

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

MATEUS HENRIQUES DE CARVALHO

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL**

VOLTA REDONDA
2019

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de Bacharel em direito.

Aluno: Mateus Henriques de
Carvalho

Orientador: Ricardo Maia

VOLTA REDONDA

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno: Mateus Henriques de Carvalho

Título da monografia: O princípio da insignificância nos crimes contra a
Administração Pública: Uma visão jurisprudencial.

Orientador: Ricardo Maia

Banca Examinadora:

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Dedico este trabalho ao Sistema Judiciário que apesar de estar sobrecarregado de demandas, consegue, através dos aplicadores das leis, filtrar os casos e julgá-los buscando sempre atingir o senso de justiça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela força durante esses 5 anos, aos meus pais, Maria Perpétuo Socorro Henriques de Carvalho e Rogério Andrade de Carvalho por toda a dedicação aos meus estudos, pela compreensão, pela ajuda não só nos momentos difíceis, mas a todo tempo, sempre presentes na minha vida da melhor forma possível e, por fim, mas não menos importante, ao meu professor orientador, Ricardo Maia, como pilar fundamental que possibilitou a construção, bem como a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar, mediante abordagem dos princípios fundamentais aplicados no Direito Penal, as visões jurisprudenciais da aplicação de um princípio da Insignificância aos crimes praticados em desfavor da Administração Pública. Traz também uma breve síntese do da aplicação do Direito Penal junto aos princípios fundamentais. Realiza uma crítica ao posicionamento do Supremo tribunal de Justiça quanto a sua negatória da aplicação do princípio da insignificância na administração pública e se mostra a favor do forte posicionamento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Por fim, apresenta julgados recentes acerca do tema e a mais recente súmula do Supremo Tribunal de Justiça utilizada como norte para seu julgamento.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância, Administração Pública, Crimes.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL JUNTO AOS PRICÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	3
	2.1 Princípio da Intervenção Mínima.....	5
	2.2 Princípio da Lesividade ou Alteridade.....	7
	2.3 Princípio da Adequação Social.....	9
	2.4 Princípio da Fragmentariedade.....	11
	2.5 Princípio da Insignificância.....	12
3	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	17
	3.1 Do Bem Jurídico Tutelado e Aplicação Penal Subsidiária.....	18
	3.2 Princípio da Moralidade Administrativa.....	20
	3.3 Dos Crimes da Administração Pública.....	21
	3.3.1 Peculato.....	22
	3.3.2 Corrupção Passiva e ativa.....	25
	3.3.3 Emprego Irregular de Verbas ou Rendas Públicas.....	27
	3.3.4 Descaminho.....	28
4	DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E VISÃO JURISPRUDÊNCIAL....	33
5	CONCLUSÃO.....	38
6	REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

A partir de leituras realizadas sobre a temática do princípio da insignificância e sua aplicação aos crimes praticados contra a Administração Pública, verificou-se que há divergência de entendimento quanto a aceitação da aplicação nos crimes de bagatela.

A grande parte doutrinária do Direito Penal, atualmente, entende que o princípio em questão deve ser aplicado, sim, nos crimes praticados contra a Administração Pública, todavia, para que seja de fato utilizado, deve-se analisar cada caso concreto.

O Superior Tribunal Federal (STF) inclusive, já demonstrou ser a favor da aplicação do referido princípio visto que em alguns casos o bem jurídico tutelado apesar de violado, não sofre lesão que mereça a intervenção do Direito Penal.

No entanto, em sentido contrário pensa o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que justifica seu posicionamento, ao argumentar que toda vez que falamos de Administração pública, está se falando da moral administrativa, bem jurídico este que não poderia ser violado, ainda que se tratando de valores ínfimos.

Portanto, o presente trabalho, no segundo capítulo, busca introduzir superficialmente como funciona a aplicação do Direito Penal nos casos concretos, quando este Direito, de fato, deve ser utilizado, através da noção dos princípios norteadores do Direito Penal, que tem em seu carro chefe, o princípio da insignificância, possuindo, ainda, como principal doutrinador do tema o ilustríssimo Rogério Greco.

O terceiro Capítulo, aborda o tema da administração pública e alguns crimes mais importantes para o tema, tais como, peculato, corrupção ativa, passiva e descaminho, tendo Gustavo de Carvalho e Fernando Capez os doutrinadores e diversas Jurisprudências e julgados, do STJ e STF.

Por fim, no último capítulo, é exposta a Divergência da Doutrina e Jurisprudência quando a aplicação do princípio da insignificância aplicada nos delitos

contra a administração pública, apresentando diversos julgados do STF e STJ como fundamentos, bem como introduzindo a súmula 599 do STJ, criada em 2017, que discorre, especificamente sobre o posicionamento do STJ no tema.

2 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL JUNTO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

No Brasil foram criados diversos direitos visando fornecer proteções e garantias à sociedade, sendo o Direito Penal aquele que deve ser utilizado em última instância.

Penal é o ramo do direito que possui um viés político a respeito da sua criação, considerando que sua finalidade é proteger os bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, quando observados que esses bens são tão valiosos que outros ramos do direito, senão o Penal, não podem os proteger. Daí destacamos o tamanho de sua importância.

Trata-se, pois, de um critério político já que a sociedade está em constante crescimento e evolução. Nesse sentido, o que é definido como um bem extremamente importante no presente, poderá não ser no futuro e conseqüentemente o Direito Penal tem a capacidade de fazer tal distinção, considerando o espaço tempo e todas as mudanças pelas quais a sociedade passa a cada dia, refletindo diretamente no mundo jurídico.

Assim, entende Rogério Greco:

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade [...] com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. [...] quando dissermos ser político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, é porque a sociedade, dia após dia evolui. Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereciam a proteção penal, hoje, já não gozam desse status. [...] em virtude dessa constante mutação, bens que outrora eram considerados de extrema importância e, por conseguinte, carecedores da especial atenção do Direito Penal já não merecem, hoje, ser por ele protegidos (GRECO, 2012, p. 2 e 3).

Noutro giro, além das normas, os princípios são fortes norteadores do Direito Penal Brasileiro, servindo como fontes de interpretação, e, portanto, devem ser observados como balizamentos para a aplicação da lei em cada caso concreto. Eles podem estar presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de forma explícita ou implícita, na doutrina e também nas jurisprudências, como

referenciais do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o Direito Penal é formado por um conjunto de princípios e normas que possuem a finalidade de classificar os comportamentos humanos indesejados como infração penal, delimitando os agentes e estabelecendo as respectivas sanções, ou comportamentos reprováveis, capazes de atentar contra a manutenção e o progresso da sociedade, o que requer fundamentalmente a disciplina para o controle da sociedade, buscando, acima de tudo, a segurança do ser humano.

Nesse sentido entende Cleber Masson:

Direito penal é o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal (pena ou medida de segurança)". Guilherme Nucci aduz que se trata do "conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras atinentes a sua aplicação (MASSON, 2012).

Ressalta-se que o mencionado ramo do direito possui objetivo essencial, o de proteger os bens jurídicos mais importantes para a própria convivência da sociedade, devendo ser utilizado única e exclusivamente em última instância, através da aplicação de normas e princípios regulamentadores do direito e o indivíduo que a ele violar, sofrerá as sanções cabíveis, conforme disposição no Código Penal.

Nesta seara, o Direito Penal é aplicado e defendido pelos juristas de todo o Brasil, utilizando-se da teoria do Direito Penal mínimo, em que se baseia na utilização dos princípios norteadores do Direito Penal, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social, da insignificância, da individualização de pena, da proporcionalidade, da limitação de penas, da culpabilidade, da responsabilidade pessoal e legalidade. Essa conduta se aplica com a utilização das medidas em caráter necessário, ou seja, quando outros ramos do direito não forem capazes de solucionar o problema social.

