

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Pedro Luiz Ferreira de Almeida

O Princípio da Insignificância e a Improbidade Administrativa

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2020**

Pedro Luiz Ferreira de Almeida

O Princípio da Insignificância e a Improbidade Administrativa

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, subárea Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira.

SÃO PAULO
2020

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data _____

e-mail: pedroluizferreiradealmeida@gmail.com

A844

Almeida, Pedro Luiz Ferreira de

O Princípio da Insignificância e a Improbidade Administrativa. – São Paulo: São Paulo, 2020.

219 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, 2020.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Pimenta de Oliveira.

1. Improbidade Administrativa. 2. Princípio da Insignificância. 3. Corrupção. 4. Princípio Jurídico. I. Oliveira, José Roberto Pimenta. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito. III. Mestrado.

CDD 340

Pedro Luiz Ferreira de Almeida

O Princípio da Insignificância e a Improbidade Administrativa

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, subárea Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Dr. José Roberto Pimenta Oliveira (PUC-SP)

Dr. Ricardo Marcondes Martins (PUC-SP)

Dra. Irene Patrícia Nohara (USP)

*Dedico este trabalho
aos meus pais, Luis
Carlos e Janie, e ao meu
bem querer, Marina.*

Este trabalho foi financiado por meio de bolsa dissídio, com apoio da Fundação São Paulo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Senhor Jesus Cristo, de antemão, que me guiou e me iluminou durante todo o período do Mestrado. Sem a benção divina, esse projeto não teria sido possível.

Agradeço também aos meus pais, Prof. Dr. Luis Carlos Ferreira de Almeida e Profa. Dra. Janie Maria de Almeida, que, apesar de atuarem em áreas distintas (agronomia e enfermagem, respectivamente), contribuíram muito para despertar a minha paixão pelos estudos e pela pesquisa.

Um especial agradecimento para a minha noiva, meu bem querer, Marina Felix Pereira, que pacientemente me esperou para dormir durante tantas noites que passei em claro trabalhando ou estudando. O suporte dela foi fundamental e ela merece tanto mérito quanto eu pela conclusão deste mestrado.

O Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira merece meu agradecimento especial. Para demonstrar a importância do orientador para este mestrado, utilizarei uma analogia. Tal qual no futebol, o bom técnico deve extrair o melhor do jogador, por pior ou melhor que ele seja. Há inúmeros exemplos futebolísticos para tanto: Tite e Paulinho, Ceni e Gustagol, Osório e Pato, etc. O Prof. Dr. José Roberto, tal qual esses técnicos vitoriosos, conseguiu extrair o melhor desse orientando e, por essa razão, sou muito grato.

Os meus amigos, Daniel (Raphael), Larissa e Marchese, merecem meus agradecimentos. Sem amigos, a vida seria muito mais chata e monótona. Aos meus amigos, Alexandre Ginzal e Diogo Belozo fica o meu agradecimento, pois, além da amizade, contribuíram com comentários sobre o conteúdo da dissertação.

Agradeço aos professores Ricardo Marcondes Martins e André Luiz Freire, que participaram da banca da qualificação e fizeram apontamentos pertinentes e necessários para melhorar a dissertação.

Não posso deixar de mencionar a ajuda que tive do meu procurador, Sr. Luiz Eduardo Ferreira de Almeida, que, agindo em meu nome, resolveu diversos trâmites burocráticos relacionados com o programa do mestrado.

Por fim, pela ajuda e colaboração mútua durante todo o programa, agradeço aos meus amigos do mestrado: João Victor Galil, Antônio Carlos Serrano, Renan Facchinatto, Viviane Formigosa, Renata Lane, Paloma Pitre e Felipe Ebenau.

“Pleasure to me is wonder—the unexplored, the unexpected, the thing that is hidden and the changeless thing that lurks behind superficial mutability”.

(H. P. Lovecraft)

Almeida, Pedro Luiz Ferreira de. **O Princípio da Insignificância e a Improbidade Administrativa**. 2020. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

A pesquisa 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, é feita uma análise abordando o conceito do termo princípio jurídico e sua aceção sob a perspectiva dos penalistas e como o princípio da insignificância foi 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.

Almeida, Pedro Luiz Ferreira de. **The principle of insignificance and the administrative improbity**. 2020. 219 f. Dissertation (Master's Degree in Law). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

This research's goal is to determine whether the principle of insignificance, which was conceived in criminal law, is applicable for the liability for acts of administrative improbity. Therefore, it is analyzed the concept of principle, in the context of legal science, and 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.

ABREVIATURAS

AgIn	Agravo de Instrumento.
AgReg	Agravo Regimental.
ApCrim	Apelação Criminal.
CC	Código Civil, Lei 10.406/2002.
CF	Constituição Federal.
CGU	Controladoria Geral da União.
CP	Código Penal, Decreto-Lei 2.848/1940.
HC	Habeas Corpus.
LAC	Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013.
LIA	Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/1992.
MP	Ministério Público.
MPF	Ministério Público Federal.
MS	Mandado de Segurança.
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
OEA	Organização dos Estados Americanos.
ONU	Organização das Nações Unidas.
PAD	Processo Administrativo Disciplinar.
REsp	Recurso Especial.

STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
TACrim/SP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.
TCU	Tribunal de Contas da União.
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo.
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. Apresentação do tema.....	15
2. Justificativa, delimitação e objetivo	16
3. Método adotado	17
3.1. Da classificação.....	19
3.2. Da definição dos conceitos ora estudados.....	21
 CAPÍTULO I - PRINCÍPIO JURÍDICO	26
1. Considerações iniciais	26
2. Evolução do conceito de princípio	26
2.1. Conceito de princípio sob a perspectiva dos penalistas	31
3. Conclusão sobre o conceito de princípio jurídico	35
 CAPÍTULO II – <i>JUS PUNIENDI</i> E ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO.....	37
1. <i>Jus puniendi</i> estatal.....	37
2. Diversas facetas do <i>jus puniendi</i> : sistemas punitivos.....	40
2.1. Esferas de responsabilização punitivas	40
2.2. Identificação de um sistema punitivo.....	44
3. Princípios gerais e específicos.....	48
 CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DIREITO PENAL.....	55
1. Introdução.....	55
2. Regime jurídico aplicável no Direito penal.....	55
3. Características e princípios informadores do Direito penal.....	60
3.1. Princípio da intervenção mínima ou <i>ultima ratio</i>	61
3.2. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	63
3.3. Princípio da ofensividade.....	64
3.4. Caráter fragmentário do Direito penal	66
3.5. Princípio da proporcionalidade	68
3.6. Tipicidade penal	69
3.6.1. Evolução do tipo no Direito penal	70

3.6.2.	Tipo e fato típico	72
3.6.3.	Tipicidade	73
4.	O princípio da insignificância.....	75
4.1.	Nomenclatura: princípio da insignificância e crime de bagatela	76
4.2.	Origens do princípio da insignificância	77
4.3.	Conteúdo do princípio da insignificância.....	80
4.4.	Jurisprudência e o princípio da insignificância	84
4.5.	Crimes contra a Administração Pública	87
 CAPÍTULO IV – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA		93
1.	Considerações iniciais: corrupção	93
1.1.	Efeitos da corrupção	95
1.2.	Medidas de combate à corrupção	98
1.2.1.	Convenções internacionais	99
1.2.2.	Direito pátrio	105
2.	Improbidade Administrativa.....	111
2.1.	Regime jurídico	111
2.2.	Bem jurídico tutelado: moralidade e probidade administrativa	116
2.3.	Princípio da culpabilidade e o elemento subjetivo da conduta ímproba	124
2.4.	Princípio da tipicidade e improbidade administrativa.....	133
2.5.	Tipicidade material e improbidade administrativa.....	138
 CAPÍTULO V – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA		145
1.	O princípio da insignificância na improbidade administrativa.....	145
2.	Aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa	149
2.1.	Principais critérios de interpretação	149
2.2.	Momento em que a insignificância deve ser verificada	151
2.3.	Aplicação da insignificância aos tipos previstos na LIA	154
2.3.1.	Considerações iniciais: a qualificação do ato ímprobo.....	154
2.3.2.	Improbidade e enriquecimento ilícito (art. 9º, LIA)	157
2.3.3.	Improbidade e dano ao erário (art. 10 e 10-A, LIA).....	167

2.3.4. Improbidade e ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11, LIA)	179
3. O ato de improbidade de pequeno potencial ofensivo e o princípio da insignificância	189
3.1. A posição do MPF.....	192
4. Jurisprudência e o princípio da insignificância na improbidade administrativa	195
CONCLUSÃO.....	203
REFERÊNCIAS	213

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do tema

A Constituição Federal de 1988 (“CF”) introduziu uma forma de responsabilização inédita no Direito brasileiro. O seu art. 37, § 4º,¹ institui a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa. Nesse contexto, o ato de improbidade administrativa deixa de ser responsabilizado apenas na esfera política, passando a constituir uma nova esfera de responsabilização.

A Lei Federal 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa (“LIA”), foi promulgada com o intuito de regulamentar o dispositivo constitucional. A partir disso, a LIA tipifica quatro grandes tipos de improbidade administrativa, quais são: (i) os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, previsto no art. 9º, *caput*, e incisos; (ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, previsto no art. 10, *caput*, e incisos; (iii) atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, previsto no art. 10-A; e (iv) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, previsto no art. 11, *caput*, e incisos.

A redação das condutas tipificadas nos dispositivos legais é extremamente aberta, abrangendo uma grande quantidade de condutas. A partir disso, conforme será exposto, a doutrina e a jurisprudência trataram de criar requisitos para a verificação do ato de improbidade que vão além do que está previsto apenas no texto legislativo. Noções como tipicidade material, culpabilidade e ofensa qualificada ao bem jurídico surgem como instrumentos para restringir o alcance da LIA.

No Direito penal, as discussões sobre bem jurídico e materialidade da conduta ocorrem há mais tempo. Nesse campo punitivo, já foram desenvolvidos diversos princípios jurídicos que restringem a aplicação da lei penal sob diversos aspectos. Dentre eles, ganha relevância o princípio

¹ “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

da insignificância que incide sobre condutas que, apesar de formalmente típicas, não atentam de maneira substancial contra o bem jurídico protegido pelo Direito penal, afastando a tipicidade sobre essas condutas. Ou seja, em função desse princípio, a conduta sequer é considerada um ilícito penal.

A construção do princípio da insignificância se deu a partir da doutrina e, posteriormente, foi recepcionada pela jurisprudência. A doutrina pondera que tal princípio independe de previsão legal expressa, sendo uma decorrência de diversos outros princípios aplicáveis ao Direito penal.

Discute-se, dessa maneira, se seria possível aplicar o princípio da insignificância, do Direito penal, à improbidade administrativa. Todavia, a transposição do princípio só será possível se houver compatibilidade entre o seu conteúdo e o regime jurídico da improbidade administrativa. O tema desse estudo, portanto, é a relação do princípio da insignificância com a improbidade administrativa.

2. Justificativa, delimitação e objetivo

A relação do princípio da insignificância com a improbidade administrativa é um tema que deve ser enfrentado e elucidado.

Atualmente, muito se discute sobre o alcance da LIA sobre condutas que, na visão de muitos, são apenas meras irregularidades e ilegalidades. Nesse ponto, essas condutas, apesar de ilícitas, não são graves o suficiente para atingir o bem jurídico tutelado pela CF e pela LIA.

Todavia, os aplicadores do Direito não possuem consenso quanto ao tratamento legal sobre essas condutas. Se a LIA, como fruto da vontade do legislador, tipifica as condutas, poderia o aplicador do Direito afastar sua aplicação? Devem essas condutas, ainda que reconhecidamente de menor relevância, estarem sujeitas às sanções previstas no art. 12 da LIA? De fato, essas perguntas devem ser elucidadas para clarificar o tema e evitar a aplicação incorreta da LIA.

Em síntese, essas indagações podem ser solucionadas se verificada a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa. Assim, para não

desviarmos do foco do nosso estudo, iremos tão somente verificar se o referido princípio é aplicável à improbidade administrativa e, caso positivo, a forma como ele incide sobre a LIA.

Em última análise, a temática ora proposta orbita uma pergunta: o princípio da insignificância pode ser aplicado no âmbito da improbidade administrativa?

Para responder a essa pergunta, iremos verificar as causas e pressupostos que permitem que o princípio da insignificância exista no Direito penal e, posteriormente, verificaremos se essas causas e pressupostos existem, em maior ou menor extensão, no âmbito da improbidade administrativa. A metodologia a ser adotada será melhor explicada no próximo item.

3. Método adotado

A presente dissertação, conforme exposto, trata da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância do Direito penal à responsabilização por ato de improbidade administrativa. Apesar de haver princípios e regras aplicáveis à Teoria Geral do Direito e, portanto, aplicáveis tanto para o Direito penal quanto para a improbidade administrativa, essas esferas de responsabilização são distintas, possuindo suas características próprias que a diferem uma da outra.

Não há como responder à pergunta central da dissertação sem haver uma análise própria sobre esses dois ramos do Direito e as características que os definem. Evidentemente, o estudo dos diferentes temas e a forma como se relacionam aumentam o grau de complexidade da pesquisa. Irving M. Copi explica que o teste de verdade e validade de um argumento dificulta conforme os elementos componentes aumentam².

Para tanto, visando solucionar a questão posta, utilizaremos o método dedutivo, isto é, o método pelo qual se extrai uma conclusão a partir de suas premissas. Para Irving M. Copi, o método dedutivo é o mais adequado na investigação de um argumento mais extenso, deduzindo-se sua

² COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 259.

conclusão a partir das suas premissas, mediante uma sequência de raciocínios elementares, dos quais se saiba que cada um é válido³.

A utilização do método dedutivo pressupõe a verificação de validade de um argumento por meio de outro argumento que, por sua vez, também tem seu valor de verdade verificável pelo mesmo método.

No entanto, para evitar o *regresso infinito*⁴, conforme nomeia Alfred Tarski, partiremos de premissas postas como verdadeiras, os *axiomas*. Na lição de Tarski: “Algumas dessas afirmações, cuja verdade nos parece evidente, são escolhidas para ser as denominadas DECLARAÇÕES PRIMITIVAS ou AXIOMAS [...]; nós os aceitamos como verdadeiros sem os estabelecer de forma alguma” [tradução livre]⁵.

Nota-se que o axioma não é uma afirmação comprovadamente verdadeira ou universalmente aceita. Tratam-se apenas de premissas tidas como verdadeiras para fins da dissertação com o intuito de evitar o regresso infinito. Sem o estabelecimento de axiomas, poderíamos regredir infinitamente a discussão, chegando até mesmo a nos depararmos com perguntas como: o Direito penal deve existir? A LIA é constitucional? O constituinte originário acertou em incluir o art. 37, § 4º? O Brasil é um Estado de Direito? Evidentemente, essas perguntas são de pouca pertinência para o tema ora proposto, demonstrando o porquê devemos instituir as premissas iniciais, os axiomas.

Diante disso, as premissas adotadas para a presente dissertação são as seguintes:

- O princípio da insignificância é um princípio do Direito penal válido e aplicável, de modo que, no presente estudo, iremos analisar como ele é tratado no Direito penal, não propondo uma revisão da teoria ou do conceito desse princípio;

³ COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 259.

⁴ “In fact, when one tries to explain the meaning of an expression, then one necessarily uses other expressions; and in turn, to explain the meaning of these other expressions without entering into a vicious circle, one has to resort to still further expressions, and so on. We thus have the beginning of a process which can never be brought to an end, a process which, figuratively speaking, may be characterized as an INFINITE REGRESS” (TARSKI, Alfred. *Introduction to logic and to the methodology of the deductive sciences*. 4. ed. New York: Oxford University Press. p. 109).

⁵ “Some of these statements, whose truth appears to us evident, are chosen for the so-called PRIMITIVE STATEMENTS or AXIOMS [...]; we accept them as true without establishing them in any way” (Ibid. p. 110).

- A improbidade administrativa é uma modalidade de responsabilização válida e aplicável aos agentes públicos pela prática dos atos tipificados em lei;
- Os princípios jurídicos são dotados de normatividade;
- A análise sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância estará restrita à LIA.

A partir dessas premissas, procederemos à análise do princípio da insignificância no Direito penal, visando verificar quais características e fundamentos permitem sua existência e, posteriormente, passaremos a analisar a improbidade administrativa no Direito Brasileiro. Se os motivos que fundamentam a existência do princípio da insignificância no Direito penal são também existentes e coerentes com o regime jurídico da improbidade administrativa, poderemos concluir que ele é aplicável.

Em suma, a operação descrita acima é a classificação do Direito penal e da improbidade administrativa dentro da classe que terá como referencial a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância.

Evidentemente, conforme já demonstrado, existem outras semelhanças entre o Direito penal e a improbidade administrativa. Todavia, limitaremos a análise dessas semelhanças somente ao princípio da insignificância e ao que for necessário para responder à pergunta central. Abaixo, explicaremos a classificação e a definição como operações lógicas que empregaremos buscando solucionar a questão posta.

3.1. Da classificação

O ato de classificar significa agrupar elementos semelhantes dentro de uma mesma “classe”. O ponto de semelhança entre os elementos é o que permite o agrupamento desses mesmos elementos de uma classe criada. No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho conceitua a classificação:

Classificar é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes.⁶

Logo, uma classe é um conjunto que agrega diferentes elementos seguindo um critério de pertencimento. Desse modo, qualquer conjunto de objetos é suscetível de classificação, segundo algum critério de pertinência adotado pelo observador, não havendo limites para tanto. Sobre o conceito de classe, é de bom alvitre citar ensinamento de Lucas Galvão de Britto:

A classe é um conjunto *abstratamente* constituído para reunir certos elementos segundo um critério, a *pertinência* de um objeto a um dado conjunto é resultado de um juízo, binário (i.e. pertence ou não pertence, sem espaço para terceira possibilidade), sobre a propriedade (ou conjunto delas) em questão⁷.

Portanto, a extensão de uma classe e dos juízos de pertinência do conjunto é definida pelo agente classificador, não havendo limitações, visto que é uma tarefa abstrata. Lucas Galvão de Britto explica que as classes são construções intelectivas que não encontram correspondentes na natureza, elas residem na mente do agente.

Para o presente estudo, não pretendemos fazer uma análise aprofundada sobre a possível existência de uma "classe" que englobaria o direito sancionador como um todo, mas somente analisar se o princípio da insignificância, aplicável no Direito penal, é aplicável também na esfera de responsabilidade administrativa.

Nesse sentido, diante da problemática apresentada, a "classe" que pretendemos criar para a solução da questão é o conjunto das esferas de responsabilização no qual o princípio da insignificância se aplica. Em princípio, o conjunto só possui um elemento, que é o Direito penal. Posteriormente, iremos verificar se a improbidade administrativa também faz parte ou não dessa "classe". Em linguagem formalizada, o conjunto ora descrito é " $x \in P$ ", onde " x " é Direito penal, e " P " significa "Conjunto no qual aplica-se o princípio da insignificância".

Todavia, para uma devida classificação, é imprescindível operarmos uma *definição* para limitar o alcance e a aplicação de um conceito. Tal operação é necessária justamente para

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 117-118.

⁷ BRITTO, Lucas Galvão de. Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 321.

aclararmos qualquer vagueza ou ambiguidade que o conceito possa suscitar no que se refere à classe. Nesse sentido, Susanne Langer explica que ideias vagas ou concepções pessoais podem alterar o conceito do critério utilizado, devendo haver uma caracterização desse critério e suas condições: “Precisamos fixar o conceito antes que possamos decidir sobre a adequação de aplicá-lo a esse ou aquele indivíduo; e é a aplicação de um conceito que marca um indivíduo como membro de uma determinada classe” [tradução livre]⁸.

Para tanto, a definição é necessária para a verificação da extensão e das características que compõem o princípio da insignificância, bem como a definição e valoração dessas qualidades no âmbito do Direito penal e, posteriormente, a definição e o estudo da esfera de responsabilização administrativa visando verificar se esta possui essas qualidades e características.

3.2. Da definição dos conceitos ora estudados

Conforme exposto anteriormente, para a solução do problema apresentado é necessário identificar o significado, a extensão e os limites do princípio da insignificância, a forma como este incide sobre o Direito penal, identificando as características que permitem essa incidência, e a verificação da improbidade administrativa e se os atributos presentes na relação do princípio da insignificância também se repetem na improbidade administrativa.

Nesse sentido, a *definição* é a operação lógica idônea para cada uma das três etapas acima citadas. Sobre essa operação lógica, Paulo de Barros Carvalho ensina:

E definir é operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito. Com a definição, outorgamos à ideia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso⁹.

⁸ “We must fix the concept before we can decide on the propriety of applying it to this or that individual; and it is the application of a concept that marks an individual as a member of a certain class”. (LANGER, Susanne K. *An Introduction to Symbolic Logic*. 2. ed. New York: Dover Publications, 1953. p. 115-116).

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 120.

A definição de um conceito se dá mediante o uso de símbolos para se referir tanto ao objeto descrito (*definiendum*) quanto à sua descrição (*definiens*). Irving M. Copi elucida que a coisa a ser definida em si não se confunde com sua definição:

Convém observar que as definições são sempre símbolos, pois somente os símbolos têm significados que as definições explicam. Podemos definir a palavra ‘cadeira’, porque tem um significado; mas conquanto possamos sentar-nos nela, pintá-la, queimá-la ou descrevê-la, não podemos definir uma cadeira em si mesma, pois é um artigo de mobiliário, não um símbolo com um significado que devamos explicar¹⁰.

No presente caso, ao descrevermos o princípio da insignificância (*definiendum*), verificaremos o seu campo de aplicabilidade (*definiens*), isto é, os símbolos que, em conjunto, representam e formam o conceito do princípio. Para tanto, a definição a ser buscada é conotativa mediante gênero e diferença.

A conotação, ou intensão, de um significado se refere a todas as propriedades pertencentes aos objetos que se enquadram na extensão de um conceito. Evidentemente, ao definirmos o princípio da insignificância, queremos identificar justamente essas propriedades e características. Então, a definição conotativa, conforme esclarece Lucas Galvão de Britto, é aquela que visa dar os critérios para que se possam submeter os objetos da experiência à prova, ainda que não os conheçamos todos de antemão.¹¹

Por sua vez, a definição por gênero e diferença, comumente dita pelos estudiosos da lógica como o tipo “autêntico” de definição, ocorre quando se aloca um conceito dentro de um gênero maior, descrevendo as propriedades comuns dos elementos que compõem o gênero, e posteriormente, acrescenta-se na descrição a propriedade do conceito que o difere dos outros elementos do gênero. Paulo de Barros Carvalho formaliza¹² a operação descrita da seguinte forma:

$$(E = G + De)$$

¹⁰ COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 112.

