicas, aos tipos previstos na LIA ou em legislação extravagante, são insignificantes para essa esfera de responsabilização, em face de sua atipicidade material. Portanto, é possível afirmar que o princípio da insignificância é aplicável no âmbito da improbidade administrativa.

A atipicidade de uma conduta no âmbito da improbidade administrativa não afasta a ilicitude de maneira global. A conduta ainda poderá ser um ilícito em outro domínio punitivo, como no campo do direito administrativo disciplinar ou ensejar a responsabilização civil. O que o princípio da insignificância faz, em síntese, é filtrar e manter, na improbidade administrativa, apenas as condutas que realmente agredem os bens jurídicos protegidos pelo art. 37, § 4º, da CF.

8. Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- 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. 140, jan./mar.2012.
- COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JESUS, Damásio. Direito Penal. Vol. I: *parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e ação civil de improbidade administrativa: limites de instauração*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal. Vol 1: *parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na LF - 8429 de 1992. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 258-272, 1999.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade em atos de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 253, out./dez. 2004.
- SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

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