O Direito Penal Mínimo tem como pilar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o homem deve ocupar o centro das atenções do Estado, que,

para a manutenção da paz social, deverá proibir somente os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade (GRECO, 2016, p. 30).

Ao contrário da teoria do Direito Penal Máximo, que incentiva a aplicação do direito através dos meios de informação e mídia social, na teoria do Direito Penal Mínimo (mais utilizada hoje em dia), deve ser analisado o quão lesivo é a conduta tida como ilícita, ou seja, deve observar se a conduta praticada por um agente feriu o bem jurídico tutelado de maneira que mereça a aplicação da medida de *ultima ratio*. Apenas será aplicado sanções penais em detrimento ao infrator, caso verificado uma significativa lesão ao bem jurídico legalmente protegido.

Sobre o tema, oportuno trazer a seguinte ementa emanada pela Ministra Carmen Lúcia (HC 107638 PE):

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um Direito Penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.

2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido.

Assim, o Direito Penal Mínimo está alinhado com a constituição federal vigente, sem favorecer um sistema penal de impunidade, como alguns poderiam pensar.

2.1 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima deve ser aplicado pelos juristas somente quando se verifica que a proteção dos bens mais importantes e necessários para a vida em sociedade resta prejudicada senão for realizada pelo Direito Penal, ou seja,

deve ser preservada a mínima intervenção do poder de punir do estado, utilizando desse direito somente nos casos em que objetiva proteger os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade e nenhum outro ramo do direito consiga fazer, conhecida como *ultima ratio*.

De toda sorte, para a melhor aplicação deste princípio, o jurista deve sempre se valer do critério político, já que a sociedade está em constante mutação e o que se entende como bem jurídico mais importante hoje, poderá não ser amanhã. Tal prática, se presta também a fazer a chamada descriminalização, já que com a evolução da sociedade, bens que eram considerados de suma importância podem deixar de ser em momento futuro e, conseqüentemente, não mais vir a ser protegido pelo Direito Penal.

Nesse sentido leciona Greco, citando Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal de ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT *apud* GRECO, 2012, p. 48).

Assim, sendo considerado o mais agressivo dos instrumentos reguladores devido a aplicação de pena privativa de liberdade, deve ser utilizado o mínimo possível. Todavia, essa tarefa não é muito fácil para o legislador já que de um lado o deve ser selecionado os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, de outro, deve ser removida a proteção daqueles bens que hoje, diferente do passado, não mais possuem a importância digna da intervenção do Direito Penal se considerarmos a constante evolução histórica.

Desse modo conclui Rogério Greco:

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico (GRECO, 2012, p.49).

Não menos importante leciona Muñoz Conde:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito (CONDE, 2001, p. 59-60).

Na prática, os tribunais têm entendido que o cidadão que comete alguma infração de cunho penal, somente deve ser punido por este se observada alto grau de importância no bem jurídico violado e caso não seja objeto de outro ramo do direito.

2.2 Princípio da Lesividade ou Alteridade

Além do princípio supramencionado, temos o princípio da lesividade, que está intimamente ligado ao princípio da intervenção mínima, uma vez que sua aplicação é utilizada em conjunto com aquele e constitui princípio fundamental para legitimar o Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Enquanto no princípio da intervenção mínima deve ser aplicada somente quando nenhum outro direito consiga intervir na situação, o princípio da lesividade limita o legislador uma vez que possui a finalidade de esclarecer quais condutas serão incriminadas pela lei penal, ou seja, a lesividade como princípio penal nos orientará no sentido de saber quais condutas não poderão sofrer as sanções penais tipificadas no código.

A título de exemplo, as condutas voltadas para atitudes internas, que não exceda o âmbito do próprio autor, ou seja, condutas que não lesam terceiros, tal como

tatuar o próprio corpo, não devem ser incriminadas pela lei penal e, portanto, deve-se aplicar o princípio da lesividade.

Para que este possa determinar que o Direito Penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente tutelado, haja vista, não ser função do Direito Penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro.

Nesse sentido Leciona Rogério Greco citando Sarrule:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direito de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito (SARRULE *apud* GRECO, 2012, p. 51).

Outro ponto importante que merece destaque é que a lesividade possui quatro funções, no escólio de Nilo Batista, a saber:

- a) Proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Podemos perceber, através dessas quatro funções, que não poderá punir ninguém por aquilo que está no pensamento ou nos sentimentos. Para haver a aplicação do Direito Penal, sob a perspectiva do referido princípio, o bem jurídico tutelado mais importante de algum terceiro deve ser atingido de fato.

Sentimentos internalizados do agente, ainda que em desacordo com o código penal vigente, se não atingirem o bem jurídico de terceiros, não poderá haver atuação

da lei para punir o agente, devendo este ser respeitado perante a sociedade e estado.

Nesse sentido Rogério Greco promove seus ensinamentos, ao dizer que “todas as vertentes acima traduzem, na verdade, a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja efetivamente sendo atacada” (GRECO, 2012, p. 51).

Assim, a conduta lesiva, deve afetar interesses de outrem para aplicação de sanção penal e não haverá sanção quando os atos praticados pelo agente e seus efeitos permanecerem na esfera de interesse do próprio agente, como no caso da autolesão que não é punível, pois a lesão à integridade física não afeta interesse alheio apesar da conduta de lesão corporal constituir fato típico.

2.3 Princípio da Adequação Social

Para melhor entendimento desse princípio, devemos observar que sociedade é um conjunto de seres que resultam na convivência e na atividade conjunta de forma organizada. A sociedade humana é um coletivo de cidadãos que apesar de conviverem em diferentes grupos étnicos ou diferentes níveis ou classes sociais, estão sujeitos à mesma leis e normas de conduta.

Assim, viver em sociedade pressupõe uma convivência de forma mais harmônica possível, de tal modo que nem todos os riscos existentes podem ser punidos pelo Direito Penal.

O princípio da adequação social é a não aplicação de sanções a aquelas condutas tipificadas em lei, tendo em vista que esses tipos de condutas são consideradas adequadas à sociedade como um todo. Temos como exemplo, o caso em que o indivíduo coloca um piercing em seu corpo. A conduta de colocar um piercing no próprio corpo é tipificada em nosso ordenamento jurídico como lesão corporal, todavia, essa conduta é tão comum na nossa sociedade que acaba por ser tornar uma conduta “adequada”, em que o indivíduo que a praticou não merece sofrer

sanções.

Nesse sentido, leciona Rogério Greco, ao afirmar:

O trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas atômicas são exemplos de quão perigosa pode tornar-se a convivência social. Mas, conquanto sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por essa razão fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas (GRECO, 2012, p. 55).

O princípio da adequação social indica que não se pode julgar criminoso um comportamento que é aceito pela sociedade, ainda que haja tipificação em lei. Significa dizer que as condutas que, apesar de tipificadas em lei, são materialmente atípicas, porque são consideradas socialmente adequadas, isto é, estão de acordo com a ordem social.

Assim, segundo entendimento de Rogério Greco, o princípio em referência possui, na verdade, função dupla. Uma delas, aqui já abordada, é a restrição da abrangência do tipo penal, quando a conduta praticada foi socialmente adequada e aceita pela sociedade, fazendo com que haja uma verdadeira limitação na interpretação do tipo penal. Já a segunda função é voltada para o legislador que fica sendo orientado no momento de seleção das condutas que deseja proibir ou impor, a fim de proteger os bens jurídicos considerados mais importantes. Há também a ideia de que o legislador deve repensar os tipos penais para que seja realizada a retirada da proteção do ordenamento jurídico daqueles bens cujos comportamentos já estão adaptados à evolução da sociedade, sendo por ela aceita.