¹¹ BRITTO, Lucas Galvão de. Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 342.

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 118.

Onde “E” significa “espécie”, “G” significa “gênero” e “De” significa “diferença específica”. A diferença específica, para o autor citado, é o nome do conjunto das qualidades que se acrescentam ao gênero para a determinação da espécie.

No mais, Irving M. Copi apresenta 5 regras a serem observadas na elaboração de definição por gênero e diferença, que são:

- i. Uma definição deve indicar os atributos essenciais da espécie; ou, em outras palavras, a definição deve estabelecer a conotação convencional do termo a definir;
- ii. Uma não definição não deve ser circular;
- iii. Uma definição não deve ser excessivamente ampla nem excessivamente estreita;
- iv. Uma definição não deve ser expressa em linguagem ambígua, obscura ou figura;
- v. Uma definição não deve ser negativa quando pode ser positiva.

Portanto, a partir das regras de definição apresentadas, a definição e a análise dos conceitos objetos de estudo do presente estudo serão feitas por meio da definição conotativa por gênero e diferença, visando esclarecer os limites e as extensões dos conceitos e a relação dos atributos constitutivos com seus significados.

Dessa forma, é seguro dizer que o tema proposto possui relevância e pertinência para seu estudo. Todavia, qualquer pesquisa científica deve ter seu objeto e escopo muito bem delimitados.

Nesse sentido, em consonância com o tema proposto do estudo da relação entre o princípio da insignificância e a improbidade administrativa, limitamos o escopo da pesquisa em somente verificar se essa relação existe e como ela ocorre.

Portanto, não há pretensão em questionar a aplicabilidade do princípio da insignificância no Direito penal. Tal princípio, conforme iremos demonstrar mais adiante, possui consagração doutrinária e jurisprudencial, sendo amplamente aplicado no Direito brasileiro.

A outra premissa diz respeito à própria autonomia da improbidade administrativa. Em suma, essa premissa serve para reconhecer que a responsabilização penal não se confunde com a

responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa. O que se busca, por meio do presente estudo, na verdade, é identificar quais traços diferenciam o Direito penal e a improbidade administrativa e, a partir disso, verificar se é possível a aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa.

É por isso que deverá ser feita uma análise sobre o próprio conceito de “princípio jurídico”. Por meio dessa análise será possível identificar qual a nota característica de cada princípio, para então partirmos para a análise do princípio jurídico da insignificância no Direito penal, com a finalidade de identificar se essas características são também aplicáveis no âmbito da improbidade administrativa.

E é por isso que a devida definição do princípio da insignificância permite identificar quais características permitem a aplicação desse no Direito penal e, posteriormente, através do mesmo método, procederemos à análise da relação dessas características com a improbidade administrativa.

Trata-se, em suma, do método dedutivo, portanto, iremos criar uma classe na qual o critério de pertinência é a aplicação do princípio da insignificância, de modo que, como pressuposto, sabemos que pelo menos o Direito penal está nessa classe.

Dessa forma, no Capítulo I, antes de tratarmos do princípio da insignificância em si, trataremos do conceito de princípio jurídico e de como a doutrina encara esse tema.

No Capítulo II, iremos trabalhar o conceito de *jus puniendi* e esferas de responsabilização, demonstrando nosso posicionamento sobre a unidade do poder punitivo estatal e a relação deste com os princípios gerais e específicos que limitam a atividade sancionatória.

No capítulo III, analisaremos os pressupostos e características do Direito penal, como seu regime jurídico e princípios informadores, para entender como o princípio da insignificância foi construído. Analisaremos não apenas os princípios e características do Direito penal que dão suporte à existência do princípio da insignificância, mas analisaremos também o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência ao referido princípio e sua aplicação nos crimes contra a Administração Pública.

No Capítulo IV, passaremos a tratar da improbidade administrativa, analisando a sua instrumentalidade na tutela da probidade administrativa e no combate à corrupção *lato sensu*. Iremos analisar o seu regime jurídico, o bem jurídico tutelado, os princípios incidentes e a atual concepção de tipicidade aplicável à LIA.

No Capítulo V, trataremos da aplicação do princípio da insignificância e de sua aplicação à improbidade administrativa, discorrendo sobre os principais critérios de interpretação, o momento em que a insignificância deve ser verificada, a diferença do ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo para o princípio da insignificância e, ao final, uma análise da posição da jurisprudência sobre o princípio da insignificância e a improbidade administrativa.

Posteriormente, apresentaremos, de maneira objetiva, nossas conclusões sobre o tema e o objeto de estudo da presente dissertação. Ao final, constará a bibliografia que utilizamos como referência e que citamos ao longo do texto.

CAPÍTULO I - PRINCÍPIO JURÍDICO

1. Considerações iniciais

Princípio jurídico não é um termo unívoco, possuindo diferentes conceituações e significados que variam a depender da doutrina jurídica que analise o tema. Apesar da multiplicidade de conceitos existentes para “princípio jurídico”, não há um conceito certo ou errado para essa palavra. Há, na verdade, o conceito que é utilizado e consagrado a depender do objeto estudado. Celso Antônio Bandeira de Mello bem esclarece “como ninguém é dono das palavras, pode-se atribuir este mesmo rótulo a outros objetos mentáveis”¹³.

No entanto, não é a pretensão do presente estudo propor um novo conceito de princípio jurídico. A finalidade dessa dissertação é verificar se é possível a aplicabilidade do princípio da insignificância penal à improbidade administrativa. Para tanto, cabe verificar, de antemão, qual é o conceito, extensão e significado de “princípio” nesse contexto.

Dessa forma, antes mesmo de adentrarmos na análise do princípio penal da insignificância, cabe verificar os conceitos existentes de princípio jurídico. O princípio jurídico é um conceito que habita a Teoria Geral do Direito, de modo que se extrairmos seus diversos conceitos, será possível verificar qual é o correto conceito aplicável ao princípio da insignificância.

Para tanto, abaixo, iremos expor a evolução e os diversos conceitos de princípio jurídico e o conceito adotado no presente estudo.

2. Evolução do conceito de princípio

A evolução do conceito de “princípio” para o Direito não segue uma classificação estanque e correta. Desse modo, diversos autores já propuseram suas classificações quanto à evolução desse

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 54, nota de rodapé 35.

conceito. Apesar de entendermos que essas classificações não são taxativas, possuem fundamental caráter didático e exemplificativo.

O constitucionalista Paulo Bonavides identifica três fases de conceituação para princípio, quais são: (i) fase jusnaturalista; (ii) fase positivista; e (iii) pós-positivista.¹⁴ Na fase jusnaturalista, os princípios não possuem normatividade explícita, de modo que possuem uma natureza de dimensão ético-valorativa dos postulados da justiça. Na fase positivista, os princípios possuem normatividade subsidiária, isto é, atuam como "*válvula de segurança*", que garante a aplicação da lei. Na fase pós-positivista, iniciada nas últimas décadas do século XX, os princípios passam a constar expressamente nas Constituições, acentuando a hegemonia axiológica dos princípios e convertendo-os em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o sistema jurídico.

Na classificação proposta por Ricardo Marcondes Martins,¹⁵ podemos verificar que a evolução do conceito de princípio jurídico passou por três grandes fases. Portanto, considerando os fins didáticos, apresentaremos essa classificação, mas nota-se que essas fases podem ser fungíveis e uma não pressupõe a superação científica da outra.

Na primeira fase, princípios eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes. Ricardo Marcondes Martins cita como exemplo as obras "*Princípios de Direito Administrativo*", do jurista Ruy Cirne Lima, e "*Princípios Gerais de Direito Administrativo*", de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que introduziam e estabeleciam as principais características do Direito Administrativo.

O caráter introdutório de princípio nesse contexto é evidenciado pelo fato de que esses autores não apresentam um conceito de princípio, mas descrevem os aspectos fundamentais do direito administrativo. Esses aspectos é que constituem os princípios.

Posteriormente, princípio jurídico passa a ter uma nova acepção. Princípio jurídico adquire significado técnico, passando a ser determinados enunciados do direito positivo dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 259 e seguintes.

¹⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 27-28.

a eles atribuída. Têm conteúdo normativo, pois fazem parte do sistema jurídico, são diretrizes ou vetores de interpretação de todas as normas jurídicas do sistema, mas não são normas jurídicas autônomas¹⁶.

No mesmo momento histórico, Miguel Reale apresenta um conceito de princípio que ilustra bem essa fase do conceito. Na lição do jurista, os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”¹⁷. Ou seja, para Miguel Reale, os princípios são os pressupostos e premissas de uma dada ciência.

Nesse sentido, toda ciência teria seus fundamentos e princípios que a sustentariam. Portanto, a Ciência do Direito teria seus princípios mestres e os princípios aplicáveis a cada ramo. Por exemplo, se no Direito Administrativo a obediência à legalidade estrita, o poder de polícia e a hierarquia na organização administrativa constituem princípios, no Direito penal, a impossibilidade de condenar alguém sem lei prévia, a tipicidade, a culpabilidade e a individualização da pena constituem princípios.

Martins esclarece que a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello marcou essa fase do conceito. Abaixo, transcrevemos o conceito dado por Bandeira de Mello:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁸

Geraldo Ataliba apresenta definição de princípio que apresenta noção semelhante. Para o jurista, os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontando os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente pelos

¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 27.

¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 987.

órgãos do governo, não podendo serem contrariados.¹⁹ Aqui, acentua-se o caráter normativo dos princípios como normas que vinculam a atividade estatal.

Roque Carrazza, autor do campo do Direito tributário, apresenta conceito para “princípio” e para “princípio jurídico”. O conceito de princípio se aproxima ao conteúdo de princípio da primeira fase, pois, na lição do autor, princípio “é começo, alicerce, ponto de partida. [...] é, ainda, pedra angular de qualquer sistema”.²⁰ O conceito de princípio jurídico é muito semelhante aos demais conceitos já apresentados, conforme abaixo transcrito:

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam²¹.

Pelos conceitos expostos, é evidente o caráter normativo e axiológico dos princípios jurídicos. Essa noção foi, inclusive, recepcionada pela CF, que positivou uma gama de princípios jurídicos, tornando sua observância impositiva.

Atualmente, o conceito de princípio jurídico possui nova acepção. Nessa fase, os conceitos possuem a estrutura lógica de normas jurídicas e são passíveis de aplicação direta no mundo fenomênico, consistindo ambos em manifestações irreduzíveis do deôntico²². Nesse sentido, conforme conceito de Robert Alexy, a diferença entre uma regra e um princípio é estrutural: princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível; são, nesse sentido, mandados de otimização realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas; por sua vez, regras são normas que exigem um cumprimento pleno, sendo somente cumpridas ou descumpridas; são nesse sentido, determinações no campo das possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são normas que estabelecem um fim a ser atingido, sem estabelecer o meio; regras são normas que estabelecem o meio²³.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 34-35.

²⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 43.

²¹ Ibid. p. 45.

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência* *apud* MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. p. 28.

²³ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica* *apud* MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. p. 28.

Robert Alexy diferencia regra de princípio e como cada um deve ser concretizado no ordenamento jurídico. A regra é a norma que prescreve uma determinação, isto é, proíbem, permitem e autorizam. Já os princípios são mandamento de otimização. Os princípios ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Dessa forma, o princípio pode ser realizado em diversos graus, de modo que a medida exigida para a sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. Ou seja, princípio é o mandamento de otimização do sistema²⁴.

Convém citar também a definição de Humberto Ávila. Esse autor identifica insuficiências nos critérios de identificação de princípios, principalmente porque de um mesmo dispositivo é possível extrair um princípio ou uma regra²⁵. Nesse sentido, o autor propõe três critérios para dissociar os princípios das regras jurídicas: (i) critério da natureza do comportamento prescrito; (ii) critério da natureza da justificação exigida; e (iii) critério da medida de contribuição para a decisão²⁶. Considerando esses critérios, Humberto Ávila propõe o seguinte conceito de princípio:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁷

Nesse ponto, para Humberto Ávila, o princípio se diferenciaria das regras na medida em que estas são:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.²⁸

Ressalta-se que a classificação de princípio em fases não pressupõe a superação ou a negação de conceitos. Pelo contrário, ressaltamos que ninguém é dono das palavras, podendo a

²⁴ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 51.

²⁶ Ibid. p. 95-100.

²⁷ Ibid. p. 102.

²⁸ Ibid.

definição posta em cada fase ser mais útil a depender do objeto estudado. A avaliação do princípio da insignificância permitirá verificar justamente em qual dessas fases o conceito pertence.

No entanto, antes de adentrarmos na análise do princípio da insignificância, convém tratar do conceito de princípio jurídico apresentado pelos penalistas. Isso porque o princípio em questão foi estruturado dentro do Direito penal e a sua plena compreensão deve levar em conta o conceito geral de princípio que os criminalistas construíram.

2.1. Conceito de princípio sob a perspectiva dos penalistas

Os penalistas já trataram do conceito de princípio jurídico. Ressaltamos, apesar de o princípio jurídico ser um conceito que abrange diferentes definições, a sua definição habita a Teoria Geral do Direito. As diferentes acepções do conceito existem justamente porque, a depender do objeto estudado, um conceito pode ser mais ou menos útil.

Pois bem, parte dos criminalistas não apresenta um conceito para a palavra “princípio”, apenas descrevendo diretamente o conteúdo dos princípios básicos do Direito penal, como princípio da legalidade, anterioridade, tipicidade, culpabilidade etc. Em verdade, nesse ponto, há uma semelhança do tratamento dos princípios dado pelos criminalistas com a acepção de princípio jurídico de primeira fase, conforme classificação de Ricardo Marcondes Martins. Isso porque os autores descrevem os princípios de Direito penal no sentido de constituírem as principais características do Direito penal.

Dessa forma, podemos citar a obra *Princípios Básicos de Direito Penal*, de Francisco de Assis Toledo, em que o autor identifica diversos caracteres do Direito penal, tais como o conceito de Direito penal, o princípio da legalidade e seus desdobramentos, o conceito de crime, entre outros, mas não apresenta um conceito para “princípio”.²⁹ O penalista argentino Enrique Bacigalupo, em sua obra *Direito penal – parte geral*, também não apresenta conceito de princípio jurídico, mas apresenta diversas questões fundamentais sobre o Direito penal, como: função do Direito penal, teorias da pena, princípios básicos de Direito penal (legalidade e culpabilidade),

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

eficácia da norma penal etc.³⁰ Podemos citar outros autores celebrados que não apresentam conceito para princípio em suas obras: Damásio de Jesus;³¹ Edgard Magalhães Noronha;³² e Luiz Luisi, em sua obra *Os Princípios Constitucionais Penais*³³.

De todo modo, outros penalistas se preocuparam em apresentar conceito para princípio jurídico.

Para o penalista Guilherme de Souza Nucci, princípio “significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo”.³⁴

Importante mencionar que o penalista deixa claro que essa definição de princípio não se aplica somente ao Direito penal, mas a todos os ramos do Direito. Os princípios de Direito penal, para o autor, possuem a seguinte função:

[...] constituem face orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da interveniência do poder repressivo estatal, aplicado, como decorrência, a mais grave das sanções, que é a penal”.³⁵

Rogério Greco, ao seu turno, apresenta o significado gramatical da palavra “princípio” como “proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”. A partir dessa definição, Greco conceitua princípio como “normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo”³⁶.

Ivan Luiz da Silva, em monografia sobre o princípio da insignificância, analisa o conceito de princípio jurídico, expondo conceitos de Celso Antônio Bandeira de Mello (acima expostos),

³⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

³¹ JESUS, Damásio. *Direito penal. Vol. I: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³² NORONHA, Edgard Magalhaes. *Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

³³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

³⁵ Ibid. p. 26.

³⁶ GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal*. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016. p. 61.

Ivo Dantas³⁷ e de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes³⁸. A partir dessa exposição, Ivan Luiz da Silva conclui:

Os princípios são, portanto, mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, compostos de valores da cultura sociojurídica da sociedade, que servem de substrato às outras normas jurídicas quando aplicadas na solução de casos concretos.³⁹

Ainda, Ivan Luiz da Silva aponta que, a partir de seu conceito, é possível extrair os seguintes elementos comuns dos princípios: (i) são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema normativo; (ii) atuam como base da ordem jurídica; (iii) são compostos de elementos extraídos da cultura sociojurídica de uma sociedade; (iv) irradiam comandos que vão influenciar a composição e funcionamento das outras normas jurídicas.⁴⁰

Em sentido semelhante, Patrícia Vanzolini e Gustavo Junqueira descrevem os princípios como alicerces do Direito penal e que derivam da Constituição Federal. Ainda, para os autores, os princípios limitadores do *jus puniendi* não são exclusivos do Direito penal, fazendo parte de um sistema jurídico maior, *in litteris*:

É importante perceber que embora possam ser pedagogicamente estudados de forma compartimentada os princípios de limitação constitucional do *jus puniendi* são na verdade componentes de um mesmo sistema e estão estreitamente ligados uns aos outros. São como pilares de uma construção que suportam em conjunto o seu peso, de modo que o enfraquecimento de qualquer um deles provoca o desgaste de todo o sistema e, ao fim e ao cabo, a sua derrocada.⁴¹

Em linha com outras definições já apresentadas, Luiz Regis Prado descreve os princípios jurídicos como dotados de “maior grau de abstração e generalidade em relação à norma jurídica

³⁷ “Para nós, PRINCÍPIOS são categorias lógicas e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura lógica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”. (DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 59).

³⁸ “[...] sua capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comandos operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser. O princípio projeta sua relevância sobre a existência de outros seres, por isso seu caráter transcendental, superior e vinculante”. (LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95*. São Paulo: RT, 1997. p. 31).

³⁹ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 24.

⁴⁰ Ibid. p. 24.

⁴¹ VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 34.

propriamente dita (para alguns, regra)”, ao passo que os princípios penais “são considerados como diretivas jurídicas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal”⁴².

Antônio Carlos da Ponte também reconhece que os princípios são caracterizados pelo alto grau de abstração e pelo fato de que estes expressam valores informativos do sistema jurídico. As regras, nesse sentido, viabilizam os princípios, visto que buscam assegurar concretude ao sistema⁴³.

Gustavo de Carvalho Guadanhin avança o tema do conceito de princípio no direito penal em obra sobre o princípio da insignificância. O autor faz uma abordagem mais moderna sobre o conceito, utilizando como base Robert Alexy, Ronald Dworkin e José Joaquim Gomes Canotilho. Nesse sentido, o autor diferencia princípios de regras a partir do critério gradualista-quantitativo e que, por meio do critério, o princípio se qualifica como um “mandamento de otimização que contém uma determinação de que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴⁴.

André Estefam, por sua vez, adota a classificação de princípio, regras e postulados apresentada por Humberto Ávila, que foi exposta acima. Dessa forma, André Estefam reconhece que princípios são normas de primeiro grau imediatamente descritivas, de caráter precipuamente retrospectivo e com pretensão de decidibilidade e abrangência, cuja aplicação requer um exame de correspondência entre o fato concreto e a hipótese nela descrita, sempre com vistas à finalidade a ela subjacente e aos princípios que lhe conferem suporte.⁴⁵

Em síntese, no Direito penal, há certa semelhança na evolução do conceito de “princípio jurídico” com a evolução exposta no item 2. Ou seja, há autores que utilizam o termo “princípios de Direito penal” como as principais características dessa disciplina, outros autores que identificam no princípio um mandamento jurídico de alta carga valorativa e abstrata, e há ainda os autores que

⁴² PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Vol. I: *Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 126.

⁴³ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 79.

⁴⁴ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 26.

⁴⁵ ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 126.

adotam teorias mais recentes sobre princípios jurídicos, tais quais formuladas por Dworkin, Alexy e Humberto Ávila.

De todo modo, ponto comum nas definições apresentadas pelos penalistas diz respeito ao caráter vinculante dos princípios jurídicos, característica que é geralmente aceita pela Doutrina jurídica. Há de se reconhecer também que muitos autores ainda definem princípios como mandamentos com força vinculativa (ou seja, constituem normas) de alta carga valorativa, generalidade e que orientam a aplicação das demais normas do sistema jurídico.

3. Conclusão sobre o conceito de princípio jurídico

Apesar da multiplicidade de significados que “*princípio jurídico*” pode apresentar, o presente estudo deve partir de uma premissa geral desse conceito, visto que seu objeto de estudo é um princípio jurídico específico. Desse modo, ante todo o exposto, identificamos os seguintes pontos em comum refletidos nas definições dadas pela doutrina:

- (i) Possui evidente caráter axiológico, refletindo, de certa maneira, um valor priorizado pelo ordenamento jurídico;
- (ii) Apesar de no início não possuir esse caráter, nas últimas décadas já é reconhecido o caráter normativo dos princípios, ou seja, são normas jurídicas e, como tal, são vinculantes;
- (iii) De modo geral, reconhece-se elevado grau de generalidade e abstração no conteúdo normativo dos princípios, razão pela qual os princípios jurídicos não se aplicam por subsunção;
- (iv) A aplicação dos princípios pode incidir sobre casos concretos, e não vinculando apenas a atividade do legislador no plano abstrato.

Mas, de qualquer forma, fixadas essas premissas sobre princípio jurídico, deve-se investigar qual é a natureza jurídica que a doutrina criminalista dá para o “princípio da insignificância”. Pois, ao final, o que realmente vai ditar a natureza da insignificância é o contorno

dado pela doutrina criminal. Reiteramos, que não é objeto da presente dissertação reinventar a insignificância, mas sim compreendê-la e, então, verificar se é possível aplicá-la à improbidade administrativa. Contudo, antes de tratarmos desse princípio e dos motivos que o fizeram existir em primeiro lugar, é necessário entender a própria atividade sancionatória estatal, tema que será tratado no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – *JUS PUNIENDI* E ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

1. *Jus puniendi* estatal

Nós vivemos em uma sociedade, e uma sociedade pressupõe a multiplicidade de sujeitos que se comunicam e relacionam-se entre si. Visando manter a harmonia entre as relações interpessoais, a sociedade organiza-se por meio de um Estado. O Estado nada mais é que uma ficção criada pelo ser humano com essa finalidade⁴⁶. Conforme leciona Sahid Maluf, o Estado pode ser definido como “uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais da ordem social”⁴⁷.