Assim, percebe-se que o princípio da adequação social é de extrema relevância para aplicabilidade do Direito Penal, uma vez que serve como norte para o legislador quando for realizar a proteção do bem jurídico mais importante, bem como para a reavaliação dos tipos penais, para a retirada daqueles em que a sociedade, evoluída, entende que a conduta tipificada em lei é, naquele momento considerada, adequada e aceita.

2.4 Princípio da Fragmentariedade

A vida em sociedade está rodeada de conflitos e constantemente o bem jurídico do homem acaba sendo atingido. Nesse sentido, são criadas diversas leis com o intuito de direcionar qualquer indivíduo sobre a maneira como deve se portar em sociedade e, caso não obedeça às leis aplicadas naquele tempo, acaba que deve ser corrigido através das sanções existentes para cada conduta.

Ocorre o Direito Penal é de extrema importância, que somente deve ser utilizado quando nenhum outro direito consiga defender o bem jurídico ofendido. Assim, deve ser utilizado com ofensas realmente graves aos bens jurídicos protegidos buscando a pacificação social, tais como a vida, honra e identidade física por exemplo.

O princípio da fragmentariedade é aplicado nessa linha de raciocínio, ou seja, o Direito Penal de forma alguma vai ser aplicado a todo momento, devendo ser somente aplicado à alguns fragmentos do sistema, sendo esses os bens jurídicos mais importantes à sociedade.

É de suma importância destacar as sábias palavras de Rogério Greco, ao afirmar:

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária. O ordenamento jurídico se preocupa com uma infinidade de bens e interesses particulares e coletivos. Como ramos desse ordenamento jurídico temos o Direito Penal, o direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Tributário etc. Contudo, nesse ordenamento jurídico, ao Direito Penal, cabe a menor parcela no que diz respeito à proteção desses bens. Ressalta-se, portanto, sua natureza fragmentária, isto é, nem tudo lhe interessa, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade (GRECO, 2012, p. 59).

Assim, temos que o princípio da fragmentariedade é bastante útil visto que o Direito Penal somente será aplicado em alguns fragmentos do sistema, sendo os que se preocupam com os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, também chamado de *Ultima Ratio*.

2.5 Princípio da Insignificância

Um dos princípios que vem ganhando força na doutrina e, sobretudo, na nossa jurisprudência, sendo constantemente utilizado para embasar decisões judiciais é o princípio da insignificância ou também, popularmente conhecido como, princípio da bagatela.

A ideia desse importantíssimo princípio é que o Direito Penal não deve se preocupar com condutas incapazes de lesar o bem jurídico, ou seja, se alguma conduta é tida como insignificante, ou de menor potencial ofensivo, o Direito Penal não deve ser provocado a fim de impor um tratamento a quem o praticou.

Para a aplicação e fundamentação jurídica do princípio da insignificância, devemos analisar a tipicidade do crime sob dois aspectos: a tipicidade formal e a tipicidade material.

O conceito de tipicidade formal é a relação que existe entre o fato/conduita praticada pelo agente e os elementos constantes de um tipo penal. Já a tipicidade material é a observação prática do grau de lesividade social da conduta praticada pelo agente.

Ressalta-se que é justamente, na tipicidade material, ao analisar o grau da lesividade provocado por determinada conduta, que se revela o verdadeiro sentido do princípio da insignificância.

Para que o Direito Penal seja de fato operado é necessário que, além da conduta praticada estar correspondendo aos elementos do tipo penal, é primordial que essa conduta seja capaz de causar lesão ou expor terceiros a risco, de modo

que seja significativamente relevante ao bem jurídico tutelado.

Na mesma linha de raciocínio, já observamos que a intervenção no Direito Penal deve ser mínima, limitando o poder punitivo do Estado, selecionando apenas os bens mais importantes ao Direito Penal. Além disso temos as condutas mais adequadas para a sociedade, devendo desconsiderar a tipicidade quando se tratar de conduta aceita pelas pessoas. Após isso, restara apenas fragmentos de condutas que deverão, de fato, merecer a atenção do Direito Penal. Por fim, somente após ultrapassado esses princípios o legislador irá proibir, que determinadas condutas sejam passíveis de sanção. Nesse sentido preleciona Rogério Greco,

Ultrapassados todos esses princípios, o legislador, finalmente, poderá proibir determinadas condutas, [positivas ou negativas] sob a ameaça de sanção. Então, por exemplo, o legislador, entendendo que a integridade física das pessoas, por ser extremamente relevante, deveria merecer a proteção do Direito Penal, criou o delito de lesões corporais, dizendo no artigo 129, caput, do Código Penal, que aquele que ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem receberá uma pena de detenção, que variará entre um mínimo de três meses a um ano. Mas não parou por aí. Entendeu também o legislador que tinha que coibir as lesões corporais causadas também de forma culposa e, assim, fez inserir um parágrafo [6º] ao artigo 129 do Código Penal, determinando, dessa forma, que se a lesão for culposa o agente poderá ser condenado a uma pena de dois meses a um ano de detenção. O legislador, como se percebe, preocupou-se com a integridade corporal das pessoas da forma mais abrangente possível, punindo não só aqueles que a ofendessem dolosamente, como também de forma culposa (GRECO, 2012, p. 61).

O princípio da insignificância ou da bagatela encontra-se relação com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Este, por sua vez, parte do pressuposto que a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, para que a atuação estatal não se torne desproporcional e desnecessária, diante de uma conduta incapaz de gerar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.

Por certo, a análise posta em debate leva necessariamente a um questionamento que merece reflexão: como é que o aplicador do direito pode reconhecer se uma conduta é capaz ou não de gerar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado?

Em resposta a essa pergunta, aduz Rogério Greco:

Para que possamos chegar a uma resposta é preciso que, inicialmente, antecipando o estudo que será feito mais adiante, tenhamos conhecimento do conceito do crime. O crime, para aqueles que adotam o seu conceito analítico, é composto pelo fato típico, ilicitude e pela culpabilidade (GRECO, 2012, p. 62).

Tal princípio é essencialmente aplicado no caso concreto, cuja análise exige evidentemente um certo grau de bom senso do magistrado, como o nível da lesão, e as circunstâncias judiciais, que vem do conceito de crime.

Ao observar a conduta do indivíduo, primeiramente deve ser feita a análise da conduta, se é dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva. Feito isso, o julgador deve observar se o resultado do dano ao bem jurídico foi causado por aquela conduta, observando, portando, o nexos de causalidade. Em caso positivo, deve, ainda, ser feita a análise se aquela conduta do agente é típica, somente então, podendo, ou não, aplicar o princípio em tela.

Rogério Greco, sabiamente, leciona sobre tipicidade penal, ao afirmar,

A tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, biparte-se em formal e conglobante. Tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato [tipo] previsto na lei penal[...]. Para que se possa concluir a tipicidade conglobante, é preciso verificar dois aspectos fundamentais: a) se a conduta do agente é antinormativa; b) se o fato é materialmente típico. O estudo da insignificância reside nesta segunda vertente da tipicidade conglobante, ou seja, na chamada tipicidade material (GRECO, 2012, p. 63).

Temos, então, que a tipicidade é elemento fundamental para aplicação ou não do princípio da insignificância e conseqüentemente para o julgador aplicar, ou não, a sanção pela conduta do agente e, juntamente, devem ser analisadas se as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias, dentre outras, são favoráveis.

Aqui, a meu ver, deve preponderar o bom senso do magistrado para que

situações concretas não se tornem verdadeiras aberrações no mundo jurídico.

Ora, se uma pessoa subtrair um único palito de fósforo, ainda que ostente maus antecedentes e tenha personalidade voltada para o crime, deve ser beneficiada com o princípio da insignificância, pois a norma proibitiva do artigo 155 do Código Penal certamente não foi criada para uma subtração tão insignificante.