Carlos Ari Sundfeld esclarece que o poder estatal pressupõe duas características fundamentais: a possibilidade do uso da força física contra aqueles que transgridam ao Direito e o monopólio do uso dessa força⁴⁸. Pois, se o Estado serve justamente para organizar a sociedade e manter a harmonia social por meio do Direito, e se alguém age contrariamente ao Direito posto, essa pessoa deve ser sancionada. O poder estatal é uno em face do monopólio legítimo da força física.

Portanto, para entendermos a resposta do Estado devemos ter em mente a noção de sanção. Nesse sentido, Thiago Marrara, com esteio em Kelsen, aponta que a sanção é um mal que se impõe por força do Direito àquele que contraria os mandamentos que regem suas condutas⁴⁹. A sanção jurídica, ao seu turno, é aquela sanção definida pelo Direito.

O Estado brasileiro, conforme disposição do art. 1º da Constituição Federal, é um Estado Democrático de Direito. O parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional consagra a Democracia e o princípio do exercício do poder pelos seus próprios destinatários: “Todo o poder

⁴⁶ “A convivência, seja dos indivíduos no interior desses grupos, seja de cada grupo com os demais, depende de um fator essencial: da existência de regras estabelecendo como devem ser as relações entre todos. Em uma palavra: a convivência depende da organização”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 19).

⁴⁷ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 1.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 21.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. apud NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 429.

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O Estado de Direito se caracteriza justamente pela submissão do ente Estado à legalidade, ou seja, como o Estado de Direito possui uma função instrumental, sua atuação está limitada e autorizada pelas normas jurídicas emanadas pelo legislativo, que representa, em maior ou menor medida, os destinatários da norma. No contexto da Constituição de 1988, o império da lei sobre o Estado está expresso no art. 5º, inc. II, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Geraldo Ataliba afirma que, sob uma perspectiva política, há uma supremacia do legislativo sobre o executivo e o judiciário, visto que a atuação desses se vincula às regras postas pelo legislativo⁵⁰.

Por essa razão, a punição estatal sobre os sujeitos que transgridam as normas jurídicas não ocorre de maneira incondicionada. Pelo contrário, uma punição só é juridicamente válida se obedecer às normas jurídicas positivas. Esse poder jurídico de aplicar sanções pelo Estado é denominado de *jus puniendi estatal* ou poder punitivo 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”⁵¹. O *jus puniendi* é uno, pois tem como origem justamente o monopólio estatal do uso da força. Se o poder estatal também é único, logo, a potestade punitiva também o é.

No entanto, apesar de o poder punitivo estatal ser um só, esse poder não é demonstrado de maneira única. Pelo contrário, os contornos do ordenamento jurídico permitem que se identifiquem diversas facetas do *jus puniendi* com características próprias que as diferem umas das outras. É nesse sentido que Rafael Munhoz de Mello esclarece que o exercício do *jus puniendi* pode se manifestar através de sanções penais e de sanções administrativas, mas que ambas decorrem de um poder estatal único:

É dizer, tanto a sanção penal como a administrativa são manifestação de um poder estatal, o *ius puniendi*. Daí se falar em *unidade do poder punitivo estatal*, poder que abrange tanto as sanções penais (direito penal) como as sanções administrativas.⁵²

⁵⁰ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 50.

⁵¹ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 44.

⁵² Ibid. p. 45.

No entanto, apesar de valiosa lição de Rafael Munhoz de Mello sobre a unidade do poder punitivo estatal, é importante mencionar que esse poder não se resume apenas ao Direito penal e ao Direito Administrativo. Em verdade, há diversas facetas do poder punitivo estatal previstas no ordenamento jurídico que vão além dessas duas.

Não é a pretensão do presente estudo esgotar a identificação de todas essas facetas punitivas do Direito, mas apenas para ilustrar, podemos indicar que a responsabilização por ato de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da CF, não constitui uma responsabilidade penal ou administrativa. Ainda, a CF, por meio do art. 85, dispõe sobre os crimes de responsabilidade, que também não se enquadram em nenhuma das anteriores, mas sim em um sistema punitivo político próprio. Ou seja, há o exercício de um poder punitivo estatal, seja qual for o órgão aplicador da sanção, mas que vai além do Direito penal e administrativo. Há diversos sistemas punitivos presentes no ordenamento jurídico.

Em suma, o que cada sistema punitivo tutela, em última instância, é um ato ilícito, uma transgressão ao Direito. Os contornos de cada sanção e da conduta ilícita são determinados no âmbito de cada sistema punitivo, seja ele administrativo, penal, político etc.

Nesse ponto, convém relembrar lição de Geraldo Ataliba: “regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são, assim, responsáveis”⁵³. Por “todos”, devemos entender todos os sujeitos. Seja quem for que cometa ato contrário ao Direito deverá responder nos termos previstos no ordenamento jurídico.

Daniel Ferreira explica que a noção de “sistema” é referida direta ou indiretamente como sinônimo de “regime jurídico”. De todo modo, conforme leciona esse autor, a ideia de sistema é importante, pois remete à noção de “*unidade e coerência*”⁵⁴. Dessa forma, considerando que o *jus puniendi* pode adotar diversas formas, utilizaremos o termo “esfera de responsabilização punitiva” para se referir às unidades que compõem o poder punitivo estatal, mas que se diferenciam uma da outra em razão do regime jurídico.

⁵³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 67.

⁵⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 82.

Fixados os fundamentos do *jus puniendi* estatal, passaremos a tratar do tratamento jurídico dado às diversas faces do poder punitivo estatal no próximo item.

2. Diversas facetas do *jus puniendi*: sistemas punitivos

O *jus puniendi* pode ser demonstrado pelo Estado a partir de diversas formas. Não há, dessa maneira, como aceitar que o poder punitivo estatal se exterioriza somente no Direito penal. O *jus puniendi*, em verdade, é multifacetário, englobando diversos regimes jurídicos.

Kelsen reconhecia que a primeira demonstração da sanção jurídica e do *jus puniendi* era a sanção penal, mas que, posteriormente, foi criada a sanção civil para regular outros aspectos da sociedade⁵⁵. Mas, de acordo com esse autor, não há fundamentalmente uma diferença extrínseca entre as sanções, de modo que o critério para diferenciar as espécies de sanções reside no propósito sancionador. Esse propósito é definido pela própria ordem jurídica⁵⁶.

Fábio Medina Osório também cita que o poder estatal sancionatório era unificado, mas este se especializou, de modo que a pretensão punitiva estatal está submetida aos princípios constitucionais, ainda que esses princípios apresentem diferenças entre si no plano concreto⁵⁷.

Portanto, reconhecer o caráter multifacetário do poder punitivo significa reconhecer que: (i) o Estado pode sancionar de diversas formas um sujeito pela prática de um mesmo ato; (ii) há um núcleo comum de princípios que regem a atividade sancionatória estatal.

2.1. Esferas de responsabilização punitivas

Atualmente, uma mesma conduta praticada contrária ao Direito pode ser sancionada de diversas formas.⁵⁸ Não há, portanto, como se reconhecer que a punição jurídica seja apenas a

⁵⁵ KELSSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 71.

⁵⁶ Ibid. p. 72.

⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

⁵⁸ Sem embargo, apesar de ser possível a aplicação de diversas sanções em face do mesmo fato, ponderamos que a atividade sancionatória está submissa à proporcionalidade e ao *bis in idem*. Dessa forma, seria possível argumentar

criminal. É o Direito positivo que irá determinar quais sanções serão aplicadas, cumulativamente ou não, em razão do bem jurídico a ser tutelado pela norma sancionatória. Nesse sentido, Mônica Nicida Garcia explica:

Considerando-se que uma mesma ação humana pode estar submetida a diversas normas, cada uma delas reguladora e protetora de um bem da vida, pode-se concluir que, com uma só ação, uma pessoa poderá ocasionar ofensa a diversos bens, tutelados por diversas normas, devendo arcar com diversas consequências.⁵⁹

Podemos visualizar isso ao nos confrontarmos com 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)⁶⁰, no Estatuto dos Servidores Públicos, que cria regras obrigações (Lei 8.112/1990, art. 117, inc. XII)⁶¹, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, art. 9º, inc. I)⁶², entre outras possíveis leis. Nesse caso, há uma concorrência de

que apenas sanções de diferentes naturezas poderiam ser aplicadas e que, em face dos princípios retro mencionados, a aplicação de sanções da mesma natureza é descabida. Ricardo Marcondes Martins entende que: “Sem embargo, após muita reflexão, considera-se que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe, sim, a proibição de bis in idem. Por força desse princípio, não se admite a imposição de sanções da mesma natureza pelo mesmo fato. Não há divergência quando se trata de sanção privativa de liberdade: nenhum jurista admite que pelo mesmo fato seja imposta mais de uma pena privativa de liberdade. Há sanções que são ontologicamente incompatíveis com o bis in idem: se o agente perdeu a função pública, não é possível impor, novamente, a perda da mesma função. A controvérsia dá-se, principalmente, em relação à sanção de multa. Não há razão lógica para não se estender a proibição de todas as sanções”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Disposições finais da Lei de Combate à Corrupção. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. (org.). *Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 548-582). No presente momento, entendemos que a proporcionalidade deve restringir a aplicação desmedida de sanções da mesma natureza (especificamente no que se refere às sanções pecuniárias), no entanto, esse é um tema que demanda maiores estudos. Diversas questões quanto à aplicabilidade desse entendimento podem surgir: haverá uma unificação da aplicação das sanções em um único ente? Haverá diálogo entre os entes responsáveis pela aplicação de sanções? Uma sanção aplicada por um ente poderá ser majorada por outro? O tema é de extrema relevância e entendemos que a solução para as questões postas demanda maiores estudos.

⁵⁹ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 60-61.

⁶⁰ “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”.

⁶¹ “Art. 117. Ao servidor é proibido: (...)XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;”.

⁶² “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”.

responsabilização jurídica por meio de diferentes atos normativos, de modo que as respostas do ordenamento jurídico podem ser punitivas ou não.

Mônica Nicida Garcia define a aplicação de cada uma 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”⁶³. A esfera de responsabilização não se confunde com a multifacetariedade do *jus puniendi*, isso porque uma esfera de responsabilização não será necessariamente punitiva. No entanto, a noção de esfera de responsabilidade é útil, posto que permite visualizar que um mesmo ato pode resultar em diversas consequências jurídicas concorrentes, tais quais: punição administrativa, punição penal, dever de indenizar etc.

José Roberto Pimenta Oliveira também trabalha com o conceito de esferas de responsabilidade que estariam previstas diretamente na Constituição Federal. Abaixo, segue o conceito do autor:

Denomina-se sistema de responsabilidade o conjunto de normas jurídicas que delineiam, com coerência lógica, a existência de um sistema impositivo de determinadas consequências jurídicas contra o sujeito infrator e/ou terceiros, levando-se em conta a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção, e os bens jurídicos ou valores constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa.⁶⁴

José Roberto Pimenta Oliveira identifica ainda que haverá sistemas de responsabilização autônomos e outros sistemas não autônomos. O critério diferencial, nesse caso, é a ocorrência de incidência de norma tipificadora e das sanções tipificadas, independentemente da deflagração da responsabilidade apurável em outros sistemas. O sistema não autônomo depende, de antemão, de uma responsabilidade apurada em outro sistema⁶⁵.

No mais, o autor explica que a comum divisão tricotômica das esferas de responsabilização em penal, civil e administrativa (esta englobando a responsabilização político-administrativa) está superada, visto que o próprio texto constitucional prevê outras esferas de responsabilização⁶⁶.

⁶³ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 61.

⁶⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 82.

⁶⁵ Ibid. p. 85.

⁶⁶ Ibid. p. 73.

O autor não trabalha com a noção do *jus puniendi* unitário, mas o conceito de esfera de responsabilização novamente permite observar como o ordenamento jurídico segmenta diversos regimes jurídicos para a responsabilização de atos ilícitos. Ainda que não haja necessária correspondência entre um sistema punitivo e uma esfera de responsabilização, todo sistema punitivo é tutelado pelo ordenamento jurídico por meio de uma esfera de responsabilização, mas a recíproca não é verdadeira. A responsabilização civil, por exemplo, não será necessariamente punitiva, mas a responsabilidade penal, administrativa disciplinar, e por ato de improbidade administrativa constituem uma manifestação punitiva estatal.

Portanto, ainda que o conceito de esfera de responsabilização seja mais abrangente que o sistema punitivo, não rejeitamos essa teoria. Em verdade, para os fins do presente estudo, apenas recortamos a extensão do conceito de esfera de responsabilização para restringir às esferas que têm nítido caráter punitivo-sancionatório, excluindo as esferas que não tenham esse caráter. De certa forma, quando utilizamos o termo “sistema punitivo”, estamos nos referindo às esferas de responsabilização punitivas, isto é, aquelas que se enquadram dentro do conceito apresentado de “esfera de responsabilização”, mas não possuem efeitos meramente indenizatórios ou ressarcitórios, tal qual a esfera de responsabilidade civil.

Na presente dissertação, trataremos apenas do Direito penal e da esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa, conforme estabelecido no art. 37, §4º, da Constituição. Não há dúvida alguma quanto à autonomia do Direito penal, no entanto, a responsabilização por ato de improbidade administrativa e sua autonomia ainda é objeto de debate, de modo que trataremos disso em capítulo oportuno.

De todo modo, a jurisprudência caminha no sentido de reconhecer diversas esferas de responsabilização como sistemas autônomos dentro de um regime sancionatório. O STF já decidiu no sentido de reconhecer duas esferas de responsabilização distintas e concorrentes:

1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a **um duplo regime sancionatório**, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à **concorrência de esferas de responsabilização distintas**, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única

exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição (grifos próprios). (Ag. Reg. na Petição 3.240/DF, Rel. Min Teori Zavascki, Plenário, J. em 10/05/2018).

No entanto, independentemente da discussão quanto à autonomia da improbidade administrativa, convém tratar do critério que diferencia um sistema do outro, tema que trataremos no próximo item.

2.2. Identificação de um sistema punitivo

A importância de reconhecer e identificar um “sistema de responsabilização” serve justamente para entender quais normas jurídicas, regras ou princípios, incidem sobre o sistema específico. Novamente recorremos a Daniel Ferreira:

Mas alguém poderia perguntar: qual a serventia de se reconhecer e isolar um dado regime jurídico? E a resposta é imediata: a de indicar quais as normas jurídicas imponíveis, os princípios que norteiam sua interpretação e aplicação e a própria delimitação do seu campo de atuação, de maneira a sempre ficarem mantidas a unicidade e logicidade do sistema a ele reflexo.⁶⁷

Para identificar cada sistema, devemos, de antemão, identificar o critério decisivo que diferencia um do outro. Isso porque, cada um possui diversas características, de modo que essas características sejam exclusivas ou não de cada sistema punitivo. O critério decisivo permitirá diferenciar e identificar todos os sistemas punitivos que compõem as esferas de responsabilização punitiva.

O critério material, ao seu turno, diferenciaria um sistema do outro baseado em suas características próprias. Assim, o Direito penal é o que é por tratar dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade, enquanto que, por exemplo, a responsabilidade administrativa trataria precipuamente do Direito Administrativo e da função administrativa.

Rafael Munhoz de Mello sintetiza doutrina que utilizava o critério material para diferenciar o Direito penal do Direito administrativo sancionador. No exposto pelo autor, havia a corrente

⁶⁷ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 83.

qualitativa, que entendia que o Direito penal deveria tratar dos interesses mais relevantes da sociedade, e a corrente *quantitativa*, que identifica a diferença entre Direito penal e administrativo na gravidade da conduta reputada como ilícita⁶⁸.

Adotando critério material, Fabio Medina Osório entende que a presença formal e material do Direito Administrativo caracteriza a *infração administrativa*, podendo ela ser aplicada tanto pela Administração Pública, materialmente considerada, quanto pelo Poder Judiciário⁶⁹.

Por sua vez, Alice Voronoff não rejeita o critério formal por completo, afirmando que sua teoria pressupõe o dado formal⁷⁰. No entanto, ela é expressa ao rejeitar o critério formal para definir a natureza administrativa da sanção:

[...] ao contrário do pensamento jurídico amplamente aceito, não é o regime jurídico que define a natureza administrativa da sanção, mas são as características específicas, o papel e os fins peculiares associados ao direito administrativo sancionador e a seus instrumentos que definem o regime jurídico neste campo.⁷¹

No entanto, data vênia, não podemos concordar com o critério material. A adoção do critério material incorre em imprecisões. Se adotássemos o critério material como “bem jurídico” tutelado pela norma ou a justificação da sanção, não haveria diferença de regime jurídico entre um crime contra a Administração Pública e uma infração administrativa.

Mesmo no âmbito das infrações administrativas tuteladas pelo Direito administrativo sancionador, apesar de incidir o regime jurídico administrativo, há uma gama muito ampla de bens jurídicos e valores tutelados.

Veja-se o exemplo das infrações previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990)⁷². O regime sancionatório aplicável é o regime do Direito administrativo

⁶⁸ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 57.

⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

⁷⁰ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 128.

⁷¹ Ibid. p. 80.

⁷² “Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços (...).

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

sancionador, no entanto, a infração aplicada nesse âmbito é administrativa. Todavia, o bem jurídico tutelado é a proteção ao consumidor.

No mais, se utilizássemos o critério material para diferenciar as vertentes do *jus puniendi*, acabaríamos por reconhecer que os crimes contra a Administração Pública, previstos no Código Penal e em legislação extravagante, não seriam uma “responsabilização penal”, mas sim administrativa. Evidentemente, reconhecer isso seria ir contra o prescrito em lei positiva. Em suma, é sempre a lei positiva do ordenamento jurídico que sempre determinará se há ou não uma incidência de esfera de responsabilização.

Por outro lado, nem mesmo as características materiais da sanção permitem diferenciar propriamente um regime jurídico punitivo do outro. Anteriormente, a restrição da liberdade por meio da prisão era um critério que diferenciava decisivamente a sanção penal de outras sanções previstas no ordenamento jurídico, mas mesmo isso já está relativamente flexibilizado. A Constituição Federal prevê a hipótese de prisão para infrações administrativas militares,⁷³ e mesmo o Direito penal, hoje, aceita a aplicação de diversas sanções além da prisão, tais quais multa e perdimento dos bens obtidos por meio do crime⁷⁴. No atual contorno constitucional, a única pena que é exclusiva do Direito penal é a pena de morte, prevista no art. 5º, XLVII, da CF, que só poderá ser aplicada em caso de guerra. Ou seja, é uma sanção tão excepcional que nunca foi formalmente utilizada, desde 1988, o que apenas comprova a fragilidade em tentar identificar a natureza jurídica de um regime punitivo com base nas características da sanção. Sem embargo, mesmo com essa

V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste **artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa**, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo” (grifos próprios).

⁷³ “Art. 5º (...): LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar**, definidos em lei;” (grifos próprios).

⁷⁴ Código penal: “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

relativização da sanção, o Direito penal ainda é majoritariamente caracterizado pela pena de restrição de liberdade.

É por essa razão que adotamos o critério formal. Em última instância, é sempre o Direito posto que definirá o regime jurídico aplicável e a natureza da esfera de responsabilização. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

[...] pois, em Direito, uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe atribuiu, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto.⁷⁵

André Luiz Freire esclarece que o critério formal é aquele pelo qual cabe ao cientista do direito verificar quais foram as características que a ordem jurídico-positiva conferiu às atividades estatais⁷⁶.

Para Rafael Munhoz de Mello, após expor a doutrina que adota o critério material, conclui que o critério formal é o mais adequado, visto que não há diferença qualitativa ou quantitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A definição desses ilícitos fica sob o juízo político do legislador.⁷⁷

Mônica Nicida Garcia também entende que a criação de uma esfera de responsabilização fica a critério do legislador, *in litteris*:

Houve uma época em que a responsabilidade era exclusivamente criminal e, hoje, uma nova esfera, aquela relativa aos atos de improbidade administrativa, já tem seu lugar definido. E que a existência dessas esferas de responsabilidade decorre da opção do legislador, em determinado momento histórico, em determinado lugar, em face de determinadas circunstâncias.⁷⁸

Todavia, cada esfera de responsabilização possui características e princípios próprios incidentes, ainda que seja cada vez mais crescente a fungibilidade entre essas características.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 34-35.

⁷⁶ FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 31, 2008.

⁷⁷ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 60.

⁷⁸ Ibid. p. 62.

Essas características materiais podem ser únicas em cada esfera, no entanto, é o Direito posto que irá determinar quais são essas características. Ou seja, apesar de sermos firmes quanto ao nosso entendimento de que é o critério formal que diferencia uma esfera de responsabilização da outra, não somos alheios às características de cada uma dessas. Mas, por adotarmos o critério formal de diferenciação, em linha com o que foi exposto, entendemos que é o Direito que ditará essas características.

Se o critério formal é o principal e decisivo para diferenciar uma esfera de responsabilização da outra, cabe indicar quais as características presentes no Direito positivo que permitem identificar a existência de uma esfera de responsabilidade. Para José Roberto Pimenta Oliveira, um sistema de responsabilização é erigido pelo Direito a partir de quatro elementos normativos centrais, quais são: (i) configuração do ilícito; (ii) delimitação das consequências jurídicas; (iii) bens jurídicos protegidos; e, (iv) processo estatal impositivo.⁷⁹

Evidentemente, apesar de a diferenciação entre as esferas de responsabilização partir de um critério formal, o Direito positivo delinea as características de cada uma dessas, podendo haver características em comum ou não. Reconhecer que há características materiais próprias em cada esfera de responsabilização não significa afastar o critério formal de diferenciação, em verdade, se não houvesse essas esferas de responsabilização com suas características próprias, não haveria o porquê reconhecer a múltipla acepção do *jus puniendi* estatal. Pelo critério formal, apenas reconhecemos que é o legislador quem decide quais condutas deverão ser tipificadas e postas dentro de cada esfera de responsabilização.

De todo modo, ainda que possam existir diversos sistemas punitivos, o *jus puniendi* estatal possui um núcleo comum: a aplicação da sanção jurídica.

3. Princípios gerais e específicos

Conforme já exposto, apesar de o Direito positivo criar diversas esferas de responsabilização, há um evidente núcleo comum entre essas esferas. O reconhecimento de um

⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 82.

núcleo comum implica em dizer que há uma trama normativa e axiológica em comum entre esses sistemas de responsabilização, sem prejuízo das características próprias de cada um.

Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello aponta que o princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios formam a base desse regime jurídico geral, aplicando-se a qualquer manifestação do poder punitivo estatal⁸⁰. Por exemplo, a legalidade seria um princípio inafastável no exercício do poder punitivo, independente do regime jurídico específico aplicável. Mesmo no Direito alienígena, a legalidade é tida como um dogma, conforme leciona o professor da Universidade de Oxford, A. V. Dicey:

Queremos dizer, em primeiro lugar, que [...] nenhum homem é punível ou pode sofrer as consequências legais em seu corpo ou bens, salvo se em razão de um descumprimento de uma norma estabelecida por meio de um modo ordinário perante uma corte constituída [tradução livre]⁸¹.

José Roberto Pimenta Oliveira explica que o reconhecimento da unidade do regime jurídico punitivo, como categoria jurídica geral, vem acompanhada de garantias que não podem ser elididas pelo Estado em nenhuma de suas atividades sancionatórias.⁸²

De fato, seria um contrassenso contra o próprio Estado de Direito acreditar que determinadas garantias seriam restritas apenas ao Direito penal. Inclusive, a Constituição é clara quanto à aplicabilidade ampla desses princípios gerais, como, por exemplo, o art. 5º, incisos LIV e LV,⁸³ que tratam dos princípios do devido processo legal e do contraditório.

Ocorre que, o reconhecimento de sistemas de responsabilização com regimes jurídicos próprios implica em reconhecer que deve haver princípios regentes específicos e setoriais para cada esfera de responsabilização. O princípio da intervenção mínima, por exemplo, estabelece que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de

⁸⁰ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 101.

⁸¹ “We mean in the first place [...] that no man is punishable or can lawfully be made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law stablished in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land” (DICEY, A.V. *An introduction to the study of the law of the constitution*. 9. ed. Macmillan, 1945. p. 188).

⁸² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 200.

⁸³ “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

ataques contra bens jurídicos importantes⁸⁴. O mesmo não pode ser dito da responsabilidade civil ou da responsabilidade administrativa, visto que não há *ultima ratio* nessas esferas de responsabilização, podendo essas incidir sobre uma gama maior de bens jurídicos e condutas.

No campo processual, o princípio do *in dubio pro reu* ou do *favor rei*⁸⁵, por exemplo, tem aplicabilidade restrita ao processo penal, não havendo necessária presença em outras esferas de responsabilização⁸⁶. No Direito processual cível, quando se apura a responsabilidade pela prática de um ilícito civil, o juiz não necessariamente precisa julgar em favor do requerido em razão de dúvida, até mesmo porque os bens jurídicos tutelados e os efeitos da sentença são diferentes. Na responsabilização por ato de improbidade administrativa, o judiciário já tem reconhecido a existência de um princípio *in dubio pro societate*, na verificação da justa causa no recebimento da ação civil pública de improbidade administrativa⁸⁷. Irene Nohara, ao seu turno, aponta a existência do *in dubio pro societate* no PAD:

Se for confirmada a presença dos indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar, não pode a autoridade arquivar liminarmente a denúncia, pois há uma exigência de caráter público de que o Poder Público esclareça, por meio da adequada apuração (que não significa ainda qualquer aplicação de sanção), para a sociedade todas as notícias de supostas irregularidades. Trata-se de aplicação do *in dubio pro societate*.⁸⁸

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58.

⁸⁵ Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que o princípio do *in dubio pro reu* é aplicável também ao Direito Administrativo Disciplinar: “No processo administrativo disciplinar incide o mesmo princípio, que possui uma presunção *juris tantum*, podendo ser elidida ou afastada mediante ‘a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa’” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da presunção de inocência do servidor público - no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 233, p. 7-12, jul./set., 2003). Sem embargo, quando afirmamos que o princípio do *in dubio pro reu* está restrito ao processo penal, nos referimos ao que é relativamente pacífico na doutrina e jurisprudência.

⁸⁶ “No Processo Penal, várias são as disposições que consagram o princípio *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *favor rei*. Assim, a proibição da *reformatio in pejus* – reforma para pior (art. 617); os recursos privativos da Defesa, como os embargos infringentes ou de nulidade (art. 609, parágrafo único); a revisão criminal como direito exclusivo do réu (arts 621 e s.); a regra do art. 615, § 1º; e, por fim, como coroamento desse princípio, o da *presunção de inocência*, hoje erigido à categoria de dogma constitucional. Alguns autores incluem como exemplo do *favor rei* a regra do art. 386, VII, do CPP, que impõe a absolvição por insuficiência de prova”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75).

⁸⁷ “6. O STJ tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes. Incidência da Súmula n. 83 desta Corte Superior” (STJ, EDcl no Ag 1297357/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010).

⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 295.

A aplicabilidade de certos princípios restrita a determinadas áreas do Direito, inclusive, já foi identificada por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, ao tratarem da teoria geral do processo. Os autores indicam que há princípios que são gerais de qualquer relação processual, enquanto há outros que são específicos do processo penal ou civil. Abaixo, transcrevemos o entendimento desses autores:

Alguns princípios gerais têm aplicação diversa no campo do processo civil e do processo penal, apresentando, às vezes, feições ambivalentes. Assim, p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade, ao passo que na maioria dos ordenamentos processuais civis impera a disponibilidade; a verdade formal prevalece no processo civil, enquanto a verdade real domina o processo penal. Outros princípios, pelo contrário, têm aplicação idêntica em ambos os ramos do direito processual (princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório, da livre convicção etc.).⁸⁹

A identificação dos princípios se dá por expressa previsão normativa ou por meio da análise das características materiais dada pelo ordenamento jurídico para cada esfera de responsabilização. Em suma, a característica material ditará quais os princípios aplicáveis setorialmente.

Por outro lado, o reconhecimento de um princípio como geral diante de qualquer competência punitiva estatal se deu por meio de construção doutrinária e jurisprudencial. Por exemplo, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de **sentença penal condenatória**,” (grifos próprios). O texto constitucional utiliza o termo “sentença penal”, ou seja, a princípio, a presunção de inocência seria um princípio restrito ao Direito penal.

No entanto, a aplicabilidade desse princípio se ampliou, seja por causa da atividade legislativa que introduziu isso no ordenamento jurídico por meio de lei infraconstitucional, seja por meio de construção doutrinária e jurisprudencial.

A LIA, por exemplo, impõe a presunção de inocência em seu art. 20, que dispõe: “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 60.

Na doutrina jurídica, Fábio Medina Osório⁹⁰, Rafael Munhoz de Mello⁹¹ e José Roberto Pimenta Oliveira⁹² são alguns autores que tratam esse princípio como um princípio geral da atividade punitiva estatal.

No campo da jurisprudência, o STF reconheceu a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência no âmbito do Direito administrativo sancionador, conforme ementa de precedente transcrita abaixo:

Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida. (...) 2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. 3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa. (...) 5. O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade. 6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990 (STF, MS 23.262/MS, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, j. em 23/04/2014).

⁹⁰ “A presunção de inocência é uma garantia plenamente vigente no processo sancionador, cuja análise resulta, portanto, imperiosa. É verdade que essa suposta presunção, ou o chamado estado jurídico de inocência, diz respeito a dimensões materiais e processuais do poder punitivo estatal. Sua maior operacionalidade se dá, não obstante, no campo processual [...]” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 396-397).

⁹¹ “Em sua acepção mais óbvia, a presunção de inocência exige que a sanção seja imposta apenas ao final do processo instaurado para investigar a prática do ilícito, ocasião em que o particular deixa de ser apenas acusado e passa a ser considerado culpado, podendo, então, sofrer os efeitos negativos da medida sancionadora [...]. Tratando-se de ilícito administrativo, a imposição da sanção somente poderá ocorrer após o encerramento do processo administrativo, com a prolação de decisão da qual não recorra o acusado ou já caiba mais recurso administrativo algum” (MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 244-245).

⁹² “A presunção de inocência, em processo punitivo, impede que o Poder Judiciário condene com base exclusiva nas alegações do autor, sem exposição das provas existentes ao regime contraditório processual” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 222).

Em fundamentação, o Min. Dias Toffoli argumentou que é possível transpor o princípio da presunção de inocência ao campo administrativo disciplinar, de modo que o servidor só perde sua condição de inocente após regular processo administrativo com decisão prolatada. Diante disso, não só o servidor é inocente, como também não pode sofrer consequências negativas que seriam decorrentes de condenação. Abaixo, transcrevemos trechos do voto:

E, se for transposto esse princípio para o campo administrativo disciplinar, tem-se de admitir que é necessária a existência de um juízo condenatório ou, em casos extremos, a instauração de um procedimento sancionador para que se ponha em causa a aplicabilidade ou não desse princípio. Dito de outro modo, até para se discutir o alcance da presunção de inocência, é necessária a existência de alguma forma de constrição procedimental contra o arguido.

[...]

Com base nas premissas fixadas nesse voto, afirmo que o status de inocência deixa de ser presumido somente após a decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório (sindicância ou PAD) ou da decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade. Compatibilizado com esse entendimento, pode-se afirmar que:

a) a formação de culpa decorre de condenação definitiva, não da execução da penalidade. Em outras palavras, a implicação dos fatos na caracterização de reincidência ou de maus antecedentes decorre de decisão condenatória irrecorrível proferida em regular processo administrativo disciplinar encerrado antes de esgotado o prazo prescricional inscrito no art. 142 da Lei nº 8.112/90, não se podendo erigir a anotação nos assentamentos funcionais como condição necessária para a produção de seus efeitos.

Confirmando esse entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 137.063, proferiu:

O texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.

Ou seja, o STF amplia a aplicabilidade desse princípio, não o restringindo apenas à esfera de responsabilização penal. Isso demonstra que um princípio jurídico originalmente tido como restrito a uma esfera de responsabilização pode ter sua incidência ampliada, passando a ser um princípio geral do *jus puniendi* estatal.

No entanto, a possibilidade de aplicação de um princípio, antes restrito a uma esfera de responsabilização, demanda a análise de seus fundamentos e pressupostos. Portanto, antes de responder se é possível ou não falar em aplicabilidade do princípio da insignificância do Direito penal à improbidade administrativa, cabe analisar quais são seus pressupostos e fundamentos no Direito penal.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DIREITO PENAL

1. Introdução

O Direito penal é, atualmente, uma das facetas do *jus puniendi* estatal. Como o princípio da insignificância, objeto de estudo deste trabalho, foi erigido, aplicado e aceito no âmbito do Direito penal, não há como deixar de tratar desse assunto. Isso porque as características próprias do Direito penal permitem que o princípio da insignificância seja aceito nessa esfera de responsabilização. Portanto, a análise dessas razões e de como o princípio em questão foi estruturado é necessária justamente para verificar se sua aplicabilidade transpassa a seara penal.

Dessa forma, no presente capítulo, iremos tratar do regime jurídico aplicável ao princípio da insignificância, isto é, trataremos do Direito penal. Após análise sobre o regime jurídico, passaremos à análise dos princípios informadores do Direito penal, pois esses princípios, direta ou indiretamente, informam e estruturam a existência do próprio princípio da insignificância. Posteriormente, visto que o princípio da insignificância está umbilicalmente ligado à tipicidade, iremos analisá-la. Só então, após superados esses temas, passaremos à análise do princípio da insignificância em si, incluindo seu conceito e pressupostos, bem como, sua aceitação jurisprudencial e aplicabilidade aos crimes contra a Administração Pública.

2. Regime jurídico aplicável no Direito penal

Conforme já exposto, o *jus puniendi* estatal se exterioriza na forma de diversas esferas de responsabilização com o regime jurídico próprio. O Direito penal, nesse sentido, representa a mais antiga forma de punição jurídica existente⁹³. Antes da existência do Estado de Direito, a punição já existia como uma forma de reação à prática de uma conduta indesejável pelo indivíduo.

Evidentemente, conforme exposto no capítulo anterior, o Direito tutela as relações sociais, de modo que as transgressões às normas jurídicas resultam na aplicação de uma sanção jurídica.

⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 71.

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 essas condutas mais danosas, conforme lecionam Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini:

Muitas vezes, porém, essas sanções civis se mostram insuficientes para coibir a prática de ilícitos jurídicos graves, que atingem não apenas interesses individuais, mas também bens jurídicos relevantes, em condutas profundamente lesivas à vida social. Arma-se o Estado, então, contra os respectivos autores desses fatos, cominando e aplicando sanções severas por meio de um conjunto de normas jurídicas que constituem o Direito Penal. Justificam-se as disposições penais quando meios menos incisivos, como os de Direito Civil ou Direito Público, não bastam ao interesse de eficiente proteção aos bens jurídicos.⁹⁴

Em mesmo sentido, 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 grave⁹⁵. 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.⁹⁶

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

⁹⁴ 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. p. 2.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

⁹⁶ Ibid. p. 35.

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 criminalizadas⁹⁷.

Ao descrever o Direito penal, Cezar Roberto Bitencourt aponta que há duas acepções: (i) o Direito penal como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes; e (ii) o Direito penal como o conjunto de valorações e princípios que orientam a aplicação e interpretação das normas penais. A finalidade do conjunto de normas, valorações e princípios é tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes⁹⁸.

Damásio de Jesus, com esteio em José Frederico Marques, define o Direito penal como o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência, e disciplinam as relações daí derivadas, tutelando o direito de liberdade em face do poder de punir do Estado. O autor pondera ainda que o Direito penal trata das relações do indivíduo com a sociedade e, por isso, pertence ao ramo do Direito público⁹⁹.

Claudio Heleno Fragoso define o Direito penal como o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça da sanção penal. O jurista inclui dentro das normas penais os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação de penas e medidas de segurança¹⁰⁰.

Fernando Capez, por sua vez, reforça o Direito penal como o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos mais graves e perniciosos à coletividade. Deve o Direito penal descrever esses comportamentos como infrações penais,

⁹⁷ 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. p. 3.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

⁹⁹ JESUS, Damásio. *Direito penal. Vol. I: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

¹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3.

cominando-lhes, em consequência, às respectivas sanções. O Direito penal engloba também as regras complementares e gerais, necessárias para uso correto e justa aplicação.¹⁰¹

Guilherme de Souza Nucci também acentua o caráter formal do Direito penal, definindo-o como o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação¹⁰².

Portanto, diante do tratamento dado pelos penalistas, 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.

A identificação da finalidade do Direito penal é de extrema relevância, posto que essa finalidade é a que permite, dentro dos contornos jurídicos, que decorram certas características do regime jurídico de Direito penal. Esse regime jurídico peculiar implica no nascimento e existência de princípios jurídicos próprios e características únicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, materializa o Direito penal ao dispor que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O termo lei, utilizado pelo dispositivo constitucional, não é interpretado de maneira ampla, mas diz respeito à lei em sentido estrito¹⁰³. No mais, conforme prescreve o art. 22, I, da Constituição, a União detém o monopólio da competência legislativa sobre o Direito penal e processual¹⁰⁴. Não haverá, portanto, leis municipais, estaduais ou distritais que criem ilícitos penais.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Vol. 1: *parte geral (arts. 1º a 120)*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral / parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

¹⁰³ Por lei em sentido estrito, nos referimos às espécies de normas produzidas e emanadas pelo Poder Legislativo, conforme disposto no art. 59 ao art. 69 da Constituição Federal.

¹⁰⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Em suma, isso significa que, sem lei definindo a conduta como crime, não há incidência do Direito penal, reforçando seu caráter de apenas tutelar os bens jurídicos qualificados como tal.

Apesar de o critério que diferencia um ilícito qualquer do ilícito penal ser formal, há uma característica material inerente ao Direito penal. Essa característica é dada pelo próprio ordenamento jurídico, em seu art. 5º, XLVI, CF, que dispõe que a pena, a sanção penal, poderá ser de privação ou restrição de liberdade. Em nosso ordenamento, com exceção da prisão civil, por não pagamento de pensão alimentícia¹⁰⁵, e da prisão disciplinar nos casos de infração militar¹⁰⁶, apenas a sanção penal pode ensejar violação jurídica à liberdade do indivíduo. Trata-se de uma sanção grave que, invariavelmente, deverá ser aplicada apenas aos ilícitos mais graves, isto é, os ilícitos penais.

Apenas para ilustrar como uma conduta passa a ser penalmente relevante, apresentamos o seguinte exemplo: a tecnologia e a comunicação em massa tiveram exponencial desenvolvimento no último século, permitindo, por meio da internet, que qualquer pessoa possa compartilhar mídia com outras. A facilidade de acesso a câmeras fotográficas e filmadoras permitiu que uma quantidade maior de pessoas pudessem adquirir sua própria câmera e registrar diversos momentos, inclusive os atos sexuais praticados voluntariamente com seus parceiros. No entanto, após o encerramento de um relacionamento, certos sujeitos passaram a “espalhar” esses vídeos íntimos na internet com o intuito de prejudicar a imagem da parceira. Esse fato por si só, ainda que pudesse caracterizar um ilícito civil, permitindo que a vítima pleiteasse indenização e compensação pelo dano moral, não era penalmente tipificado. No entanto, a responsabilização civil não foi suficiente, de modo que o legislador tipificou essa conduta como um ilícito penal por meio da Lei Federal 13.772/2018¹⁰⁷.

¹⁰⁵ O art. 5º, LXVII, dispõe: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”. Apesar de a Constituição mencionar a possibilidade de prisão civil por depositário infiel, em razão de tratados internacionais, o STF editou a súmula vinculante 25, que determina; “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

¹⁰⁶ O art. 5º, LXI, dispõe: “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*”.

¹⁰⁷ “Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Por outro lado, no exemplo inverso, há condutas que, em dado momento, eram consideradas crimes, mas deixaram de ser após o decurso do tempo e a alteração do cenário social. A Lei de Contravenções Penais tipificava, em seu art. 60, a conduta de mendicância¹⁰⁸. No entanto, conforme aponta Luiz Flavio Gomes, tratava-se de um tipo penal em total desuso, que privilegiava um Estado-penitência e excludente,¹⁰⁹ de modo que o legislador decidiu por extinguir esse tipo penal¹¹⁰. Nesse caso, houve o *abolitio criminis*¹¹¹.

Em ambos os exemplos, podemos ver como o Direito penal serve para tutelar justamente as condutas mais graves ao convívio social. No primeiro caso, uma conduta que não era penalmente relevante passou a ser, a partir do momento em que o legislador, após verificar a periculosidade social dessa conduta, tipificou-a como ilícito penal. No segundo caso, após mudanças sociais e de como a sociedade trata o problema da mendicância, o legislador decidiu por descriminalizar uma conduta.

Isso apenas demonstra como o Direito penal incide sobre os bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade, tipificando as condutas consideradas mais graves do ponto de vista social. A valoração para tanto fica a critério político do legislador, desde que observados os preceitos constitucionais. Portanto, o ilícito penal é formalmente definido por lei, possuindo uma dimensão material de ser um ilícito mais grave.

Feitas essas considerações introdutórias sobre o Direito penal, passamos a tratar das principais características e princípios dessa esfera de responsabilização.

3. Características e princípios informadores do Direito penal

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

¹⁰⁸ “Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses”.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Mendicância*: deixou de ser infração penal. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 24 julho. 2009, acesso em 05 mar. 2019.

¹¹⁰ O art. 60 da Lei de Contravenções Penais foi revogado pela Lei 11.983/2009.

¹¹¹ “Pode ocorrer que uma lei posterior deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. É a *abolitio criminis*, hipótese do art. 2º, *caput*, do CP: a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada – ‘ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime’” (JESUS, Damásio. *Direito penal*. Vol. I: *parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 118).

uma conduta como ilícito penal estar sob o crivo do legislador, essa decisão formal implica em reconhecer características materiais. 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.

Esse sistema de responsabilidade, por envolver um ilícito e punições mais graves, invoca a existência de uma trama de princípios aplicáveis que servem justamente para proteger o indivíduo do *jus puniendi* estatal.

Não é a pretensão do presente estudo exaurir as características e os princípios do Direito penal, mas apenas analisar aquelas que dão suporte ao princípio da insignificância. Assim, optamos por expor: (i) princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*; (ii) o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; (iii) o princípio da ofensividade; (iv) o caráter fragmentário do Direito penal; (v) o princípio da proporcionalidade e (v) a tipicidade penal.

3.1.Princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*

Conforme exposto, o Direito penal trata apenas dos ilícitos tidos como mais graves ao convívio social. As condutas penalmente irrelevantes são aquelas que não são graves o bastante para serem enquadradas como ilícitos penais, cabendo ao legislador optar por essa qualificação.

Desse modo, se é reconhecido que o Direito penal é o sistema de responsabilização que trata apenas dos ilícitos mais graves, prevendo também as sanções mais graves, há um impedimento lógico em criminalizar condutas que não são materialmente ofensivas e lesivas. O Direito penal deve ser utilizado apenas quando os outros meios jurídicos forem insuficientes para a proteção da ordem social. Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini lecionam que: “apenas as condutas deletérias da espinha dorsal axiológica do sistema global histórico-cultural da sociedade devem ser tipificadas e reprimidas”¹¹².

¹¹² 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. p. 104.

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, nesse sentido, 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”¹¹³. 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.

Ocorre que, se esse princípio é um resultado lógico de uma característica própria do Direito penal, não há porque limitá-lo apenas à atividade legislativa. Esse princípio possui efeitos que repercutem na própria aplicação da lei penal. Alice Bianchini aponta três perspectivas para esse princípio, quais são: (i) o Direito penal deve ser utilizado apenas quando for estritamente necessário em termos de utilidade social (princípio da necessidade); (ii) o Direito penal deve atuar apenas na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos indivíduos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos); (iii) apenas condutas que efetivamente causem ofensa ou abalo social que justifiquem a intervenção penal (princípio da ofensividade)¹¹⁴. Os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade são de extrema relevância, pois a aplicação ampla destes permite transpor a aplicação da *ultima ratio*, não só ao legislador, mas também à aplicação da lei penal no caso concreto.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

¹¹⁴ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-29.

3.2.Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos determina que o Direito penal deve tutelar apenas os bens jurídicos necessários para a sociedade. Por jurídico, podemos entender que é um bem tutelado pela ordem jurídica, o que está ligado com a legalidade (*nulla poena sine lege*).