Todavia, se a subtração não for insignificante, ainda que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal sejam favoráveis, não há que se falar em princípio da insignificância.

É possível reconhecer, e isto tem se verificado na jurisprudência, que algumas variantes podem influenciar na análise do magistrado para a aplicação de tal princípio, como a situação em que se encontra a vítima e a lesividade a esta causada, bem como os antecedentes criminais do agente, os quais podem demonstrar que o modo de vida do sujeito é, por exemplo, viver “furtando.

Com base nisso, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores tem fixado certos requisitos (critérios) para que o aplicador do direito possa reconhecer a insignificância de determinada conduta, a saber, mínima ofensividade da conduta; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica.

Sobre o tema, oportuno trazer a seguinte ementa emanada recentemente pela Laurita Vaz (HC 468801 MG):

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. NATUREZA E VALOR DO BEM. RESTITUIÇÃO DA RES FURTIVA. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Espécie em que o Paciente - denunciado como incurso no art. 155, caput, do Código Penal - foi condenado ao cumprimento da pena de 1 [um] ano e 4 [quatro] meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 [quinze] dias-multa. 2. A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta e identificar a necessidade, ou não, da utilização

do Direito Penal como resposta estatal. 3. Há de se considerar, no caso, a ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, em razão da natureza dos bens subtraídos - uma barra de pé de moleque e três barras de geleia de mocotó -, que foram devolvidos ao estabelecimento comercial, e do seu reduzido valor - apenas R\$ 22,00 [vinte e dois reais]. Assim, não se verifica a tipicidade material da conduta, a ensejar a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. 4. Ordem concedida para, reconhecendo a atipicidade da conduta, absolver o Paciente.

De qualquer forma, a análise, única e tão somente, do nível de lesão sofrida, para aplicação do princípio da insignificância, deve ser feita quando evidentemente e inquestionavelmente ínfima a lesão, em hipóteses como a subtração de uma bolacha, uma folha de papel, um palito de fósforo, etc.

De todo modo, a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela vem ganhando espaço no estudo do Direito Penal, especialmente, quando nos confrontamos com delitos de gravidade ímpar que exigem uma atuação estatal efetiva para garantia da paz pública e da ordem social.

Uma parcela irá afirmar que a aplicação ou não desse princípio é subjetiva, e realmente o é, por isso é necessária a ponderação através do conceito de razoabilidade para chegar à conclusão de que aquele bem mereceu, ou não a aplicação do Direito Penal.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública está inserida no Poder executivo e se trata de um objeto do Direito Administrativo, podendo ser analisada sob dois aspectos, Funcional e Organizacional.

O aspecto funcional é o conjunto de atividades do estado que possuem a finalidade de auxiliar as instituições políticas de cúpula no exercício de funções do governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população.

Já no aspecto organizacional, a Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo, predominando uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades.

Sobre o tema, Gustavo de Carvalho, informa:

Ora, se administrar envolve uma ideia de subordinação e de hierarquia próprias de quem exerce uma atividade e não é senhor absoluto dela, é preciso atentar-se que a expressão “administração pública” pode ser empregada tanto em um sentido subjetivo, formal ou orgânico, designando os entes que exercem a atividade administrativa (administração direta ou indireta), quanto em um sentido objetivo, material ou funcional, referindo-se à atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob o regime jurídico de direito público, para consecução dos interesses coletivos (GUADANHIN, 2018, p.145).

A administração pública objetiva sempre colocar o interesse público em preferência, com relação ao interesse pessoal e para que isso ocorra, é dada à Administração Pública, uma série de poderes para que possam realizar tarefas administrativas, a saber, poder regulamentar, poder disciplinar, poder hierárquico e poder de polícia.

3.1 Do Bem Jurídico Tutelado e Aplicação Penal Subsidiária

O bem jurídico é todo aquele que merece a proteção do estado. Quando verificado um bem jurídico, cabe ao legislador, editar condutas, através de normas a fim de dar ao bem a devida proteção jurídica.

Percebe-se que a validade do bem jurídico surge somente quando alguém cause lesão ou coloque o bem jurídico efetivamente em perigo, não devendo ser considerada típica a mera compreensão dos fatos à descrição legal, sob pena de incidência do Princípio da Insignificância.

Nesse sentido leciona Gustavo de Carvalho:

O bem jurídico é, portanto, um elemento da própria condição do sujeito e da sua proteção social, ou seja, só vale enquanto se insere como objeto orientado à proteção da pessoa, incorporando à norma um valor como seu objeto de preferência e formando um elemento primário da estrutura do tipo, isto é, um objeto de referência, o qual condiciona a validade dessa norma e subordina sua eficácia a um procedimento que demonstre que ele tenha sido lesado ou efetivamente posto em perigo. É este viés do bem jurídico que fundamenta que, em concreto, haja uma lesão substancial a ele, para que não seja considerada típica a mera subsunção dos fatos à descrição legal, sob pena de incidência do princípio da insignificância (GUADANHIN, 2018, p.136).

Devemos observar que quando se trata de Direito Penal, há a proteção do bem jurídico mediante desobediência e aplicação de sanções legais tipificadas no código que são derivadas do caso concreto, observando-se critérios como, da culpabilidade e ofensividade. Já na esfera administrativa as funções expressam-se normalmente por medidas de controle, sejam pela própria atividade realizada ou da atividade realizada forma descentralizada. Esse controle é meramente informativo e caso haja seu descumprimento pode ensejar sanção administrativa.

Destaca-se as sábias palavras de Gustavo de Carvalho sobre o assunto.

Ponto importante são as mencionadas tentativas de estabelecimento de diferenças entre o ilícito administrativo e o penal. Avançando no tema, além de não serem nem ontológicas nem quantitativas, tais distinções são de ordem qualitativas, residindo em um critério teleológico, pois, enquanto o

Direito Penal buscar a proteção de bens determinados em casos concretos, estando diante, necessariamente, de bens jurídicos e informado por critérios de ofensividade e culpabilidade, no âmbito administrativo, podem ser tuteladas situações de mera desobediência, relacionadas a meras funções, uma vez que se procura ordenar, de modo geral, determinados setores de atividade, com sanções regidas pelo critério da oportunidade. Não se olvida com isso que haja bens jurídicos que transitem em ambos os subsistemas, hipótese e que devem ser realçados os critérios quantitativos da sanção, dentro de uma decisão de política criminal. (GUADANHIN, 2018, p.138).

Noutro giro, a respeito das punições para eventuais ilegalidades do funcionário público, temos que o direito administrativo disciplinar tem por objetivo principal controlar a relação jurídica que existe entre os servidores públicos ativos e a Administração Pública, inclusive fixando penalidades em razão do descumprimento dos deveres e das proibições previstas na legislação.

O Poder Disciplinar trata da atribuição pública de aplicação de sanções àqueles que estejam sujeitos à disciplina do ente estatal. Com efeito, é o poder de aplicar sanções e penalidades, apurando infrações dos servidores ou outros que são submetidos à disciplina da Administração, ou seja, a todos aqueles que tenham vínculo de natureza especial com o Estado, como é o exemplo daqueles particulares que celebraram contratos com o Poder Público. A função deste poder é sempre aprimorar a prestação do serviço público punindo a malversação do dinheiro público ou atuação em desconformidade com a lei.

Sendo assim, a doutrina costuma apontar que o Poder Disciplinar pode decorrer do Poder Hierárquico, haja vista tratar-se a hierarquia de uma espécie de vinculação especial, mas também pode decorrer dos contratos celebrados pela Administração Pública, sejam regidos pelo direito público ou pelo direito privado (CARVALHO, 2015, p.29).

Destaca-se, ainda, no artigo 4º no Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro De 1942 que disciplina sobre a introdução às normas do direito brasileiro, a seguinte redação:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Ainda, a Lei nº 8.112, de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis na Administração Pública direta e indireta, sendo certo que a referida legislação é omissa em diversos assuntos de natureza disciplinar.

Diante desse contexto e considerando as lacunas do referido diploma legal, o operador do direito pode aplicar subsidiariamente (de forma analógica) os princípios e as normas de Direito Penal no caso concreto a ser analisado pela Administração Pública.

Diante disso, segue os dizeres de Flavio Tartuce:

A analogia é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo inicial de atuação.

[...]

A analogia pode ser assim classificada, na esteira da melhor doutrina:

Analogia legal ou legis – é a aplicação de somente uma norma próxima, como ocorre nos exemplos citados.

Analogia jurídica ou iuris – é a aplicação de um conjunto de normas próximas, extraindo elementos que possibilitem a analogia (TARTUCE, 2017).

Assim, pode-se perceber que a tutela da Administração Pública, sendo importante para certificar as garantias individuais da pessoa humana, possui, além de funções, bens jurídicos possíveis de proteção penal e, com isso, torna-se possível analisar o grau a que foram expostas no caso concreto.

3.2 Princípio da Moralidade Administrativa

O princípio da moralidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal de 88, diz:

Art. 37 A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia [...].

O princípio da moralidade, ao contrário do conceito de moral comum, define conjunto de atos, especificadamente do agente público, voltados para a boa administração e não para discutir a ética, entre bem e o mau.

A moralidade administrativa, abarca diversos conteúdos, tais como, ética, honestidade, Probidade, Boa-fé, Lealdade, Decoro.

Seguindo esse entendimento temos os dizeres de Alexandre Mazza:

O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis. (Mazza, 2018, p. 123).

Temos ainda, a lei do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (9784/99), no artigo segundo – A, parágrafo único, inciso quarto:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

Devemos observar também, Lei nº 8.112/90 que Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, precisamente em seu artigo 116 que preceitua:

Art 116 :São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

É notória a importância da moralidade administrativa que deve possuir o Agente Público durante, principalmente, a prática das atividades vinculadas a administração pública. Diante disso, a moral administrativa é norteada para uma distinção prática entre a boa e a má administração, trabalhando consigo a ideia do bom administrador.

3.3 Dos Crimes da Administração Pública

Os crimes da administração pública estão tipificados no código penal que por

sua vez é utilizado de maneira subsidiária a lei da Administração Pública, pois, como narrado anteriormente, é insuficiente.

São diversos os crimes localizados no Código Penal, podendo serem localizados no título XI, iniciando no artigo 312, terminando no 359. Apesar da diversidade, será abordado somente um rol específico suficiente para esclarecer a divergência jurisprudencial existente diante da aplicação ou não do princípio da insignificância.

Destaca-se a existência de cinco capítulos abordando os crimes voltados especificamente para a administração pública, a saber, dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, dos crimes contra a administração da justiça e dos crimes contra as finanças públicas.

3.3.1 Peculato

O primeiro crime que iremos abordar é o Peculato, sendo legalmente tipificado a seguir:

Art.312: apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio

Ao ler a tipificação penal do crime de peculato, percebe-se que se trata de um crime funcional, pois é necessário a existência de condição para que o crime ocorra, sendo, nesse caso, obrigatório que a pessoa que comete o crime seja funcionário público ou pessoas a ele equiparada.

Noutro giro, ao pensar qual seria o bem jurídico tutelado nesse caso, ensina Fernando Capez, que o crime Peculato “Tutela-se, principalmente, a moralidade da Administração Pública, bem como seu patrimônio. Protege-se, eventualmente, o patrimônio do particular quando este estiver sob a guarda daquela” (CAPEZ, 2018, p. 462).

Ressalta-se que a consumação para este crime ocorre no momento em que o criminoso transforma a detenção sobre o dinheiro valor ou outra coisa móvel em domínio, ou seja, quando passa a agir como se dono da coisa fosse.

Nessa afirmativa, observa-se o seguinte julgado (RHC 10845 / SP).

CRIMINAL. RHC. PECULATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. DELITO FORMAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I. O delito de peculato-apropriação consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc., não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito. II. A expressão posse, utilizada no tipo penal do art. 312, caput, do Código Penal, não deve ser analisada de forma restrita, e sim, tomada como um conceito em sentido amplo, que abrange, também, a detenção. Dessa forma, o texto da lei aplica-se à posse indireta, qual seja, a disponibilidade jurídica do bem, sem apreensão material. III. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. IV. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu. Recurso desprovido.

No que tange o princípio da insignificância, parcela da doutrina, bem como o Supremo Tribunal Federal possuem o entendimento de que é perfeitamente aplicável ao presente caso esse princípio, visto que a depender da conduta do agente, seria qualificada como ínfima e, portanto, o Direito Penal somente deve ser utilizado quando as condutas tipificadas sejam realmente capazes de causar dano.

Seguindo esse raciocínio, sabiamente leciona Fernando Capez.

Princípio da insignificância: no crime de peculato, assim como no crime de apropriação indébita ou furto, incide o princípio da insignificância. O Direito Penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado; os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. Somente a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta. Dessa forma, o funcionário que leva consigo o grampeador de papéis ou um calhamaço de folhas pertencentes à repartição pública não comete o delito em estudo, em face da insignificância da lesão (CAPEZ, 2018, 474).

Ainda, temos o julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 104286/SP), que concedeu habeas corpus para aplicação do princípio da insignificância em favor do ex-prefeito que, no exercício de suas atividades funcionais, utilizara-se de máquinas e caminhões de propriedade da prefeitura para efetuar terraplanagem em terreno de sua residência.

HABEAS CORPUS. 2. EX-PREFEITO CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI 201/1967, POR TER UTILIZADO MÁQUINAS E CAMINHÕES DE PROPRIEDADE DA PREFEITURA PARA EFETUAR TERRAPLANAGEM NO TERRENO DE SUA RESIDÊNCIA. 3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA.

Neste caso, concluiu-se que é plausível a aplicação do referido princípio, uma vez que, dado o serviço prestado, se contabilizado, não ultrapassaria a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais).

Igualmente, entendeu a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal pela concessão de habeas corpus para aplicação do princípio da insignificância no julgado (HC 107370/SP), que se segue:

HABEAS CORPUS. 2. SUBTRAÇÃO DE OBJETOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, AVALIADOS NO MONTANTE DE R\$ 130,00 (CENTO E TRINTA REAIS). 3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, CONSIDERADOS CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 4. ORDEM CONCEDIDA.

Percebe-se que, diante da tese defensiva apresentada, o Supremo Tribunal Federal acolheu o pedido e ressaltou que, em casos análogos, o mesmo verificou, por inúmeras vezes, a possibilidade de aplicação do referido postulado.

Verifica-se, que a doutrina e o Supremo Tribunal Federal observam o caso concreto e admitem a aplicação do princípio da insignificância quando verificado que o dano causado é inexpressivo ou até mesmo não há lesão a norma, configurada pela atipicidade na conduta.

Ocorre, porém, que o Supremo Tribunal de Justiça, tem entendimento totalmente contrário à parcela da doutrina e ao Supremo Tribunal Federal quando,

entende pela não aplicação do referido princípio quando se trata de crimes praticados contra a Administração Pública, salvo raras exceções.

Afirmando, segue o julgado do Supremo Tribunal de Justiça (HC 50.863/PE):

HABEAS CORPUS. PECULATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade. 2. O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar de sua seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora. 3. Trata-se, na hipótese, de crime em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, tornando irrelevante considerar a apreensão de 70 bilhetes de metrô, com vista a desqualificar a conduta, pois o valor do resultado não se mostra desprezível, porquanto a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral da Administração. 4. Ordem Denegada.