No entanto, a doutrina penalista aponta que esse princípio não tem aplicação restrita e formalista, pelo contrário, em verdade, o bem jurídico referenciado pelo princípio assume acepção material. Ou seja, o Direito penal deve tutelar apenas os bens jurídicos na acepção material. Conforme aponta Alice Bianchini,¹¹⁵ o princípio comentado é decorrente do princípio da intervenção mínima do Direito penal e configura sua função básica, tutelando apenas o mínimo para o convívio social. Dessa forma, a noção material de bem jurídico tutelado pelo Direito penal configuraria uma limitação ao legislador na criação de tipos penais.

Alice Bianchini esclarece que, numa formulação ideal, a atividade legislativa, ao criminalizar novas condutas, está reduzida ao conceito de bem jurídico. Assim, ela apresenta um conceito negativo de bem jurídico penal, ou seja, as condutas que não devem ser objeto do Direito penal, abaixo transcrito: “Impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo o Estado tolerá-las e respeitá-las”¹¹⁶.

Por sua vez, o bem jurídico penal apresenta o seguinte conceito: “Dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto de bens imprescindíveis a uma qualificada existência do indivíduo em sociedade”¹¹⁷.

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado aponta que esse princípio demanda uma valoração sobre o conteúdo material do bem jurídico penal, partindo, primeiro, de uma valoração do constituinte e, depois, do legislador ordinário. A atividade do legislador ordinário deve ter em vista as diretrizes contidas na Constituição, incluindo os valores nela consagrados¹¹⁸. O conceito de bem

¹¹⁵ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29-30.

¹¹⁶ Ibid. p. 51.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

jurídico penal para o autor é: “[...] um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem”¹¹⁹.

Para esse autor, o conceito de bem jurídico exerce as seguintes funções: (i) função de garantia, já que limita a construção de tipos penais; (ii) função teleológica, pois serve como um critério de interpretação dos tipos penais; (iii) função individualizadora, visto que serve como critério de medida da pena no caso em concreto; e (iv) função sistemática, posto que serve como elemento classificatório decisivo na formação de grupos dos tipos penais¹²⁰.

O critério material para identificar um bem jurídico é relativamente amplo e demanda uma análise fática e social quanto à periculosidade da conduta e ao ônus argumentativo de que a conduta deve ser criminalizada, o que de certa forma limita a aplicabilidade desse princípio. Nesse sentido, as funções apresentadas por Regis Prado são de extrema relevância, pois permitem a aplicação no caso concreto. Portanto, se a conduta praticada não ofende o bem jurídico penal, logo não há o crime.

Feitas as considerações sobre esse princípio, é possível verificar que mesmo o bem jurídico penal exige uma ofensa relevante para configurar a tutela penal. Isso nos leva à análise do princípio da ofensividade, que será tratado no próximo subitem.

3.3.Princípio da ofensividade

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 porque utilizar o Direito penal para tutelar essa conduta, devendo-se utilizar outras esferas de responsabilização menos graves. Alice

¹¹⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 88.

¹²⁰ Ibid. p. 87-88.

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 bem¹²¹.

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”¹²².

Por sua vez, Rogério Greco identifica no princípio da ofensividade (ou lesividade) um norte voltado ao legislador, devendo este criminalizar apenas as condutas que extrapolem a pessoa do agente e que venham a atingir os bens jurídicos de extrema relevância¹²³. Semelhantemente, Guilherme de Souza Nucci identifica que o princípio da ofensividade é consectário da intervenção mínima, devendo a criação de tipos penais ter como objetivo indispensável a punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados¹²⁴.

Trata-se de um princípio que incide sobre a atividade legislativa e também sobre a aplicação da lei penal no caso em concreto. A limitação à atividade legislativa pelo princípio da ofensividade apenas reforça o caráter de intervenção mínima do Direito penal, mas a aplicação desse princípio ao caso em concreto impõe o dever do intérprete de identificar a ofensa relevante na conduta ilícita. Inexistindo essa ofensa, seja no plano abstrato ou na conduta já penalmente tipificada, não deve o Direito penal incidir. Inclusive, essa função dupla é apontada por Cezar Roberto Bitencourt:

Em outras palavras, a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final.¹²⁵

¹²¹ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

¹²³ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016. p. 90.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral / parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2015, op. cit. p. 62.

O autor aponta que, por meio do princípio da ofensividade, o intérprete da lei corrige eventual imperfeição da norma penal já definida pelo legislador, adequando-a aos princípios regentes do Estado de Direito. Concordamos com essa posição, pois a ofensividade pode e deve ser verificada caso a caso. Logo, se todo o Direito penal é regido pela intervenção mínima, por que aceitaríamos a incidência sobre uma conduta praticada que sequer ofende de maneira relevante o bem jurídico tutelado?

3.4. Caráter fragmentário do Direito penal

Até o momento, verificamos que o Direito penal é um sistema de responsabilização com regime jurídico próprio e que deve incidir apenas sobre as condutas mais graves e danosas à sociedade. Trata-se de um sistema qualificado de responsabilização pela prática de atos ilícitos, razão pela qual o ilícito e a sanção penal são as mais severas. Evidentemente, é nítido que o Direito penal não engloba todos os ilícitos jurídicos, mas apenas os mais graves.

Essa 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 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.¹²⁶

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 intolerável¹²⁷. 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

¹²⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal apud* BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

¹²⁷ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

menos onerosos para o indivíduo; e (iv) os meios penais selecionados sejam adequados e eficazes¹²⁸.

Entretanto, nota-se que, com respeito aos autores que pensam o contrário, a fragmentariedade não constitui por si só um princípio, mas sim uma característica do Direito penal, que decorre de outros princípios penais, tais como a intervenção mínima, a ofensividade, a exclusiva proteção de bens jurídicos etc. Não há como extrair da fragmentariedade um conteúdo normativo axiológico, em verdade, é a fragmentariedade que é extraída a partir de outros princípios penais. Por isso, em face desses princípios, pode-se dizer que o Direito penal tem como característica tutelar os “fragmentos da realidade social”.

De todo modo, muito mais importante que a definição da fragmentariedade, como princípio ou como característica decorrente de outros princípios, é a identificação da fragmentariedade no Direito penal, posto que, é, por meio dela, que é possível racionalizar e identificar outros princípios jurídicos aplicáveis no Direito penal.

Ivan Luiz da Silva entende que a fragmentariedade é um princípio, *in litteris*:

Assim, o Princípio da Fragmentariedade informa o Direito penal no sentido de que não é toda conduta lesiva ao bem jurídico que deve ser sancionada criminalmente, mas tão somente aquelas condutas mais graves intoleráveis praticadas contra os bens jurídicos penalmente tutelados.¹²⁹

Percebe-se que o autor nomeia como princípio da fragmentariedade o que definimos anteriormente como princípio da intervenção mínima e princípio da ofensividade. Reiteramos nosso posicionamento de que as palavras não possuem donos, sendo as classificações úteis ou inúteis. Desse modo, entendemos que nossa classificação da fragmentariedade, como uma característica do Direito penal, que decorre de outros princípios, é mais pertinente do que reconhecer nela um princípio por si só.

¹²⁸BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

¹²⁹SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 126.

Apenas para ilustrar, citamos Guilherme de Souza Nucci, que reconhecia a fragmentariedade como um princípio autônomo, mas que a partir de mais apurada reflexão, passou a incluir a subsidiariedade como um “mero coadjuvante” do princípio da intervenção mínima¹³⁰.

Todavia, apesar de discordarmos da classificação da fragmentariedade como um princípio, temos de reconhecer que o grande mérito de Ivan Luiz da Silva reside no fato de que ele aponta que a fragmentariedade (apontada como princípio) e a natureza subsidiária do Direito penal são realizadas pelo princípio da insignificância¹³¹. Não há como discordar disso, apenas retocamos o posicionamento do autor para ficar coerente com o exposto até o momento: o caráter fragmentário do Direito penal, decorrente dos princípios da intervenção mínima, exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade, é realizado, no plano concreto, pelo Princípio da insignificância.

3.5. Princípio da proporcionalidade

A doutrina penal também trata do princípio da proporcionalidade. Luiz Regis Prado aponta que foi Cesare Beccaria quem apontou que esse princípio constitui um pressuposto penal, devendo as penas ser proporcionais aos delitos¹³².

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é aplicável tanto na dimensão abstrata quanto concreta. Isto é, a atividade legislativa não deve instituir penas desproporcionais ao tipificar uma conduta como crime, e o aplicador do Direito deve levar em conta esse princípio na dosimetria da pena.

No âmbito do Código Penal, o princípio da proporcionalidade pode ser extraído a partir do art. 59, que dispõe:

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral / parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

¹³¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 127.

¹³² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 91.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente** para reprovação e prevenção do crime (grifos próprios).

Para Rogério Greco, a proporcionalidade é extraída da necessidade e suficiência da pena. Por necessária, a pena deve cumprir com seu papel de reprovar e prevenir a conduta criminosa, ao passo que a pena suficiente é aquela proporcional ao mal praticado pelo agente¹³³.

Luiz Regis Prado ainda esclarece que a proporcionalidade exige uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, o injusto penal e a pena determinada em lei ou aplicada pelo juiz¹³⁴. Luiz Regis Prado¹³⁵ e Cezar Roberto Bitencourt¹³⁶ já introduzem em suas obras a noção dos subprincípios que compõem a proporcionalidade *lato sensu*, quais são: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Apesar de muitos autores não relacionarem diretamente o princípio da proporcionalidade com o da insignificância, Ivan Luiz da Silva entende que o princípio da insignificância realiza concretamente a proporcionalidade¹³⁷.

De todo modo, ainda que a proporcionalidade não seja frequentemente tratada como fundamento para a insignificância, trata-se de um princípio que permeia a teoria geral do Direito e incide, portanto, sobre o Direito penal.

3.6. Tipicidade penal

Em função do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*) aplicável ao Direito penal, a conduta penalmente tutelada deve estar previamente definida em lei, seja no Código penal ou na legislação penal extravagante. A lei, ao seu turno, descreve elementos necessários para a

¹³³ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal*. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016. p. 109-115.

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 92.

¹³⁵ Ibid. p. 91.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68.

¹³⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 129.

individualização e características da conduta penalmente punível. Esse conjunto de elementos é denominado de *tipo*.

Para a correta compreensão do tipo e, conseqüentemente, da tipicidade, é necessário entender suas origens. Vico Mañas expõe a evolução desse conceito em obra que trata do princípio da insignificância¹³⁸.

3.6.1. Evolução do tipo no Direito penal

Vico Mañas aponta que o termo tipo tem como origem a expressão alemã “*tatbestand*”,¹³⁹ prevista no § 59, do Código do Reich, de modo que, conforme aponta Jiménez de Asúa, é a tradução alemã da expressão latina “*corpus delicti*”¹⁴⁰. Esse conceito era equívoco, podendo representar o fato objetivo de cada delito, os efeitos materiais dos delitos de fato permanentes e qualquer vestígio indiciário do delito. De todo modo, em sua origem, esse termo representava, em maior ou menor grau, a ideia de objetividade e certeza necessária para o julgamento sobre o delito¹⁴¹.

Em 1906, Ernest von Beling, em sua obra “*die lehre vom Verbrechen*”, apresenta o conceito de tipo como a mera descrição legal-abstrata e objetiva da conduta, constituindo “expediente técnico-legal, descrição neutra (não valorativa), estritamente objetiva e externa, independente dos demais aspectos do delito [...] e insuficiente para sua configuração”¹⁴². Vico Mañas aponta que essa concepção se fundamentava pelo modelo positivista do direito que vigorava naquela época.

O conceito de Beling de tipo, como algo puramente objetivo, não ficou isento de críticas. Max Ernest Mayer, dentre várias críticas apontadas, que a linguagem descritiva da lei penal já incorpora elementos subjetivos, tais como os estados e processos anímicos do agente e

¹³⁸ VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42 e seguintes.

¹³⁹ Ibid. p. 42.

¹⁴⁰ ASÚA, Luís Jiménez de. Tratado de derecho penal *apud* VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42.

¹⁴¹ VICO MAÑAS, Carlos, 1994, op. cit. p. 42.

¹⁴² DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito tributário, direito penal e tipo *apud* VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 44.

normativos¹⁴³. Ou seja, inexistia a tipicidade carente de valor e livre de elementos psíquicos, o que desqualifica a noção puramente objetiva do tipo.

Por sua vez, Edmund Mezger aponta que há dependência entre a tipicidade e a antijuridicidade, de modo que a antijuridicidade é o *ratio essendi* do *tatbestand*. O tipo, nesse sentido, é composto por três elementos: (i) os objetivos, que dizem respeito à descrição de estados e acontecimentos; (ii) os subjetivos, que dizem respeito ao estado anímico do agente; e (iii) os normativos, que se referem à apreciação jurídica e uma valoração cultural¹⁴⁴.

Posteriormente, conforme apontado por Vico Mañas, a evolução da teoria finalista, elaborada por H. Welzel, no início de 1930, iria influenciar decisivamente a noção de tipo¹⁴⁵. Antes da teoria finalista, vigorava o conceito causalista de ação, que identificava no crime os seguintes componentes: (i) vontade; (ii) expressão externa dessa vontade por intermédio de um movimento corpóreo e (iii) o resultado. O supracitado autor elucida que essa tese da causalidade dispensa a vontade como elemento necessário para a configuração da conduta criminosa, salvo para a coação mecânica ou psicofísica, desconsiderando qualquer subjetividade na conduta. O finalismo rompe com essa concepção ao acrescentar a característica da intencionalidade ou finalidade do agente já na fase de tipificação da conduta, pois o legislador, ao definir condutas criminosas, não se limita a reproduzir apenas um processo causal, mas sim um processo causal que decorre de uma vontade do agente, e “apenas a finalidade de seu autor pode dar significado a esse processo meramente casual”¹⁴⁶. Dessa forma, Vico Mañas conclui:

O grande mérito de Welzel reside no fato de ter concebido o *tatbestand* não só constituído de elementos objetivos e externos da ação, como também de elementos anímicos subjetivos. O injusto subjetivo, o dolo, participa necessariamente do *tatbestand*, e não mais com caráter excepcional e secundário.¹⁴⁷

A teoria finalista é amplamente aceita para a tipicidade da conduta criminosa, reconhecendo a importância da culpa ou do dolo como elementos típicos. Superada a questão

¹⁴³ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito tributário, direito penal e tipo *apud* VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 45.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 48.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 51.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 52.

quanto à evolução do conceito de tipo e o reconhecimento da tipicidade conforme a teoria finalista de Welzel, passamos a tratar com mais profundidade desse tema.

3.6.2. Tipo e fato típico

Tipo trata-se de um conceito equívoco, podendo abranger vários sentidos. Considerando o exposto até o momento, adotamos o tipo penal como a descrição do fato criminoso na lei penal. Sem a existência do tipo, não há a descrição da conduta criminosa, inexistindo o crime e, conseqüentemente, inexistindo a viabilidade jurídica de aplicação da sanção penal.

Cezar Roberto Bitencourt aponta que o tipo penal constitui o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, que descreve, a partir do formulado pelo legislador, o comportamento proibido¹⁴⁸.

Luiz Regis Prado, ao seu turno, esclarece que o tipo legal vem a ser o modelo, imagem ou esquema conceitual da ação ou omissão proibida, compreendendo todos os elementos e/ou circunstâncias que fundamentam o injusto penal de uma figura delitiva. O autor ainda aponta que o tipo é a expressão concreta de um bem jurídico específico tutelado pela lei penal¹⁴⁹.

Ao tratarmos de tipo, considerando toda a trama axiológica e finalística do Direito penal, estamos lidando com a descrição legal de uma conduta proibida que visa a tutelar o bem jurídico relevante.

O *fato típico* é aquele que se emoldura ao descrito no tipo legal. Cleber Masson explica que o fato típico é o fato *humano* que se enquadra com perfeição aos elementos descritos no tipo penal¹⁵⁰. Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini possuem entendimento no mesmo sentido, afirmando que o fato típico é o fato concreto que se adequa perfeitamente ao tipo penal¹⁵¹. O termo

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344.

¹⁴⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 215.

¹⁵⁰ MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 241.

¹⁵¹ 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. p. 85.

“típico”, portanto, é o adjetivo que reveste o fato que possui correspondência com o descrito no tipo penal. Portanto, se na análise do fato não houver pelo menos um elemento necessário, o fato passa a ser “atípico”, isto é, não se enquadra no descrito pelo tipo penal.

Nesse sentido, sob a ótica da teoria finalista, são elementos do fato típico: (i) a conduta (ação ou omissão); (ii) o resultado; (iii) a relação de causalidade; e (iv) a *tipicidade*¹⁵². Cleber Masson aponta que, a partir de construção da teoria finalista, o dolo e a culpa passaram a integrar a conduta¹⁵³.

3.6.3. Tipicidade

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”¹⁵⁴.

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 Eugênio Raúl Zaffaroni, “cumpre uma função fundamental na sistemática penal. Sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambularia sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto”¹⁵⁵. A conduta passa a ser típica se, por meio do juízo de tipicidade, é verificada se a conduta se enquadra no tipo penal, caso contrário, a conduta é atípica.

A correspondência necessária para a tipicidade deve ser plena, isto é, todos os elementos do fato típico devem ser verificados na conduta do mundo fenomênico. Conforme ensinam Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, o tipo penal não se limita apenas aos elementos objetivos,

¹⁵² 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. p. 242.

¹⁵³ MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 241.

¹⁵⁴ JESUS, Damásio. *Direito penal*. Vol. I: *parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 307.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

abarcando também os elementos subjetivos e normativos¹⁵⁶. Dessa forma, não basta a mera correspondência factual com o descrito no tipo legal, mas é necessário também a verificação da intenção do agente e a antijuridicidade da conduta. Por exemplo, no tipo legal de homicídio, é necessário que o agente mate outra pessoa, mas o fato por si só não será um crime de homicídio, visto que o agente pode ter agido sem dolo ou culpa, afastando a intenção, ou ter agido sob legítima defesa, afastando a antijuridicidade da conduta.

Esse exame de tipicidade é comumente denominado pela doutrina como tipicidade objetiva ou formal. Vico Mañas explica que a concepção formal da tipicidade sempre foi vista como mera correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo legal de crime definido em lei penal¹⁵⁷.

O Direito penal é fragmentário e regido pelos princípios da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos 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 desejado¹⁵⁸.

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 reprovável¹⁵⁹. Pierpaolo Bottini corrobora esse pensamento, pois, para esse autor, a tipicidade material exige além da tipicidade formal, sendo necessário “observar se o comportamento violou ou pôs em perigo o bem jurídico que legitima a norma de proteção, do contrário não haverá materialidade capaz de atrair a atenção do direito penal”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ 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. p. 98.

¹⁵⁷ VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52.

¹⁵⁸ Ibid. p. 53.

¹⁵⁹ Ibid. p. 54.

¹⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 98, p. 97-178, set./out., 2012.

Para Eugênio Raúl Zafforini, a tipicidade conglobante envolve a averiguação da proibição pelo tipo penal através da indagação do alcance proibitivo pela norma. É conglobante, posto que considera o ordenamento jurídico como um todo, indo além da tipicidade penal¹⁶¹. Apesar de esse autor utilizar nomenclatura própria, há semelhança entre o conceito de tipicidade conglobante e tipicidade material, visto que ambos os conceitos vão além da tipicidade formal, exigindo a verificação da efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

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 penal¹⁶².

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. Conforme iremos demonstrar no próximo item, 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.

4. O princípio da insignificância

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.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 413.

¹⁶² SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 78-89.

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 resultado¹⁶³. Essa ressalva é importante, visto que há outras excludentes de tipicidade penal ou de punibilidade além do princípio da insignificância, como a teoria da adequação social de Welzel e o princípio da desnecessidade da pena¹⁶⁴.

De todo modo, iremos expor o necessário para diferenciar o princípio da insignificância de outros princípios semelhantes e iremos focar na sua abordagem teórica e dogmática.

4.1.Nomenclatura: princípio da insignificância e crime de bagatela

Comumente, há uma fungibilidade entre os termos princípio da insignificância e criminalidade bagatela. No entanto, em face do dever da precisão terminológica, há de se diferenciar ambos os vocábulos.

O princípio da insignificância diz respeito ao princípio jurídico normativo que tem a função de afastar a tipicidade material de uma conduta irrelevante para o Direito penal. Já a criminalidade ou infração de bagatela refere-se à conduta de pouca importância para o Direito penal. Em igual sentido entende Ivan Luiz da Silva:

Não obstante o emprego de ambas as expressões, entendemos que o termo correto é Princípio da Insignificância quando desejarmos nos referir à norma jurídica aplicável na solução de casos concretos, devendo a designação criminalidade (ou delito) de bagatela ser empregada para se referir às condutas típicas de escassa lesividade.¹⁶⁵

De fato, a diferença entre esses termos reside no objeto que cada um descreve. O princípio da insignificância designa a norma jurídica, portanto, um componente do mundo jurídico (dever-se), ao passo que a “infração de bagatela” descreve uma conduta do mundo fenomênico (ser). É a

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

¹⁶⁴ Ibid. p. 28.

¹⁶⁵ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 83.

incidência do princípio sobre essa conduta que irá determinar se esta é relevante ou não para o Direito.

4.2.Origens do princípio da insignificância

Ao tratar do tema do princípio da insignificância, é lugar comum mencionar que este tem suas origens na máxima “*mínima non curat praetor*” do Direito Romano. Por meio desse postulado, o pretor não tratava de questões de pouca importância¹⁶⁶.

Todavia, Gustavo de Carvalho Guadanhin aponta que a primeira relação entre o princípio da insignificância e essa fórmula do Direito romano foi feita por Franz von Liszt, no final do século XIX. Na proposta de Franz von Liszt, tal expressão deveria ser resgatada para evitar que houvesse a aplicação de penas de privação de liberdade de curta duração, que teriam pouca efetividade em recuperar o criminoso¹⁶⁷.

Em verdade, segundo Gustavo de Carvalho Guadanhin, não há registro na doutrina de que essa expressão realmente tenha nascido no Direito romano. Sem embargo, o autor cita Guzmán Dalbora, indicando que havia elementos nas compilações de Justiniano para que os juristas, mediante procedimentos generalizadores, pudessem construir essa expressão. Inclusive, seria mais provável que essa expressão tenha sido criada pelos juristas humanistas da Idade Moderna¹⁶⁸.