Para o Supremo Tribunal de Justiça, entende-se que o bem jurídico tutelado, na grande maioria das vezes, é, além do aspecto material, a moralidade da Administração e, portanto, não merece a aplicação do princípio da insignificância.

3.3.2 Corrupção Passiva e ativa

Prevê o art. 317, caput, do CP, que “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”, configura crime de corrupção passiva.

Já a corrupção ativa, está prevista no artigo 333 do Código Penal, quando “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

O crime de corrupção passiva, busca coibir que o funcionário público obtenha qualquer vantagem, por menor que seja, utilizando-se do seu cargo, protegendo o

funcionamento da Administração pública.

Nesse sentido ensina Fernando Capez.

Procura-se com o dispositivo penal impedir que os funcionários públicos passem, no desempenho de sua função, a receber vantagens indevidas para praticar ou deixar de praticar atos de ofício. A corrupção afeta o correto desempenho da função pública e, por conseguinte, o desenvolvimento regular da atividade administrativa. Busca, portanto, o dispositivo proteger o “funcionamento normal da Administração Pública, de acordo com os princípios de probidade e moralidade” (CAPEZ, 2018, p. 504).

Ainda, trata-se de crime de ação múltiplas cujo três são as condutas típicas previstas, a saber, solicitar, receber, ou aceitar a promessa de recebe-las, bem como é crime funcional, na qual faz-se necessária condição para cometê-lo.

A sua consumação, é formal, ou seja, ocorre ao solicitar, receber, ou aceitar a promessa de recebe-las, bem como explica Fernando Capez:

Trata-se, como no delito de concussão, de crime formal; portanto a consumação ocorre com o ato de solicitar, receber ou aceitar a promessa de vantagem indevida. Na ação de solicitar não é necessário que o particular efetivamente entregue a vantagem indevida para que o crime se repute consumado. Também se prescinde que o funcionário, ao aceitar a promessa, posteriormente receba a vantagem. O tipo penal não exige que o funcionário pratique ou se abstenha da prática do ato funcional. Se isso suceder, haverá mero exaurimento do crime, o qual constitui condição de maior punibilidade (CAPEZ, 2018, p. 511).

O crime de corrupção ativa, é, ao contrário, cometido pelo particular em face do funcionário público e sua consumação ocorre com o simples oferecimento da vantagem indevida ao funcionário público.

Todavia, o bem jurídico tutelado se assemelha ao crime anterior, sendo a proteção da moralidade da administração Pública e o regular desempenho da função pública.

Afirma, Fernando Capez, sobre o assunto:

O tipo penal visa a proteção da moralidade da Administração Pública e o regular desempenho da função pública, os quais são colocados em risco com a corrupção. Assim, na corrupção passiva busca-se evitar que os funcionários públicos passem, no desempenho de sua função, a receber vantagens

indevidas para praticar ou deixar de praticar atos de ofício; já na corrupção ativa visa-se evitar a ação externa, isto é, do particular que promove a corrupção na Administração (CAPEZ, 2018, p. 589).

Neste crime, não é necessário o resultado naturalístico para sua consumação, uma vez que segundo Fernando Capez “a consumação se dá com a simples oferta ou promessa de vantagem indevida por parte do extraneus ao funcionário público, isto é, quando chega ao conhecimento deste, independentemente de ele aceitá-la ou recusá-la” (CAPEZ, 2018, p. 592).

Assim, como em ambos os crimes, verifica-se que o bem jurídico tutelado é a moralidade da administração pública, o Supremo Tribunal de Justiça entende pela não aplicação do princípio da insignificância, todavia o Supremo Tribunal Federal e parcela da doutrina, entendem ser possível a aplicação do referido princípio, se ao analisar o caso concreto, verificar atipicidade material da conduta.

3.3.3 Emprego Irregular de Verbas ou Rendas Públicas

Dispõe o art. 315 do CP: “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

Trata-se de outro crime praticado contra a administração pública em geral, cujo objeto jurídico não difere dos demais já narrados, sendo o bem jurídico tutelado a regularidade da atividade da Administração Pública.

Como bem menciona Fernando Capez:

Tutela-se, mais uma vez, a regularidade da atividade da Administração Pública, especialmente no que diz respeito ao emprego de verbas ou rendas públicas. Objetiva a lei penal impedir: [i] que os funcionários públicos deem às verbas [públicas] aplicação diversa de sua destinação legal, isto é, transfiram, irregularmente, a verba previamente destinada a um serviço público para outro serviço; [ii] que os funcionários empreguem rendas públicas sem autorização legal. Se não houvesse sanção penal, ficaria ao alvedrio daqueles escolher os serviços públicos merecedores da aplicação das verbas ou rendas [públicas], o que traria sérios transtornos ao desenvolvimento regular da atividade administrativa, dado que determinados serviços deixariam de ser prestados ou seriam morosamente prestados, e outros seriam beneficiados (CAPEZ, 2018, p. 357).

Como bem narrado pelo próprio Fernando Capez, este crime consuma-se “com a aplicação das verbas ou rendas públicas de forma diversa da estabelecida em lei, isto é, com o efetivo emprego irregular das mesmas, sendo prescindível que ocorra danos ao erário” (CAPEZ, 2018, p.234), bem como, ressalta-se que em caso de Estado de Necessidade, o crime não será constituído.

Como bem comunica Fernando Capez, “Estamos diante de um crime próprio. Dessa forma, sujeito ativo é o funcionário público que tem o poder de dispor de verbas ou rendas públicas” (CAPEZ, 2018, p. 491).

Portanto, novamente, os Supremos Tribunais divergem seus entendimentos, enquanto o Supremo Tribunal de Justiça é Rígido quanto a não aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal aceita sua aplicação a depender do caso concreto, sempre averiguando a tipicidade, ou melhor, atipicidade da conduta, bem como os outros requisitos para aplicação do princípio da insignificância, a saber, mínima ofensividade da conduta; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica.

3.3.4 Descaminho

A previsão legal deste tipo incriminador, encontra-se no artigo 334, do Código Penal, que dispõe, “Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: pena reclusão, de 1(um) a 4(quatro) anos”.

Na mesma perspectiva, instrui Fernando Capez:

O descaminho diz respeito à fraude utilizada pelo agente no intuito de evitar, total ou parcialmente, o pagamento dos impostos relativos à importação, exportação ou consumo de mercadorias, que no caso são permitidas. Ressalve-se que o imposto relativo ao consumo de mercadorias não mais subsiste em nossa legislação com essa denominação (CAPEZ, 2018, p. 596).

A título de exemplo, quando o agente adquire mercadoria no exterior e as traz para o Brasil, deveria realizar o pagamento de Tributos e quando não é realizado, ou

seja, quando há uma omissão ao pagamento desses tributos, o bem jurídico lesionado acaba por ser o tesouro, pois o Estado deixa de arrecadar determinadas quantias financeiras. Percebe-se, portanto, que a moralidade administrativa acaba não sendo objeto de tutela nesse caso e, sim, o tesouro e os bens do Governo.

Dispõe sobre o assunto, Fernando do Capez ao afirmar que, “descaminho, tutela-se a Administração Pública, em especial o erário público, uma vez que no descaminho o Estado deixa de arrecadar os pagamentos dos impostos de importação, exportação ou consumo” (CAPEZ, 2018, 596).

O crime de Descaminho se consuma quando ocorre a liberação das mercadorias, sem o pagamento dos impostos ou direitos relativos a ela, sendo, fator imprescindível a existência de Dolo na conduta do agente.

Ao analisar o dispositivo legal, nota-se a desnecessidade de o crime ser cometido por um agente público. Necessário é, tão somente, que o crime ocorra em desfavor da Administração Pública, pouco importando se o agente é Funcionário Público ou não. Portanto, juridicamente falando, não se trata de crime Funcional, cabendo a qualquer um as devidas sanções por cometê-lo.

Verifica-se, topograficamente, que o tipo penal está localizado no Capítulo II referente aos crimes praticados por particular contra a administração pública.

Sobre a aplicação do princípio da insignificância no crime de Descaminho, atualmente, a forte Doutrina, o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça entendem positivamente pela sua aplicação, desde que observada a existência dos requisitos. Fato é que no referido crime, há o entendimento que a moral pública não está sendo lesada e, portanto, até o STJ aceita sua aplicação como uma exceção.

Ressalta-se que o Direito Penal, não deve se preocupar com crimes de menor potencial ofensivo, que são incapazes de lesionar o bem jurídico tutelado, neste caso, o tesouro.

Análogo ao que foi exposto, entende Fernando Capez:

O Direito Penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Somente a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta. Na hipótese de crime de descaminho de bens, em que o débito tributário e a multa não excederem determinado valor, a Fazenda Pública se recusa a efetuar a cobrança em juízo, nos termos da Lei n. 9.469/97, sob o argumento de que a irrisória quantia não compensa a instauração de um executivo fiscal (CAPEZ, 2018, p.601).

Via de Regra, o STJ é radical ao afirmar que não cabe a incidência do Princípio da Insignificância contra crimes praticados em desfavor da Administração Pública, todavia, excepcionalmente, entende pela aplicação no caso do crime de Descaminho visto que essa possui diferencial, conforme bem informe Fernando Capez a seguir:

O que levou o Superior Tribunal de Justiça a considerar atípico o fato por influxo do princípio da insignificância. No delito de descaminho, de inegável natureza fiscal, a lesividade da conduta deve ser aferida em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. Assim, conforme a Lei n. 9.469/97, nos créditos inferiores a mil reais a Fazenda Pública está dispensada de propor ação para cobrá-los. Consequentemente, se o tributo devido, calculado com base na alíquota de 50% [art. 14 da Instrução Normativa n. 17, de 6/10/1998] sobre o valor que excedeu a quota de isenção, cento e cinquenta dólares americanos [art. 6o, III, da referida instrução], não ultrapassou o quantum de mil reais, reconhece-se a insignificância do valor para descriminação da conduta (CAPEZ, 2018, p. 602).

No mesmo sentido, o seguinte julgado (REsp 221489 PR):

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO (ART.334, caput, segunda figura, do Código Penal). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU. O ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida autoriza a aplicação do princípio da insignificância, descaracterizando o crime de descaminho. Se o valor do tributo incidente sobre os bens apreendidos não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00 [um mil reais], incensurável a decisão a quo que, em analogia à legislação fiscal [Lei 9469/97, art.1º; e MP 1543/28/97, art.20], aplicou o princípio da insignificância ao caso sub examine. Recurso especial conhecido apenas pela alínea c.

Diante do baixo valor da mercadoria, é aceita a aplicação deste princípio, descaracterizando o crime de descaminho, temos ainda, o entendimento do Supremo

Tribunal Federal julgado (HC 126658 MG):

HABEAS CURPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ARTIGO 20 DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/2004. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no artigo 20 da lei 10.522/2002, com redação dada pela lei 11.033/2004. II Ordem concedida para determinar, reconhecendo-se a atipicidade da conduta, determinar o trancamento da ação penal. No caso em apreço, o suposto débito tributário perfaz um valor abaixo do que estabelecido para o arquivamento dos autos das execuções fiscais, motivo pelo qual se revela aplicável o princípio da insignificância. Por fim, ressalto que, em consulta ao sítio do TRF da 1ª região, não foram encontradas outras ações penais em que os pacientes figurem como réus, afastada, portanto, a hipótese de possível reiteração delitiva. Ante o exposto, com base no artigo 192, caput, do RISTF, concedo a ordem para restabelecer a decisão de primeiri grau, que rejeitou a denúncia com o fundamento no artigo 395, inciso III, do código de Processo Penal. Publique-se. Brasília, 11 de março de 2015. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.

Diante dos julgados do Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e diante dos ensinamentos de autores renomados, é incontroversa a aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, quando evidente a ausência de pagamento de imposto incidente em mercadorias estrangeiras que sejam inferiores ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), bem como presente os requisitos para aplicação do princípio da insignificância.

Importante salientar, que a Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda ampliou para R\$ 20.000,00 o valor mínimo para iniciar a execução fiscal de um crédito tributário. Tal patamar, se deslocado para o Direito Penal, exclui a tipicidade material por força do princípio da insignificância.

Art. 1º da Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 [mil reais]; e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 [vinte mil reais].

Sobre o valor mínimo, aplicam em seus julgados no mesmo patamar, ou seja, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) os Supremos Tribunais, podendo ser observado sua aplicação prática no julgado do STJ sobre o assunto (REsp n. 1.112.748/TO):

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N.157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAUS DE DESCAMINHO CUJO O DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 [DEZ MIL REAIS]. ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF – R\$20.000,00 [VINTE MIL REAIS]. ADEQUAÇÃO. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO – tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n.75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522.2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. 3. Recurso especial improvido. Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada

O descaminho é, atualmente, o único crime em que a aplicação do princípio da Insignificância é pacífico perante os doutrinadores mais renomados, para o Supremo tribunal Federal e, como situação excepcionalíssima, para o Supremo Tribunal de Justiça, por se tratar de um crime praticado por particular contra a administração pública, que possui lei Própria regendo e removendo a atipicidade da conduta para aqueles que praticarem o delito caso o débito tributário não pago, seja inferior ao montante de vinte mil reais, pois a instauração de ação executiva fiscal é prejudicial aos cofres públicos diante de valor irrelevante.

4 DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E VISÃO JURISPRUDÊNCIAL

Primeiramente, conceituando jurisprudência, temos que é um conjunto de decisões, aplicações e interpretações da lei. Ou seja, após verificar a existência de diversos julgados proferidos num mesmo sentido sobre determinada matéria ou de uma instância superior como STF ou STJ, cria-se um entendimento mais justo sobre determinado tema que deve ser tomado como referência para futuras decisões similares. Trata-se da analogia das leis aplicadas ao caso concreto.

Nesse sentido temos as sábias palavras de Miguel Reale:

Pela palavra "jurisprudência" [*stricto sensu*] devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. É a razão pela qual o Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento (REALE, 2001, p.158).

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, denomina-se súmula a interpretação pacífica ou majoritária adotada por um Tribunal sobre tese jurídica discutida, a partir do julgamento de diversos casos análogos, com a dupla finalidade de tornar pública a jurisprudência para a sociedade bem como de promover a uniformidade entre as decisões. A súmula é criada quando verificada decisões reiteradas de uma mesma jurisprudência.

Podemos dizer que as súmulas são como que uma sistematização de prejulgados, ou, numa imagem talvez expressiva, "o horizonte da jurisprudência", que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da 165 Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo (REALE, 2001, p.165-166).

Destaca-se que as súmulas do STJ não possuem efeito vinculante, isto é, não são de aplicação obrigatória pelos ministros ou por outros tribunais e juízes. Noutro giro, o art. 103 da Constituição preceitua que o STF poderá aprovar súmulas com

efeito vinculante da seguinte forma:

Art. 103 - A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a provação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade.

§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que a julgando procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

No entanto, o Princípio da insignificância é amplamente aplicado nos casos concretos quando verificada a atipicidade material do crime no Direito Penal, todavia, a respeito da sua aplicação nos crimes contra a administração pública, não se trata de um princípio com aplicação passiva, pois o que é levado em conta pelos magistrados, quando julgadores, é o bem jurídico atingido que, por sua vez, se trata da moral administrativa.