De todo modo, sem prejuízo do proposto por Franz von Liszt, convém citar também a teoria da adequação social de Hans Welzel, que precede o princípio da insignificância. Por meio dessa teoria, excluem-se da tutela penal condutas que são formalmente típicas, mas que não são objeto de reprovação social¹⁶⁹. Apesar de a adequação social possuir o mesmo efeito do princípio da

¹⁶⁶ Nesse sentido, vide: SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 87.

¹⁶⁷ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 21.

¹⁶⁸ Ibid. p. 21-23.

¹⁶⁹ VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.

insignificância, isto é, o afastamento da tipicidade penal da conduta, esta incide sobre uma conduta diferente.

Enquanto o princípio da insignificância incide sobre condutas bagatelares e insignificantes, a adequação social pode incidir sobre condutas que não necessariamente são insignificantes no resultado. Como exemplo, podemos citar o caso de dois boxeadores que golpeiam um ao outro, formalmente há agressão (Código Penal, art. 129), mas a conduta é socialmente adequada, havendo atipicidade da conduta. Luiz Flávio Gomes apresenta diferenciação muito oportuna entre insignificância e adequação social:

O critério de insignificância está muito próximo ao da adequação social, mas são inconfundíveis: ‘Ainda que alguns autores o incluam naquele, pode-se distinguir do mesmo porque não supõe a total aprovação social da conduta, senão somente, uma relativa tolerância da mesma pela sua escassa gravidade. É o que acontece nas ofensas esportivas cometidas contra o regulamento, mas que se enquadram dentro do ‘normal’ no jogo (rasteiras, alguns chutes, etc.)’. Por outro lado, a adequação social está principalmente regulada pelo desvalor da ação, enquanto que a insignificância se centra predominantemente no desvalor do resultado.¹⁷⁰

De todo modo, a introdução do princípio da insignificância como um princípio autônomo foi feita por Claus Roxin, em sua obra “*Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*”. Roxin aponta que são necessários instrumentos para uma interpretação restritiva do Direito penal, tal qual a teoria da adequação social de Hans Welzel e também o princípio da insignificância¹⁷¹. Nas palavras de Roxin:

Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade.¹⁷²

Portanto, se no Direito penal estrangeiro esse princípio foi primordialmente formulado pela doutrina, no Brasil, as primeiras menções ao princípio da insignificância foram feitas pela

¹⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

¹⁷² Ibid. p. 48.

jurisprudência. Inclusive, a jurisprudência foi fundamental para a estruturação desse princípio no direito pátrio.

No início dos anos 80, o TACrim/SP foi responsável por introduzir o princípio da insignificância no julgamento da Apelação Criminal 283.949, de relatoria de Silva Franco e julgado em 1981. Posteriormente, a doutrina passou a tratar desse tema, destacando-se Francisco de Assis Toledo e sua obra “*Princípios Básicos de Direito penal*”, em 1982, e a monografia “*O princípio da insignificância como excludente da tipicidade*” de Carlos Vico Mañas, em 1994.

Atualmente, no Brasil, há farta jurisprudência¹⁷³ e doutrina¹⁷⁴ sobre o princípio da insignificância. Ainda que haja certas divergências quanto à extensão da aplicação desse princípio e o conteúdo de seu conceito, é possível afirmar que ele é relativamente aceito no Direito pátrio.

Não obstante o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário, no Direito positivo, o princípio da insignificância é apenas previsto no Código Penal Militar, no art. 209, § 6º, que prescreve: “No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar”¹⁷⁵.

¹⁷³ Apenas como exemplos, vide: STF, HC 102.940/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, J. em 05/04/2011; STJ, HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, J. em 06/12/2010; STF, HC 104.407, rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, J. em 02/12/2012; TJMG, ApCrim 1.0144.07.019701-3/001, rel. Des. Alexandre de Carvalho, j. em 04/03/2008; TJMG, ApCrim 1.0303.09.009568-6/001, rel. Des. Hélcio Valentim, J. em 20/05/2010; STF, RHC 66.869, rel. min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, J. em 06/12/1988; STF, HC 84412/SP, Min. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004; STF, Ag. Reg. no HC 171.536/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, J. em 23/08/2019.

¹⁷⁴ Praticamente todos os cursos e manuais de Direito penal tratam do princípio da insignificância, vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Malheiros Editores, 2005; CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Vol. 1: *parte geral (arts. 1º a 120)*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; ESTEFAM, André. *Direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995; GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do Direito penal. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016; JESUS, Damásio. *Direito penal*. Vol. I: *parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; MASSON, Cleber. *Direito penal*: parte geral. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. Vol. 1: *parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral / parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; dentre outros.

¹⁷⁵ Sobre a insignificância no Código Penal Militar, Luiz Flávio Gomes explica: “No nosso Código Penal Militar, dentre outros artigos, contamos com o art. 209, § 6º, que diz: “No caso de lesões levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar”. O juiz tem a faculdade (na verdade, um poder-dever) de declarar a ausência de tipicidade “penal”, reconhecendo que a ofensa é insignificante e caracterizadora tão somente de uma infração disciplinar (...). O dispositivo legal mencionado deixa claro que corresponde ao juiz o reconhecimento da insignificância, que conta com o poder de trasladar caso concreto para o âmbito administrativo (infração disciplinar), quando a lesão é “levíssima” (mínima)”. (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60-61).

Sem embargo, a ausência de previsão legislativa expressa não impede a aplicação desse princípio, visto que este é um resultado lógico decorrente de todas as características e princípios do Direito penal.

4.3. Conteúdo do princípio da insignificância

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 bagatelas¹⁷⁶. 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 penal¹⁷⁷. Na definição de Vico Mañas, há maior ênfase na concepção material do tipo penal.

¹⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

¹⁷⁷ VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 81.

Rogério Greco sustenta que o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação que auxilia o intérprete a uma correta ilação do tipo penal, pautado em uma visão minimalista, de modo a retirar a aplicação da lei penal sobre o plano concreto¹⁷⁸.

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, esclarece que a tipicidade penal exige uma ofensa grave aos bens jurídicos protegidos e que, sem essa ofensa, há a incidência do princípio da insignificância que afasta a tipicidade da conduta que é apenas formalmente típica. Afasta-se a tipicidade, pois o bem jurídico sequer chegou a ser lesado¹⁷⁹.

Essas definições não são contraditórias, pelo contrário, se complementam na medida em que cada autor tende a apontar algum aspecto do Direito penal que estruture o princípio comentado (tipicidade material, fragmentariedade, intervenção mínima e ofensividade). Mas a definição coincide quanto ao objeto do princípio da insignificância, que é a conduta (ou infração) de bagatela, e quanto ao efeito, que é afastar a tipicidade da conduta. A limitação quanto ao objeto do princípio da insignificância é necessária para não haver confusão com outros princípios penais de efeitos semelhantes, tal qual a já exposta adequação social.

Nesse sentido, é preciosa a lição de Luiz Flávio Gomes ao dividir a infração bagatela em duas espécies: (i) própria e (ii) imprópria. A infração bagatela própria é aquela que já nasce sem nenhuma relevância penal, seja porque inexistente um relevante desvalor da ação ou um relevante desvalor do resultado jurídico (não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico, que mereça a incidência do Direito penal) ou ambos¹⁸⁰. A infração bagatela imprópria, ao seu turno, é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta, bem como desvalor do resultado), mas, ante a análise das circunstâncias do caso concreto, apresenta-se desnecessária sua punição em razão do princípio da desnecessidade da pena (art. 59 do CP) conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato¹⁸¹.

¹⁷⁸ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal*. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016. p. 96.

¹⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64-65.

¹⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 26.

A divisão proposta pelo autor está correta. A infração bagatelar própria é aquela que é insignificante por si só e evoca a aplicação do princípio da insignificância independentemente de outros fatores. A infração bagatelar imprópria depende da análise de outras circunstâncias além da conduta e, mesmo diante de uma conduta materialmente relevante para o Direito penal, a punibilidade será afastada com base no princípio da desnecessidade da pena, e não com fundamento no princípio da insignificância.

Com entendimento semelhante, Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini aduzem que a aplicação do princípio da insignificância deve levar em conta apenas os aspectos objetivos do fato, excluindo os aspectos subjetivos (antecedentes, personalidade, motivação etc.), pois estes estão relacionados com a culpabilidade. Isso porque, segundo os autores, a culpabilidade integra a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica, pois, é certo que não se devem invocar critérios de medida de culpabilidade atinentes à pessoa do agente para afastar a insignificância onde esta deve ser reconhecida¹⁸². De fato, se a culpabilidade pressupõe a antijuridicidade e a tipicidade, conjectura-se que a avaliação da tipicidade já foi superada no momento em que se analisa a culpabilidade. Ao final, os autores revelam que a insignificância deve ser aferida de forma objetiva, visto que a antijuridicidade é uma medida objetiva¹⁸³.

Dessa forma, o princípio da insignificância tem como objeto a conduta bagatelar por si só, isto é, aquela com mínimo desvalor na ação e/ou no resultado.

Conforme já exposto, o Direito penal é fragmentário, tratando apenas das condutas mais graves ao convívio social. Se isso é aceito, há de se aceitar que a tipificação de uma conduta como crime por uma norma penal possui o indesejado efeito de abarcar condutas que não são graves suficientes para exigir a tutela penal. Daí que se reconhece a dualidade da tipicidade em formal e material. A incidência do princípio da insignificância ocorre justamente quando há ausência de tipicidade material 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

¹⁸² 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. p. 103.

¹⁸³ Ibid. p. 103.

também deve abranger a tipicidade material (que compreende dois juízos distintos: de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico)¹⁸⁴. 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 punível¹⁸⁵. 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.¹⁸⁶

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 insignificância¹⁸⁷.

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.

¹⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 74.

¹⁸⁵ Ibid. p. 75-76.

¹⁸⁶ Ibid. p. 55.

¹⁸⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 109.

4.4. Jurisprudência e o princípio da insignificância

Conforme já exposto, a jurisprudência foi a primeira responsável por introduzir esse tema no Direito pátrio, conforme consta do julgamento da Apelação Criminal 283.949, no antigo e já extinto TACrim/SP, em 1981.

O reconhecimento do princípio da insignificância pelo STF se efetivou por meio do 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).

Pierpaolo Bottini aponta que o sistema carcerário brasileiro é lotado e deficitário¹⁸⁸ e a jurisprudência aplica o princípio da insignificância como um instrumento para evitar a condenação de réus por crimes de pouca monta e violência¹⁸⁹. De acordo com o autor, a construção jurisprudencial brasileira se deu em razão disso e não em razão da concepção complexa da tipicidade material penal.

De todo modo, sem contestar a situação fática do sistema prisional, apontada por Bottini, a jurisprudência contribuiu deveras para o avanço teórico desse tema. O TACrim/SP, por exemplo, já reconheceu que o princípio da insignificância decorre da natureza fragmentária do Direito penal e informa o juízo da tipicidade, *in litteris*:

¹⁸⁸ “Tal constatação tem lastro nos dados do Departamento Penitenciário Nacional, que aponta para um vertiginoso crescimento do encarceramento no país. Se em 2005 existiam 252.460 presos provisórios e definitivos no Brasil, em junho de 2010 esse número aumentou para 494.237. A insustentabilidade econômica da política de prisão em massa, e os custos sociais e políticos da manutenção de estabelecimentos sem estrutura para abrigar os detentos, justificam a adoção de políticas de redução desse contingente”. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 98, p. 124, set./out, 2012).

¹⁸⁹ Ibid. p. 124.

Segundo o princípio da insignificância, informador do juízo da tipicidade, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico e não deve ocupar-se de bagatelas (TACrim/SP, Apelação 614.803/7, Rel. Saraiva de Medeiros, J. em 19.12.1990).

Em outra oportunidade, o TACrim/SP também reconheceu o afastamento da tipicidade por meio do princípio da insignificância. Além disso, em mesmo julgado, há uma diferenciação entre o princípio da insignificância com a criminalidade de bagatela, como foi exposto no subitem 4.1. Abaixo, transcrevemos excerto desse julgado:

O princípio da insignificância pertine aos delitos de bagatela, permitindo sua consideração pela jurisdição penal como fatos atípicos, posto que destituídos de qualquer valoração a merecer tutela e, portanto, irrelevante. São os que pertinem a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivo e insignificantes que não merecem a reprovabilidade (TACrim/SP, SER, 485.451-2, Rel. Walter Swensson, J. em 23/03/1998).

Mais ainda, a jurisprudência também apresenta conceito para o princípio da insignificância, conforme se extrai dos julgados abaixo:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatelas, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois a completa falta de juízo de reprovação penal (TACrim/SP, Apelação 1.044.889/5, Rel. Breno Guimarães, J. em 24/09/1997).

O princípio da insignificância referido pela doutrina nada mais é, pois, do que instrumento de interpretação restritiva da norma penal incriminadora, através do qual, sem afastar a segurança jurídica necessária, opera a descriminalização de condutas cujo potencial ofensivo não atinja o bem jurídico tutelado pela norma. Aliás, já era aplicado no Direito Romano segundo a máxima contida no brocardo de *mininis non curat praetor*. (TRF3, Apelação 3.948, Rel. Sylvia Steiner).

Logo, não há como desconsiderar a importante contribuição da jurisprudência (e especialmente do TACrim/SP) para o desenvolvimento desse tema. Mesmo se considerarmos que houve uma influência por parte do cenário fático envolvendo as condições carcerárias do país, há um importante substrato teórico que foi recepcionado pela jurisprudência brasileira desde a década de 1980.

Uma crítica recorrente ao princípio da insignificância diz respeito aos parâmetros necessários para se definir o que é insignificante. Sem a definição de critérios ou parâmetros, haveria uma banalização do princípio e a segurança jurídica ficaria prejudicada. Poderia haver

casos em que crimes efetivamente danosos não fossem punidos e condutas bagatelares que não seriam punidas. A preocupação com a definição desses critérios já foi demonstrada por Luiz Regis Prado:

O que é, afinal, insignificante? Trata-se de um conceito extremamente fluido e de incontestável amplitude. Daí porque sua aplicação costuma vulnerar a segurança jurídica, peça angular do Estado de Direito. É ele, como bem se destaca, 'a incompatível com as exigências da segurança jurídica. A delimitação dos casos de bagatela ficaria confiada à doutrina e à jurisprudência, sendo o limite sempre discutível'.¹⁹⁰

A resposta da jurisprudência foi a de tentar uniformizar, mais ou menos, os parâmetros necessários para a aplicação desse princípio. Ainda que cada tribunal acabasse por utilizar critérios próprios e sem muita objetividade, o STF tentou uniformar essa questão por meio do julgamento do HC 84.412, de relatoria do Min. Celso de Mello, onde afasta-se a tipicidade penal, considerando que a conduta (furto) é penalmente irrelevante. No mais, o STF estabelece um rol exemplificativo de critérios para apurar a insignificância, quais 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 - CONSEQUENTE 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

¹⁹⁰ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 126.

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).

Nessa ocasião, percebe-se que o STF utiliza o termo “certos vetores, tais como [...]”, o que demonstra que os critérios elencados são exemplificativos. Em verdade, a própria natureza da insignificância permitiria que outros critérios poderiam ser verificados no caso concreto. Todavia, a atual jurisprudência do STF tende a levar em conta que os quatro critérios, acima mencionados, devem ser verificados cumulativamente no caso concreto¹⁹¹. Discordamos do posicionamento recente do STF, pois a conduta poderá ser irrelevante para o Direito penal mesmo que não haja a cumulatividade de todos os critérios definidos, devendo a insignificância ser verificada caso a caso.

4.5. Crimes contra a Administração Pública

Ao tratarmos do princípio da insignificância e dos crimes contra a Administração Pública, temos de ter em mente qual o bem jurídico tutelado pela norma penal nesse caso. Não obstante o Direito penal vise a proteger a Administração Pública, ressaltamos que não estamos tratando aqui de Direito Administrativo Sancionador, que é outra esfera de responsabilização, conforme já explicado.

Na verdade, quando há a criminalização de condutas que atentam contra a Administração Pública, há uma decisão política do legislador em alocar sanções penais contra determinadas condutas, ainda que essas condutas sejam as mesmas já tipificadas como infração administrativa ou ato de improbidade administrativa.

No entanto, apesar de o critério para diferenciar uma esfera da outra ser formal, cada esfera de responsabilização possui características próprias. No caso do Direito penal, a principal

¹⁹¹ Nesse sentido, vide: “O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada” (Ag. Reg. no HC 171.536/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, J. em 23/08/2019)

característica é o seu caráter fragmentário e a incidência do princípio da intervenção mínima, razão pela qual o Direito penal é subsidiário.

Nesse sentido, Gustavo de Carvalho Guadanhin também reconhece que há uma similitude nos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal e outras esferas de responsabilidade, reconhecendo a independência entre as instâncias política, administrativa, civil e penal. O que difere, materialmente, o Direito penal dessas outras instâncias é nota de *ultima ratio* do sistema penal¹⁹².

Essa diferenciação se torna especialmente relevante quando determinadas condutas são penalmente irrelevantes em razão do princípio da insignificância. Nesse caso, em face da aplicação desse princípio, outras instâncias ficam encarregadas de sancionar o ato reprovável que é penalmente irrelevante. Essa consequência é explicada por Gustavo de Carvalho Guadanhin: “Isso teria por consequência tanto a prevalência da esfera penal para os ataques mais relevante ao bem jurídico, quanto a utilização de outras vias de proteção para os casos em que a exposição apurada for penalmente insignificante”¹⁹³.

De todo modo, a identificação do bem jurídico tutelado nos crimes contra a Administração Pública depende do que a Lei penal entende por Administração Pública. Conforme leciona Damásio de Jesus, a Administração Pública no Direito penal possui um sentido amplo, englobando o conjunto de funções realizadas pelo Poder Público¹⁹⁴. O CP, na atual redação, trata desses crimes em seu Título XI, subdividindo-o em cinco capítulos: (i) dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral; (ii) dos crimes praticados por particular contra a administração em geral; (iii) dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira; (iv) dos crimes contra a administração da justiça; e (v) dos crimes contra as finanças públicas.

Em suma, o que o Direito penal tutela por meio dos “crimes contra a Administração Pública” engloba tanto a pessoa jurídica da Administração Pública quanto a atividade de administração. Antonio Pagliaro e Paulo da José da Costa Jr. entendem que, uma vez que o Direito

¹⁹² GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 186.

¹⁹³ Ibid. p. 157.

¹⁹⁴ JESUS, Damásio. *Direito penal. Vol. 4: parte especial: Crimes contra a fé pública a crimes contra a Administração Pública*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147.

penal considera como administração pública toda a atividade para a satisfação do bem comum (aspecto objetivo) e o conjunto de entes que desempenham essas funções (aspecto subjetivo), os crimes dessa espécie possuem a característica comum de ofender a atividade funcional do Estado ou de seus entes¹⁹⁵.

Diante dessa sistemática legislativa e do conteúdo dos tipos penais, Gustavo de Carvalho Guadanhin identifica que, além da tutela genérica da Administração Pública e sem prejuízo de outros que venham a ser identificados, os seguintes bens jurídicos são tutelados no âmbito dos delitos contra a Administração Pública: (i) a preservação do erário público (p. ex.: peculato, previsto nos artigos 312 e 313 do Código Penal); (ii) segurança do conjunto de informações (p. ex.: art. 313-A do Código Penal); (iii) patrimônio do administrado (p. ex.: concussão, prevista no art. 316 do Código Penal); (iv) a prevalência do interesse público sobre o interesse particular (p. ex.: abandono de função, previsto no art. 323, e usurpação de função pública, prevista no art. 328 do Código Penal); (v) incolumidade física do administrado (p. ex.: violência arbitrária, prevista no art. 322 do Código Penal); (vi) a honra do administrado (p. ex.: denúncia caluniosa, prevista no art. 339 do Código Penal); (vii) a incolumidade física do funcionário público (p. ex.: resistência, prevista no art. 329 do Código Penal); (viii) a honra do funcionário público (p. ex.: desacato, prevista no art. 331 do CP); (ix) as informações sensíveis (p. ex.: violação de sigilo funcional, previstas no art. 325 do CP); (x) o respeito às determinações do Estado (p. ex.: desobediência, previsto no art. 330 do CP); (xi) o respeito à repressão penal e ao processo judicial (p. ex.: falso testemunho ou falsa perícia, previsto no art. 342 do CP); (xii) saúde pública (p. ex.: tráfico de drogas, art. 33 da Lei 11.343/2006) e (xiii) segurança pública (p. ex.: tráfico internacional de arma de fogo, previsto no art. 18 da Lei 10.826/2003)¹⁹⁶.

Quanto à aplicação do princípio da insignificância a essa espécie de delitos, Gustavo de Carvalho Guadanhin entende que o princípio da insignificância é aplicável a quase todas as condutas tipificadas quando a ofensa for mínima, o que poderia ocorrer com qualquer bem jurídico, inclusive nos crimes contra a Administração Pública¹⁹⁷.

¹⁹⁵ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 16-17.

¹⁹⁶ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 154-156.

¹⁹⁷ Ibid. p. 158.

No entanto, o autor esclarece que, enquanto a doutrina jurídica reconhece que o princípio da insignificância é aplicável, parte da jurisprudência segue caminho inverso. Ainda que a jurisprudência até reconheça a aplicabilidade desse princípio em determinadas figuras delitivas, nos casos em que o tipo penal envolve “moralidade” e “probidade”, entende-se que é inviável a aplicação¹⁹⁸. Nesse caso, a jurisprudência entende que não está em jogo a tutela do patrimônio da Administração Pública, mas sim a moralidade administrativa. O STJ, por exemplo, já decidiu que é inviável a aplicação do princípio da insignificância para o crime de peculato:

Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a Administração Pública. Peculato. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Precedentes. 1. O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido que não se aplica 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. (STJ, AgRg no REsp 1.275.835-SC, rel. min. Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, J. em 11/10/2011).

Ainda, o STJ possui entendimento geral de que “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes cometidos contra a Administração Pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa”¹⁹⁹.

No entanto, enquanto há resistência por parte da jurisprudência em aplicar o princípio, a doutrina, em geral, reconhece o afastamento da tipicidade em determinadas condições. No tocante ao mínimo exigido para caracterizar a conduta, Antônio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr. entendem que deve ser verificado um valor mínimo ao objeto, não devendo haver a caracterização de peculato quando o bem for de valor exíguo²⁰⁰. Ao seu turno, Cezar Roberto Bitencourt considera

¹⁹⁸ Ibid. p. 159.

¹⁹⁹ Vide STJ - Jurisprudência em teses, edição 57: crimes contra a Administração Pública. Acórdãos: AgRg no AREsp 487715/CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, J. em 18/08/2015; AgRg no REsp 1511985/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, J. em 20/08/2015; AgRg no REsp 1308038/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, J. em 19/05/2015; AgRg no AREsp 342908/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, J. em 18/06/2014; AgRg no REsp 1382289/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, J. em 05/06/2014; AgRg no REsp 1102065/MS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, J. em 19/04/2012; HC 165725/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, J. em 31/05/2011; e AP 000702/AP, Rel. Min. João Otávio De Noronha, Corte Especial, J. em 03/06/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁰⁰ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. P. 53.

que o peculato de uso, caracterizado pelo uso momentâneo do objeto do peculato, posteriormente, é devolvido após sua utilização, não configurando crime²⁰¹.

Mesmo a jurisprudência acaba aceitando a aplicabilidade do princípio da insignificância em certos crimes contra a Administração Pública.

Em que pese o entendimento acima exposto, o próprio STJ reconhece que, em situações excepcionais, é possível a aplicação do princípio da insignificância no caso de importação clandestina de medicamentos que configure crime de contrabando, contanto que a importação não autorizada seja de pequenas quantidades para uso próprio²⁰².

O STF, por sua vez, entende que é possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato. Isso é importante, pois por meio desse julgado, o STF reconhece a amplitude do princípio da insignificância, indo de encontro com a afirmação doutrinária que tal princípio se aplica à grande parte dos delitos. Abaixo, transcrevemos ementa:

HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A Manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (HC 87478/PA, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, J. em 29/08/2006).

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 49.

²⁰² Vide STJ - Jurisprudência em teses, edição 81: crimes contra a Administração Pública - II. Acórdãos: AgRg no REsp 1572314/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J. em 02/02/2017; AgRg no REsp 1500691/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, J. em 11/10/2016; AgRg no AREsp 509128/PR, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), J. em 08/03/2016; AgRg no REsp 1389698/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Julgado em 03/12/2015; AgRg no AREsp 654319/SP, Rel. Min. Gurgel De Faria, Quinta Turma, Julgado em 21/05/2015; REsp 1341470/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, J. em 07/08/2014; REsp 1346413/PR, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Rel. p/ Acórdão Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, J. em 23/04/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 31 jul. 2019.

Portanto, ainda que haja certas objeções jurisprudenciais, é possível afirmar que o princípio da insignificância se aplica aos crimes contra a Administração Pública. Ou seja, até mesmo aquelas condutas que atentam contra o patrimônio material e moral (moralidade administrativa) podem ter a tipicidade afastada por meio do princípio da insignificância.

CAPÍTULO IV – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. Considerações iniciais: corrupção

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, represente 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 influencia 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 (incluindo aqui o Direito penal, administrativo sancionador e de improbidade administrativa), dificilmente será possível instituir um tipo amplo o suficiente para abarcar todo o conceito 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 amplitude 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 breve 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 privados²⁰³.

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.²⁰⁴

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, e fundada na Alemanha, em 1993, tem como finalidade prevenir a corrupção e promover a transparência e a integridade em todos os setores da sociedade²⁰⁵. 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;²⁰⁶ (ii) corrupção de baixo nível;²⁰⁷ e (iii) corrupção política²⁰⁸.

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.

²⁰³ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 27.

²⁰⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51.

²⁰⁵ Disponível em: https://www.transparency.org/whoweare/organisation/mission_vision_and_values/0. Acesso em: 24 jul. 2019.

²⁰⁶ Traduzido do termo em inglês “*grand corruption*”.

²⁰⁷ Traduzido do termo em inglês “*petty corruption*”.

²⁰⁸ Traduzido do termo em inglês “*political corruption*”.

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 riqueza²⁰⁹.

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.

A questão que fica é, se esse é um fenômeno social tão amplo, por que combatê-lo? Não seria o caso de simplesmente aceitar que a corrupção é um fenômeno natural e que é mais custoso tentar mitigá-la? Em verdade, conforme iremos expor a seguir, a corrupção possui diversos malefícios, de modo que sua aceitação ou rejeição vai além de uma questão puramente ética.

1.1.Efeitos da corrupção

Até o início da década de 1990, conforme aponta Lucas Rocha Furtado, havia um movimento que defendia a existência de efeitos benéficos desse fenômeno, tal qual a capacidade de “lubrificar” as relações entre o Poder Público e os entes privados²¹⁰. No entanto, tal argumento é, no mínimo, falacioso. A corrupção apresenta mais malefícios que benefícios, causando sérios prejuízos políticos, sociais e morais à sociedade.

No campo político, a corrupção mina a própria democracia representativa, afetando o processo legislativo em benefício de interesses partidários e particulares. Considerando a realidade brasileira, os exemplos são incontáveis: o escândalo dos anões do orçamento; a máfia das sanguessugas; o caso mensalão; o conluio criminoso entre empreiteiras investigadas no âmbito da Operação Lava-Jato; o caso do propinoduto; o Decreto dos Portos; entre outros. Esses casos

²⁰⁹ Definições disponíveis em: <https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>. Acesso em: 24 jul. 2019.

²¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 44.

possuem em comum o fato de agentes políticos detentores de cargos eletivos que se utilizam da máquina pública para buscar benefícios alheios ao interesse público.

Evidentemente, a corrupção, no Brasil, é um problema sério 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 privado²¹¹.

Ainda que seja difícil mensurar a corrupção em um país, podemos utilizar como referência o Índice de Percepção da Corrupção, elaborado pela Transparência Internacional, que avalia o nível de percepção de corrupção no setor público numa escala de 0 (mais corrupto) a 100 (menos corrupto). De acordo com o último índice, divulgado (2018), o Brasil possui um índice no valor de 35, ocupando a 105ª colocação numa lista de 180 países, caindo nove posições desde 2012.²¹² Ou seja, há uma percepção da própria sociedade brasileira de que o Brasil possui sérios problemas com corrupção.

Lucas Rocha Furtado aponta que, se a democracia é representativa, e os políticos representam a vontade da maioria (contando que sejam respeitadas as minorias), a partir do momento que o político eleito utiliza o poder conferido para perseguir outros interesses, o interesse da população deixa de ser atendido. Evidentemente, além de haver essa falta de representatividade, cria-se uma desconfiança da população com relação aos políticos²¹³. Nessa espécie de corrupção, agentes políticos eleitos frustram a expectativa dos eleitores ao perpetrarem tais condutas. Portanto, é nítido que há um efeito negativo quanto ao exercício da função política.

Atualmente, a sensação da falta de representatividade pelos políticos é de tamanha magnitude que há uma percepção social de que os políticos não representam os interesses da população, mas sim de um escuso grupo. Isso é comprovado pelo Índice de Confiança na Justiça

²¹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.p. 211-212.

²¹² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. (2018). *Índice de Percepção da Corrupção – ICP*. Informações disponíveis em: https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=CjwKCAjwpuXpBRAAEiwAyRRPg5QE7SMVry2mPTkCIUL1XKa5o5Ux6xQSdGmMtQ-Esw-1G2Y5RmI3RoCYvsQAvD_BwE. Acesso em: 25 jul. 2019.

²¹³ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 45-47.

Brasileira, da FGV, que mede a confiança da população na Justiça e em outras instituições. De acordo com a pesquisa, 7% dos entrevistados apontaram confiar no Congresso Nacional; 7% confiam nos partidos políticos; e 6% confiam no governo federal. Apenas para comparação, 56% responderam que confiam nas forças armadas²¹⁴.

Do ponto de vista socioeconômico, os efeitos são ainda mais nefastos e vão além da quebra de confiança no sistema político.

Em razão da corrupção sistêmica, parte do erário deixa de ser destinado às atividades de interesse público e é desviada para os agentes corruptores. Dessa forma, o efeito mais perceptível é a precarização das obras e serviços públicos, atingindo diretamente a população mais carente que depende desses serviços. Isso se demonstra principalmente quando há superfaturamento de obras públicas e fraudes em licitações.

Evidentemente, os recursos estatais, além de serem limitados, têm como origem os valores pagos em tributos pelos cidadãos, e a finalidade desses recursos é a persecução do interesse público. Portanto, se esses recursos passam a ser locupletados por uma classe política, seja para financiamento de campanhas, visando a perpetuação no poder, seja para manter um estilo de vida opulento e nababesco, o prejudicado maior nessa situação é o cidadão médio que depende dos serviços públicos. Nesse sentido, trazemos esclarecimentos de Emerson Garcia:

Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os recursos feridos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.²¹⁵

Ainda, além de afetar um país internamente, a corrupção também afeta as relações comerciais internacionais. Lucas Rocha Furtado aponta que a exigência para o combate à corrupção em nível global se iniciou a partir do momento em que empresas sediadas em países que possuíam medidas efetivas para o combate à corrupção não conseguiam competir no mercado

²¹⁴ FGV. Fundação Getúlio Vargas. (2017). *Relatório Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil*. Recuperado da Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 24 jul. 2019.

²¹⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

internacional com empresas de países onde a corrupção era impune²¹⁶. Evidencia-se, desse modo, que a corrupção é um fator de desbalanceamento na concorrência empresarial internacional. Além disso, o autor aponta que, no âmbito econômico, a corrupção: “incentiva a realização de projetos faraônicos, afeta as condições de competitividade no cenário internacional, provoca a redução dos investimentos internacionais, provoca o aumento dos custos das transações internacionais, dentro outros variados efeitos”²¹⁷.

Logo, fica demonstrado que os efeitos da corrupção são muito mais prejudiciais à sociedade do que benéficos. Essa constatação fez com que várias medidas contra a corrupção fossem tomadas em nível nacional e internacional, tema que será abordado no próximo item.

1.2. Medidas de combate à corrupção

O Direito por si só não é capaz de apresentar soluções para problemas sociais complexos. O que ocorre, de fato, é a simplificação de tal problema por meio da criação de um tipo jurídico que reproduz em parte o conteúdo do fenômeno da corrupção, impondo uma medida afliitiva caso a conduta se verifique.

Ou seja, o fato de existirem normas que tratam do sancionamento da corrupção não possui aptidão por si só para acabar com esse problema. Na verdade, depende de uma série de fatores extrajurídicos. Até mesmo porque a corrupção pode subverter o sistema político e jurídico, de modo que sejam editadas normas, mas que, em face de intervenções externas e corruptas, elas deixem de ser aplicadas.

No entanto, determinar ato de corrupção como ato ilícito é o primeiro passo para reconhecer a reprovação jurídica sobre a corrupção, permitindo que tais atos possam ser punidos. Sem a possibilidade de punição, não haveria qualquer desestímulo à prática de tais atos.

²¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 53.

²¹⁷ Ibid. p. 54.

Logo, a primeira resposta do sistema em face da corrupção é instituir normas jurídicas prevendo que certos atos sejam proibidos e passíveis de punição. Dessa forma, o combate à corrupção adquiriu tamanha importância que é tutelado tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito nacional. Em verdade, a internacionalização do combate à corrupção é um fenômeno muito mais recente, mas sua importância não pode ser dirimida, especialmente se considerarmos a internacionalização da própria corrupção desde o final do Século XX²¹⁸.

Nos próximos subitens, iremos fazer uma breve síntese das medidas adotadas para combater ou mitigar o fenômeno da corrupção em nível internacional e nacional.

1.2.1. Convenções internacionais

Em nível internacional, foram firmadas convenções internacionais de combate à corrupção. Conforme apontam Emerson Alves Garcia e Rogério Pacheco Alves: “Na medida em que a corrupção rompe fronteiras, expandindo-se de forma desenfreada, torna imperativa a existência de ações integradas e de mecanismos de cooperação entre os diferentes Estados”²¹⁹. Ou seja, havia uma necessidade normativa de instrumentos normativos que impusessem aos países o dever de criar políticas públicas para prevenir a corrupção. Abaixo, trazemos breve síntese sobre três convenções: (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE; (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA; e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da ONU.

A OCDE, organização internacional que congrega 36 países e tem como finalidade promover o desenvolvimento econômico e o comércio global, editou a (i) **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**, em 17 de dezembro de 1997. O Brasil, mesmo não sendo um país membro, aderiu à Convenção e a promulgou por meio do Decreto Federal 3.678/2000.

²¹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 46.

²¹⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75.

Dentre as disposições da Convenção da OCDE, podemos destacar a necessidade para que os países signatários criminalizem a prática de pagamento de subornos a qualquer autoridade estrangeira (corrupção de funcionário público estrangeiro), o estabelecimento de medidas para responsabilização de pessoas jurídicas, o tempo razoável de prescrição para a investigação e abertura de processo para o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro, a criminalização da lavagem de dinheiro e o “caixa-dois”.

Em face da Convenção, foi editada a Lei Federal 10.467/2002, introduzindo no Código Penal os artigos 337-B, C e D, que passaram a prever o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional e o conceito de funcionário público estrangeiro. Ainda, acrescentou na Lei Federal 9.613/1998 a criminalização de prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais.

Nota-se que a OCDE possui uma abordagem muito mais voltada aos aspectos econômicos da corrupção, tentando prevenir justamente o suborno em transações internacionais. Sem embargo, Salomão Ribas Junior menciona dois aspectos importantes dessa convenção: (i) a corrupção é tratada com mais rigor do ponto de vista do agente corruptor; e (ii) reconhece que o problema da corrupção é global²²⁰.

Em nível regional, o Brasil é signatário também da (ii) **Convenção Interamericana contra a Corrupção**, aprovada no âmbito da OEA. A Convenção Interamericana foi assinada em março de 1996 e promulgada por meio do Decreto Federal 4.410/2002.

Ainda que trate também da corrupção, a Convenção Interamericana difere da Convenção da OCDE na medida em que foca mais na corrupção pública, isto é, aquela que envolve diretamente os agentes públicos na prática da corrupção. Contudo, possui a finalidade comum de impor o dever de tomar medidas para combater a corrupção aos países signatários.

Para tanto, a Convenção prevê diversas medidas preventivas em seu artigo III, quais são: (i) a implantação de normas de conduta para o correto exercício da função pública; (ii) criação de

²²⁰ RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61.

mecanismos para tornar efetivo o cumprimento das normas de conduta; (iii) instruções aos agentes públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades; (iv) sistemas para declaração de receitas e ativos, porte de agentes públicos e formas para divulgação; (v) sistema de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens por parte do Estado que garantam a transparência e equidade; (vi) sistemas de arrecadação e controle de renda do Estado que impeçam a corrupção; (vii) edição de leis que vedem tratamento tributário favorável em relação a despesas efetuadas por meio de corrupção; (viii) sistemas de proteção aos denunciante de corrupção; (ix) existência de órgãos de controle que desenvolvam atividades para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas; (x) medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros; (xi) mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços contra a corrupção; e (xii) o estudo de novas medidas de prevenção, que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público.

A Convenção também tipifica, em seu artigo VI, a quais atos de corrupção ela é destinada, especificando cinco espécies de atos de corrupção, *in litteris*:

- a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
- d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo;
- e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Em suma, esses atos tentam englobar o máximo possível as práticas de atos de corrupção. Não se trata de uma definição taxativa, visto que o item 2 desse artigo deixa em aberto a possibilidade de a Convenção ser aplicada à outras condutas, contanto que haja acordo mútuo entre dois ou mais Estados Partes.

Importante ainda apontar que a Convenção prevê o dever de os Estados signatários de editarem leis tipificando o enriquecimento ilícito, que é caracterizado como aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificá-lo razoavelmente.

Conforme aduzem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, parte das medidas já é formalmente cumprida pelo Estado Brasileiro.²²¹ A LIA, de 1992, já tipificava como ato de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito e outros atos de corrupção, e a necessidade de contratação por meio de concurso público e aquisição de bens por meio de licitação já constavam no art. 37 da Constituição Federal, fazendo com que os tribunais de contas fiscalizem as receitas do Estado etc.

Sem embargo, foi criado um grupo de trabalho para fiscalizar e acompanhar a implementação das demais medidas da Convenção no Brasil. Por meio do Mecanismo de Acompanhamento de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção-MESICIC, quatro rodadas de avaliações já foram conduzidas no Brasil. A primeira, em avaliação, foi realizada em 2003, e teve como finalidade verificar o cumprimento da efetivação dos artigos III (medidas preventivas), XIV (assistência e cooperação) e XVIII (autoridades centrais), e verificou-se que o Brasil adaptou ao Direito interno parte dos termos da Convenção e as ações desenvolvidas pela CGU. A segunda avaliação foi realizada em 2008, tendo por objetivo verificar a implementação do artigo III, parágrafo 5º (contratação de servidores e aquisição de bens), parágrafo 8º (proteção aos denunciantes) e o artigo VI (criminalização dos atos de corrupção), sendo constatado o reconhecimento do Governo Federal em contratar servidores por meio de concursos e a aquisição de bens por meios digitais e o empenho na punição de pessoas jurídicas que transgridam os normativos sobre licitações. A terceira rodada de avaliação ocorreu em 2011,

²²¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

e teve como objeto a análise sobre o cumprimento do artigo III, parágrafo 7º (proibição de tratamento tributário favorável), parágrafo 10º (medidas contra o suborno de agentes públicos nacionais e estrangeiros), artigo VIII (suborno internacional), artigo IX (enriquecimento ilícito), artigo X (dever de notificar a tipificação do suborno internacional e do enriquecimento ilícito) e artigo XIII, sendo verificado que o Brasil avançou no tocante às normas que vedam o tratamento tributário favorável às despesas oriundas de corrupção e destacaram-se as modificações feitas no CP e as medidas para prevenir o suborno de funcionário estrangeiro e nacional. Recomendou-se também que fosse solucionada a lacuna legislativa referente ao sancionamento de pessoas jurídicas quanto ao suborno transnacional. Por fim, a quarta rodada de avaliações ocorreu em 2012, e teve como foco a análise da implementação do art. III, parágrafo 9º (Órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas), de modo que foram avaliadas a CGU, o TCU, o Departamento de Polícia Federal, o MPF e o STF²²².

Posteriormente, conforme aponta Francisco Sérgio Oto Souza Bonelli, o Brasil realizou outros progressos em relação ao conteúdo da Convenção: a criação do Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção por meio do Decreto Federal 4.239/2003; a criação da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI) dentro da CGU; o Decreto Federal 6.170/2007 que institui o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse-SICONV; o Decreto Federal 6.370/2008 que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente, e determina o encerramento das contas bancárias destinadas à movimentação de suprimentos de fundos; edição de normativos que impõem regras de publicidade e transparência por meio da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527/2011)²²³. Ainda, sem prejuízo de outras medidas, a LAC também efetiva a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção.

²²² CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Avaliação do Brasil. Disponível em: <http://cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/mecanismo-de-avaliacao/avaliacao-do-brasil>. Acesso em: 27 jul. 2019.

²²³ BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 21-23, jan./abr., 2017.

A (iii) **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção** foi adotada pela **Assembleia Geral da ONU**, assinada na cidade de Mérida, no México, em 31 de outubro de 2003. O Brasil é signatário dessa Convenção, que foi promulgada por meio do Decreto Federal 5.687/2006.

Em linha com as Convenções apresentadas até o momento, a **Convenção de Mérida** tem como finalidade promover medidas para prevenir e combater a corrupção, apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e luta contra a corrupção e promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos (art. 1).

No entanto, a Convenção de Mérida difere das demais citadas, na medida em que é extremamente detalhista quanto ao seu conteúdo, tentando abranger o máximo possível diferentes ações. A estrutura da Convenção segue o seguinte: Capítulo I – Disposições gerais; Capítulo II – Medidas preventivas; Capítulo III – Penalização e aplicação da lei; Capítulo IV – Cooperação Internacional; Capítulo V – Recuperação de ativos; Capítulo VI – Assistência técnica e intercâmbio de informações; Capítulo VII – Mecanismos de aplicação; e Capítulo VIII – Disposições finais. Trata-se de uma Convenção muito extensa, com 71 artigos que tratam de temas como políticas e práticas de prevenção da corrupção, órgãos de prevenção, participação da sociedade, enriquecimento ilícito, peculato, proteção de testemunhas, intercâmbio de informações, medidas para a recuperação de bens etc.

Inclusive, importante mencionar que a Convenção de Mérida possui alcance global, sendo aplicável a uma quantidade muito maior de países do que a Convenção da OCDE ou da Convenção da OEA. Atualmente, a Convenção de Mérida possui 140 países signatários. Mônica Nicida Garcia elucida que o nível de detalhamento pode ser explicado pelo fato de que a Convenção tenta abranger uma gama muito grande de países de todos os continentes, apresentando características muito diferentes entre si²²⁴.

Diante de tamanha abrangência, é esperado certas dificuldades na implementação efetiva dessa Convenção. Para tanto, três grupos de trabalho foram constituídos: (i) Grupo de Revisão de

²²⁴ GARCIA, Mônica Nicida. Três Convenções Internacionais Anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 271-285.

Implementação, com a finalidade de acompanhar o processo de avaliação da implementação da Convenção; (ii) Grupo de Trabalho sobre Prevenção, que auxilia a Conferência dos Estados Partes no que se refere à implementação de prevenção da corrupção; (iii) Grupo de Trabalho sobre Recuperação de Ativos, que auxilia a implementação do retorno de fundos desviados pela corrupção. A avaliação sobre a implementação da Convenção no Brasil está em curso desde 2010, não tendo sido concluída ainda.

1.2.2. Direito pátrio

Em nível nacional, a tutela da corrupção, por meio do Direito, ocorre através de diversos diplomas legais que abrangem diferentes esferas do *jus puniendi* estatal. Historicamente, a tutela penal sempre foi utilizada para criminalizar atos de corrupção, como o peculato e a corrupção ativa, enquanto que na esfera civil havia instrumentos para o sequestro e perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito de funcionários públicos.

Na esfera criminal, As Ordenações Filipinas dispunham sobre os crimes de corrupção ativa, passiva e peculato em seus Títulos LXXI²²⁵ e LXXIV²²⁶, prevendo penas como o perdimento da função pública, pagamento de multa e degredo para a África²²⁷.