Ressalta-se, então, o entendimento Doutrinário a respeito da possibilidade ou não da aplicação desse princípio nos crimes praticados contra a administração pública e, sim, os doutrinadores mais renomados, apesar de citar entendimentos contrários, ainda são a favor da aplicação do referido princípio quando verificada que a conduta do agente não cause lesão significativa ao bem jurídico tutelado, ainda que contra a administração pública.

Assim, além da exposição de Renomados Doutrinadores anteriormente expostos acerca do tema, temos complementarmente o entendimento de Gustavo de

Carvalho:

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

Por meio dessa diferenciação, deixa-se evidenciado que, para quase todas as figuras típicas incriminadoras, o princípio da insignificância é aplicável quando a ofensa for pífia, pois essa avaliação pode ocorrer com qualquer bem jurídico, o que engloba os delitos contra a Administração Pública (GUADANHIN, 2018, p.151-152).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, no que tange aos crimes contra a administração, apesar de não ser unânime, Cleber Masson, outro renomado autor, afirma ser possível a incidência, ao exemplificar:

Imagine-se, por exemplo, a existência de peculato na apropriação de uma folha de papel em branco, ou, ainda, de um clipe de metal, hipóteses de crime contra a Administração Pública nas quais, em nossa opinião, o postulado excepcionalmente tem incidência. (MASSON, 2012, p. 27)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, possui os ideais para aplicação do princípio da insignificância alinhado à maneira como a forte parcela dos Doutrinadores pensam sobre o assunto, senão vejamos o julgado abaixo, que entendeu pela aplicação do Princípio da Bagatela, mesmo em se tratando de um crime contra a Administração Pública (HC 112.338 SP):

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.

O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, não aceita a aplicação do referido princípio nos crimes praticados contra a administração pública. Em síntese, afirma que, nesses crimes, a moral administrativa sempre é atingida, independente de quem o praticou e qual bem jurídico foi realmente lesado, logo, não há que se falar em ausência de dano ao bem jurídico.

Nesse Sentido, temos o julgado a seguir (AgRg AREsp: 342908 DF):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, firme no sentido de que não se aplica, em regra, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ressalta-se, ainda, que diante dos reiterados julgados no mesmo sentido pelo Supremo Tribunal de Justiça, sendo todos em desfavor da aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, em 20 de novembro de 2017, foi aprovada, perante a Corte Especial do STJ, a súmula 599, que regula sua inaplicabilidade, conforme a seguir exposto:

Súmula 599-STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública

Conforme súmula supramencionada, ainda que o valor da lesão causado em desfavor da Administração pública seja ínfimo, o Supremo Tribunal de Justiça entende pela não aplicação, havendo, porém, uma exceção jurisprudencial.

Tal exceção consiste, como já explicado no capítulo anterior, somente para o

delito de Descaminho, quando for lesado o bem jurídico em quantia inferior à R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), uma vez que a própria lei que regimenta o crime, considera tal conduta atípica.

Por fim, verifica-se que a doutrina e o STF são a favor da aplicação do referido princípio e o STJ é contra. Por um lado, o bem jurídico tutelado por diversas vezes não é lesionado o suficiente (tipicidade material) para provocar as medidas contidas no Direito Penal e, por outro lado, temos um tribunal que independente do crime, se cometido contra a administração pública (salvo exceção), irá atingir a moral administrativa, devendo o agente, nesse caso, ser devidamente punido.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que os Supremos Tribunais tratam o princípio abordado de maneira não parcial, quanto a sua aplicação aos crimes contra a Administração Pública, ou seja, há uma clara divergência de posicionamento, sendo que em alguns casos é possível verificar decisões aceitando a aplicação e em outras não.

Assim, é quase que obrigatório levar em consideração o caso concreto, observando em cada caso, o princípio da moralidade administrativa, localizado no artigo 37, *caput*, da Constituição da Federal e o grau de lesão causado no bem jurídico em análise. Observa-se que é imprescindível fazer atenção aos critérios que orientam a aplicação do referido princípio, a saber, mínima ofensividade da conduta, inexistência da periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Verifica-se, portanto, se tratar de análise do caso (análise casuística), não deixando de lado a proporcionalidade, observando também que o Direito Penal moderno está voltado para o fato do autor e não o contrário, quer dizer que o fato/conduta delituosa, deve ser analisada e não o agente em si, sucede, portanto, que os parâmetros são objetivos.

Outro fator importante, que bate de frente com o entendimento do STJ pela sua não aplicação, é o fato de que no caso concreto, deve-se analisar se de fato a moral administrativa foi atingida, pois como vimos, no crime de peculato, praticado por particular contra a administração pública, nem sempre a moral é afetada e, portanto, seria possível a análise para futura utilização do referido princípio no caso concreto.

Por todo o exposto, feita a análise do caso concreto, se verificado que houve, de fato, dano à moral administrativa (princípio da moralidade), não pode ser invocada a aplicação do princípio da insignificância. Por outro lado, se não houver esse prejuízo à administração, claramente verificada nos crimes praticados por particulares contra a administração pública, deve ser afastada a tipicidade material da conduta, não havendo crime.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Carmen Lúcia (Ministro Relator) HC 107638 PE, Data de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011. Disponível em : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf>, acessado em 16/04/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. 16ª ed.** Saraiva, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo. 2ª ed.** Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, 14ª ed.** Editora Impetus, 2012.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da Insignificância - Uma Análise Dogmática e sua Aplicação nos Delitos contra a Administração Pública.** Curitiba: Editora Juruá, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. 3º Volume. 2ª. ed.** São Paulo: Editora Método, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo. 8ª ed.** Saraiva, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares De Direito. 25ª edição.** Editora Saraiva. 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma, RHC 10845 / SP, data de julgamento 13/03/2001, data da publicação 2001-04-23, disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2001-03-13;10845-387922>, acessado em 20/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5ª turma, REsp: 221489 PR 1999/0058788-0, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, data de julgamento 16/03/2000, data da publicação: 17/04/2000, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/358957/recurso-especial-resp-221489-pr-1999-0058788-0?ref=serp>, acessado em 20/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp: 342908 DF 2013/0167774-1, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 18/06/2014, Data de Publicação: 27/06/2014, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25172701/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-342908-df-2013-0167774-1-stj/inteiro-teor-25172702?ref=amp>, acessado em 25/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 468801 MG 2018 / 0235852-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/11/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data da Publicação: DJe 04/12/2018 disponível em <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2160750>, acessado em 20/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 50863 PE 2005/0203455-0, data de julgamento: 05/04/2006, sexta turma, data da publicação: 26/06/2006, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7154126/habeas-corporus-hc-50863-pe-2005-0203455-0-stj/relatorio-e-voto-12873034>, acessado em: 21/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1688878 / SP - SÃO PAULO, 2017/0201621-1, Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, data de julgamento: 28/02/2018, Terceira SEÇÃO, data da publicação: 04/04/2018, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562923785/recurso-especial-resp-1688878-sp-2017-0201621-1/relatorio-e-voto-562923809>, acessado em 20/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 112.338 SP, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento 21/08/2012, data da publicação: 14/09/2012, disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751590>,
acessado em 25/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 126658 MG 8621339-13.2015.1.00.0000,
Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, data de julgamento 11/03/2015, data da
publicação: 16/03/2015, disponível em
[https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178768988/habeas-corpus-hc-126658-
mg-minas-gerais-8621339-1320151000000?ref=serp](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178768988/habeas-corpus-hc-126658-mg-minas-gerais-8621339-1320151000000?ref=serp), acessado em 20/04/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC 104286 / SP - SÃO PAULO, data
de julgamento: 03/05/2011, data da publicação: 2011-05-20, disponível em
[https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc
:2011-05-03;104286-3895509](https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc:2011-05-03;104286-3895509), acessado em 20/04/2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro:
Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.