²²⁵ TITULO LXXI – Dos Officiaes del-Rey, que recebem serviços, ou peitas, e das partes, que lhas dão, nu prometem. Defendemos a todos os Dezembargadores e Julgadores, e a quaesquer outros Officiaes, assi da Justiça, como da nossa Fazenda, e bem assi da nossa Caza, de qualquer qualidade que sejam, e aos da Governança das Cidades, Villas e lugares, e outros quaesqller, que não recebem paro si, nem para filhos seus nem pessoas, que debaixo de seu poder e governança têm, dadivas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, postoque com elles, não traga requerimento de despacho algum. E quem o contrario fizer, perderá qualquer Officio, que tiver, e mais pagará vinte por hum do que receber, a metade para quem o accusar, e a outra para nossa Camara. E aquelle, que o tal presente der, ou enviar, perderá toda sua fazenda, isso mesmo a metade para nossa Camara, e a outra para quem o accusar, e perderá qualquer Officio ou Officios, Carregos e mantimentos, se os de Nós tiver, e será degradado cinco annos para Africa.

²²⁶ TITULO LXXIV. Dos Officiaes del-Rey, que lhe furtão, ou deixão perder sua Fazenda per malicia. Qualquer Official nosso, ou pessoa outra, que alguma cousa por Nós houver de receber, guardar, despender, ou arrendar nossas rendas, ou administrar por qualquer maneira, se alguma das ditas cousas furtar, ou maliciosamente levar, ou deixar levar, ou furtar a outrem, perca o dito Officio, e tudo o que de Nós tiver, e pague-nos anoveado a valia daquillo, que assi for furtado, ou levado, e mais haja a pena de ladrão, que por nossas Ordenações aos ladrões he ordenada, segundo fôr a quantidade da cousa. E as mesmas penas haverão lugar nos nossos Officiaes, conteúdos nesta Ordenação de qualquer Officio que seja, que derem ajuda, conselho, ou favor aos Officiaes para fazer cada huma das ditas cousas.

²²⁷ Íntegra das Ordenações Filipinas disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 29 jul. 2019.

Posteriormente, em 1830, foi editado o Código Penal do Império, que dedicava o seu Título V aos crimes que ofendiam “a boa ordem e administração pública”, prevendo, conforme aponta Pedro Decomain, não só crimes contra a Administração Pública, mas também a tutela de outros bens jurídicos (moeda falsa e destruição de monumentos e bens públicos, por exemplo)²²⁸. Quanto à corrupção, o Código Penal Imperial tipificava os crimes de: prevaricação, previsto no artigo 129; peita (atualmente denominados de corrupção ativa e passiva), prevista nos artigos 130 ao 132; suborno, previsto no artigo 133; abuso de autoridade, previsto nos artigos 137 ao 152; falta da “exacção no cumprimento dos deveres”, prevista nos artigos 153 ao 165; peculato, previsto no artigo 170; dentre outros.

Interessante notar que o crime de “falta de exacção no cumprimento dos deveres”, conforme preceitua o art. 153, tratava de um tipo culposo de falta com a Administração Pública, *in litteris*: “este crime póde ser commettido por ignorância, descuido, frouxidão, negligencia, ou omissão, e será punido pela maneira seguinte [...]”. Trata-se de uma forma de tentar tutelar o princípio da boa-administração.

O Código Penal de 1890, o primeiro do período republicano, pouca inova na tutela da corrupção, prevendo novamente crimes “contra a boa ordem e administração pública” em seu Título V. Nesse sentido, previa crimes de prevaricação, peita ou suborno, peculato e abuso de autoridade e usurpação de funções públicas, como dito anteriormente. A Consolidação das Leis Penais, de 1932, aprovada pelo Decreto Federal 22.213/1932, pouco inovava também nessa tutela, apresentando redação semelhante à do Código Penal de 1890. Apesar da semelhança entre os diplomas, no que tange à corrupção, Pedro Decomain assevera que a Consolidação das Leis Penais previa expressamente a possibilidade de coautoria em crime de prevaricação por coautor que não fosse funcionário público, devendo ser impostas as mesmas penas²²⁹.

Atualmente, a tutela da corrupção, em âmbito criminal, está prevista no Código Penal de 1940, que dispõe sobre os crimes praticados contra a Administração Pública, tema que foi tratado no Capítulo anterior, e em legislação específica. Dentre a legislação específica, podemos destacar a Lei Federal 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e

²²⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 12.

²²⁹ *Ibid.* p. 15.

valores; e as disposições penais da Lei Federal 8.666/1993, que tipificam penalmente a dispensa indevida e as fraudes em licitações.

Sem embargo, a tutela política da corrupção, de certa forma, está prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891. Em seu art. 54, a Constituição tipifica como crime de responsabilidade atos que atentem contra a probidade da administração. As constituições seguintes mantiveram esse dever. Nesse sentido, Fábio Medina Osório adverte que o dever de probidade não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas que estava reservado aos funcionários de alto escalão²³⁰.

De todo modo, ainda que a responsabilidade política fosse regulamentada pela Lei Federal 1.079/1950, tipificando como crime de responsabilidade o ato que atente contra a probidade administrativa, a efetividade da responsabilização política, como instrumento de combate à corrupção é, no mínimo, duvidosa. Isso porque no julgamento não há necessariamente um comprometimento com a verdade. Basicamente é, se o político processado possui boa articulação política, ele não será responsabilizado, por mais corrupto que seja.

No âmbito civil, podemos destacar os instrumentos que permitem, ainda que indiretamente, tutelar a corrupção.

A ação popular é importante instrumento para anular atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo, constituindo garantia individual fundamental por força do art. 5º, LXXIII, da CF. José Roberto Pimenta Oliveira aponta que a ação popular não possui caráter punitivo, mas desconstitutivo-condenatório, buscando tão somente a anulação do ato e o ressarcimento causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa²³¹. Nesse sentido, é possível o cidadão utilizar a ação popular para desconstituir atos de corrupção que causem prejuízo ao erário, como uma licitação fraudulenta, indicação de agentes públicos motivados por interesses escusos, construção de obras públicas sem as devidas formalidades e baseadas em interesses escusos etc. A ação

²³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 106.

²³¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 483-484.

popular foi primeiro mencionada na Constituição de 1934 e, atualmente, é regulada por meio da Lei Federal 4.717/1965.

O mesmo pode ser dito da Ação Civil Pública, que orbita a esfera de responsabilização civil. Nesse caso, a Ação Civil Pública é tutelada pela Lei Federal 7.347/1985, e tem como finalidade tutelar direitos e interesses transindividuais quanto aos danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social. Novamente, a corrupção não será necessariamente diretamente tutelada pela Ação Civil Pública, mas poderá ter seus efeitos jurídicos desconstituídos sob o requerimento do legitimado.

No Brasil, a tutela da moralidade administrativa e o consequente combate à corrupção não ficaram limitadas apenas às esferas civil e penal. Em verdade, o legislador brasileiro acabou por criar figuras próprias para tentar proteger a Administração Pública do administrador corrupto.

Nesse sentido, a Constituição de 1946 inovou ao dispor, em seu art. 141, § 31, previsão de que a lei iria dispor sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. A Constituição Federal de 1967 possui dispositivo idêntico, conforme consta da parte final do art. 153, § 11. Ou seja, o enriquecimento ilícito como um ato de corrupção passou a ter um tratamento diferenciado, de modo que os referidos dispositivos constitucionais criaram um novo mecanismo de combate à corrupção.

Em nível infraconstitucional, visando concretizar o comando constitucional acima mencionado, foi editada a Lei Federal 3.164/1957, conhecida como Lei Pitombo Godói-Ilha. Essa Lei tratava do sequestro e a sua perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. No mais, a Lei também determinava o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado daqueles que exercem cargos ou funções públicas em nível Federal.

A Lei Federal 3.502/1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, regulava o procedimento para o sequestro e o perdimento de bens em casos de enriquecimento ilícito. Essa lei apresentava definição própria de agente público em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, e tipificava os casos de enriquecimento ilícito. Waldo Fazzio Júnior esclarece que os tipos previstos no art. 2º da Lei foram eventualmente replicados no art. 9º da LIA²³².

Ambas as Leis vigoraram até 1992, momento em que foram revogadas pela LIA. De todo modo, Fazzio Júnior enaltece o pioneirismo e a influência desses diplomas sobre a tutela da improbidade administrativa e a LIA²³³.

O atual contorno da improbidade administrativa foi definido na Constituição Federal de 1988. O art. 15, V, dispõe sobre a hipótese de perda ou suspensão de direitos políticos, *in litteris*:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Por sua vez, o art. 37, § 4º, dispõe:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ou seja, a Constituição Federal instituiu uma nova espécie de ato ilícito denominado de “ato de improbidade administrativa” que poderá ser praticado pelo agente público, prevendo também as sanções cabíveis e independência desse sistema com a responsabilização penal.

A regulamentação desse dispositivo constitucional se deu por meio da LIA que, conforme aponta Irene Nohara, foi editada como resposta aos anseios de combate à corrupção (em sentido lato)²³⁴. A LIA degradou originalmente o ato de improbidade em três grandes espécies: (i) atos que importem em enriquecimento ilícito; (ii) atos que causam prejuízo ao erário; e (iii) atos que atentam contra os princípios da administração pública. Posteriormente, por meio da Lei

²³² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53.

²³³ Ibid. p. 55.

²³⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1000.

Complementar 157/2016, foi acrescentado o art. 10-A, instituindo a responsabilização sobre os atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Nesse sentido, a responsabilização por ato de improbidade administrativa é um importante instrumento para a tutela da corrupção *lato sensu*. Isso porque, além de criar uma esfera de responsabilidade própria para atos ilícitos praticados por agentes públicos, a arquitetura normativa da improbidade administrativa, com fundamento direto na Constituição, permite que uma quantidade maior de atos de corrupção sejam tipificados e sancionados. Conforme destaca Lucas Rocha Furtado, a tutela da corrupção, por meio do Direito penal, é limitada pelas próprias características do regime jurídico penal, qual seja, a legalidade estrita e anterioridade, de modo que o Direito penal não consegue acompanhar a evolução e o refinamento das práticas corruptas²³⁵. De fato, a gravidade da sanção penal, que envolve preponderantemente a privação de liberdade, exige essas garantias rígidas, ao passo que, no sistema da improbidade administrativa, sem prejuízo das garantias constitucionais e legais asseguradas aos acusados, uma maior gama de condutas está abrangida pela estrutura tipológica da LIA (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, concessão indevida, benefício tributário ou financeiro e ofensa aos princípios da Administração Pública).

É nesse ponto que entra a origem do principal questionamento objeto deste trabalho, isto é, se a esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa, por possuir um regime jurídico diferente do Direito penal, aceita ou não o princípio da insignificância. Conforme já exaustivamente exposto no capítulo anterior, o Direito penal é fragmentário, subsidiário e regido pelo princípio da *ultima ratio*, de modo que a tipificação das condutas possui uma dimensão formal e material. A aplicabilidade ou não do princípio da insignificância na improbidade administrativa depende justamente das características de seu regime jurídico.

Portanto, o próximo item será dedicado à análise minuciosa da improbidade administrativa em nível constitucional e legal.

²³⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 34-35.

2. Improbidade Administrativa

2.1. Regime jurídico

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal, inova o ordenamento jurídico brasileiro ao introduzir a esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa. Conforme já exposto, a LIA foi promulgada com a finalidade de regulamentar esse dispositivo constitucional.

José Roberto Pimenta Oliveira esclarece que a inovação do art. 37, § 4º, da CF, diz respeito à transposição do sancionamento moral de atividades que eram socialmente reprováveis (sanções interiores), e que, portanto, dependiam do nível de sensibilidade moral dos agentes públicos, para o campo dos sistemas normativos²³⁶.

Em verdade, muito além do dispositivo constitucional acima mencionado, a Constituição Federal estabelece diversos princípios e mandamentos que promovem a moralidade e a boa-gestão da Administração Pública. O *caput* do art. 37 dispõe:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) (grifos próprios).

Nota-se que o dispositivo constitucional tratou de positivar um rol de princípios jurídicos que são aplicáveis à Administração Pública, incluindo o princípio da moralidade. O princípio da moralidade administrativa ainda é mencionado no art. 5º, LXXIII, que dispõe:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifos próprios).

Ainda, em linha com o art. 37, § 4º, o signo “proibidade administrativa” também é tutelado pela Constituição, conforme redação do art. 14, § 9º, que trata dos casos de inelegibilidade a fim

²³⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 146.

de proteger a probidade administrativa, e art. 85, V, que trata de hipótese do ato que atenta contra a probidade da administração como crime de responsabilidade do Presidente da República.

Portanto, há diversas disposições constitucionais que tratam especificamente da moralidade administrativa e da probidade na Administração Pública. Em suma, o texto constitucional dispõe sobre instrumentos para tutelar esses bens jurídicos, como a ação popular, no caso da moralidade administrativa, a inelegibilidade sob os critérios definidos em lei complementar e crimes de responsabilidade, no caso da probidade da administração pública. Há de se reconhecer que o Constituinte buscou promover ambos os princípios no âmbito da Administração Pública. Nesse sentido, leciona Fábio Medina Osório:

Em realidade, os preceitos dos artigos 5º, LXVIII, LXIX e LXXIII; 37, *caput* e § 4º; 142, § 3º, VI; 72, § 2º; 85, V, e 52, I, todos da CF, versam normas de ética institucional, ou de moralidade administrativa, como acentua a boa doutrina, além de outros tantos preceitos constitucionais que, indiretamente, absorvem contribuições da moral jurídica, com ocorre, por exemplo, com as exigências de idoneidade moral ou reputação retilínea para a ocupação de determinados postos de trabalho.²³⁷

No caso do art. 37, § 4º, a Constituição Federal não trata diretamente da moralidade administrativa, mas sim da probidade. Nesse ponto, cabe ressaltar que não podemos confundir moralidade com probidade administrativa, uma vez que o Constituinte originário tratou de utilizar signos diferentes para se referir aos dois. Apesar de reconhecermos que a moralidade administrativa é um princípio jurídico amplo, entendemos que a probidade está inserida naquele.

Portanto, o bem jurídico, tutelado pelo dispositivo constitucional em comento, é a probidade administrativa. Ou seja, a própria Constituição define de antemão bem jurídico tutelado pela responsabilização por ato de improbidade 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 do poder punitivo criminal, em que o legislador deverá conformar o bem jurídico protegido²³⁸.

²³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 85.

²³⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 238.

Além do bem jurídico definido, o art. 37, § 4º, define quais penas poderão ser aplicadas e impõe independência entre a responsabilização por ato de improbidade administrativa e a responsabilização penal. As sanções são: (i) suspensão de direitos políticos; (ii) perda da função pública; (iii) indisponibilidade dos bens; e (iv) ressarcimento ao erário. Nota-se, nesse sentido, que as sanções possíveis extrapolam a esfera administrativa, envolvendo efeitos políticos e civis, o que demanda a ação do Poder Judiciário para aplicar a totalidade das sanções²³⁹.

No entanto, o art. 37, § 4º, não é autônomo, isto é, 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 Federal²⁴⁰. Dessa forma, para fins sancionatórios, a plena aplicabilidade do dispositivo constitucional da improbidade administrativa depende de regulamentação por parte do legislador.

Inclusive, mesmo a disposição quanto ao ressarcimento ao erário não é autoaplicável, dependendo também de regulamentação legislativa. Isso porque o dispositivo constitucional faz referência ao ressarcimento do dano ao erário causado por *ato de improbidade*, possuindo regime prescricional próprio, conforme consta do art. 37, § 5º²⁴¹. Dessa forma, uma ação indenizatória tal

²³⁹ Sem embargo, é possível que a improbidade administrativa seja apurada no âmbito da própria administrativa, mas nesse caso, em âmbito federal, a sanção cabível é apenas a de demissão, conforme prescreve o art. 132, IV, da Lei 8.112/1990. Nessa hipótese, não há propriamente dita uma responsabilidade por ato de improbidade administrativa tal qual preconizada pelo art. 37, § 4º, e pela LIA, mas sim a responsabilidade administrativa. Dessa forma, considerando as diferentes esferas de responsabilidade, é possível que um servidor público seja demitido pela prática de ato de improbidade administrativa no âmbito de um PAD e não ser responsabilizado no âmbito de uma ação civil pública de improbidade administrativa com fundamento na LIA.

²⁴⁰ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

²⁴¹ Aqui cabe um esclarecimento, atualmente, parte da doutrina interpreta que a imprescritibilidade de ações de ressarcimento prevista no art. 37, § 5º, diz respeito apenas ao dano ao erário causado por ato ilícito: “De plano, é mister destacar que o dispositivo, na parte em que trata da imprescritibilidade, alude à *pretensão ressarcitória* do Estado contra o agente, servidor ou não, que lhe causou danos em razão da prática de ato ilícito”. (CARVALHO FILHO, José Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247). Ao seu turno, o STF entende que o dano ao erário só é revestido pela imprescritibilidade quando causado por ato de improbidade administrativa doloso: “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. **4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado**

qual prevista no art. 37, § 4º, não seria possível, visto que não há uma definição própria do que é improbidade administrativa. Não com base nesse dispositivo constitucional. Evidentemente, uma ação civil indenizatória, com base na responsabilidade civil, seria cabível independentemente de regulamentação da improbidade administrativa, contudo, o fundamento não é o art. 37, § 4º, mas sim a responsabilidade civil que já estava prevista no ordenamento jurídico e que possui outro regime prescricional.

Ou seja, a plena efetividade e aplicabilidade do dispositivo constitucional dependiam de uma lei que concretizasse o dispositivo constitucional no plano infraconstitucional.

A Lei Federal 8.429/1992, LIA, foi promulgada com a finalidade de regulamentar o art. 37, § 4º, tipificando os atos de improbidade administrativa e dispondo sobre penas, prazos prescricionais, procedimentos etc. A LIA reforça a noção da improbidade administrativa como regime próprio, pois estabelece independência da responsabilização e punição por ato de improbidade em relação à responsabilização penal, civil e administrativa. O art. 12 da LIA prescreve:

Art. 12. **Independente das sanções penais, civis e administrativas** previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...). (grifos próprios).

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.

O art. 12 da LIA estabelece as sanções a serem aplicadas nos casos dos atos de improbidade, havendo uma gradação quanto à gravidade das sanções, aplicando-se a pena mais grave para as condutas previstas no art. 9º, e as menos graves para as condutas do art. 11 da LIA. Nesse sentido, o art. 12 prevê as seguintes sanções:

na Lei de Improbidade Administrativa, 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento” (RE 85247/SP, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Plenário, J. em 08/08/2018).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

As sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário estão previstas art. 37, §4º, da Magna Carta, enquanto que as sanções de perda de bens, multa civil, proibição temporária de contratar com o Poder Público e proibição temporária de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios estão previstos no art. 5º, inc. XLVI²⁴², da Constituição. As penas previstas no citado inc. XLVI, ainda que não elencadas no §4º, art. 37, se aplicam aos casos de improbidade haja vista o caráter sancionador da Improbidade Administrativa. Nesse sentido, Francisco Octavio de Almeida Prado explica:

Observa-se, portanto, que as três categorias de sanções instituídas pela Lei 8.429, de 1992, não constantes da enumeração do §4º do art. 37 da Constituição, figuram entre as penas arroladas no inciso XLVI do art. 5º da Lei Maior, que salvo no que concerne às penas de privação e restrição da liberdade e prestação social alternativa, peculiares ao direito penal, são extensivas a outros ramos do Direito, notadamente o chamado *direito administrativo sancionador*, ao qual [...] aplicam-se também outros preceitos constitucionais pertinentes ao *jus puniendi* do Estado.²⁴³

²⁴² XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

²⁴³ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 31.

Portanto, considerando a arquitetura constitucional e legislativa, é possível verificar a autonomia da esfera de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, que além de tutelar a probidade administrativa, possui nítido caráter sancionatório. Feitas essas considerações, cabe analisar o bem jurídico tutelado pela improbidade administrativa, o que será realizado no próximo subitem.

2.2.Bem jurídico tutelado: moralidade e probidade administrativa

Conforme já exposto, a atual Constituição Federal consagrou o princípio da moralidade administrativa no *caput* de seu art. 37 e o princípio da probidade administrativa ao estabelecer uma nova espécie de ato ilícito no art. 37, § 4º. Apesar de moralidade e probidade administrativa serem conceitos correlatos, não se confundem.

De início, esclarecemos que o princípio da moralidade administrativa não pode ser confundido com o princípio da legalidade, vez que o Constituinte separou no *caput* do art. 37 as duas espécies de princípios. Se eles fossem a mesma coisa, por qual razão haveria a menção de moralidade e legalidade no mesmo dispositivo constitucional? Evidentemente que se trata de uma nova espécie de princípio.

O conteúdo da moralidade administrativa é de difícil precisão. Mas de antemão, em face da segurança jurídica, não podemos considerar que o princípio da moralidade engloba uma moral que não esteja prevista direta ou indiretamente no ordenamento jurídico. O princípio não tutela uma moral comum. Explicamos.

Há nítida distinção entre Direito e moral. O Direito, conforme leciona Hans Kelsen, é uma ordem coativa de comportamento humano, institucionalizando sanções aplicáveis a quem não cumprir a norma jurídica²⁴⁴. Já norma jurídica, na lição de Norberto Bobbio, não se caracteriza pelo seu conteúdo, mas sim pela sua estrutura: “Se é A, deve ser B”.²⁴⁵ Por essa razão, é que uma norma é uma proposição prescritiva.

²⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 33-37.

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 61.

No entanto, nem toda norma que obedece a essa estrutura será jurídica. Uma norma moral também possui essa estrutura, senão vejamos: “se você tratar seus pares com grosseria, você deverá ser odiado pelos outros”. Evidentemente, boas maneiras e gentileza são típicas normas sociais que não se confundem com normas jurídicas, e mesmo assim apresentam estrutura igual.

Diante da dificuldade na definição de uma norma jurídica, Norberto Bobbio explica que as normas jurídicas não existem de maneira isolada, mas existem em um contexto de normas que têm relações específicas entre si²⁴⁶. Poderíamos afirmar que a diferença entre norma jurídica para as demais é que esta é dotada de imperatividade. A sua observância está condicionada a uma consequência caso seja descumprida. E essa consequência é objetivamente posta por um ordenamento jurídico. Nesse contexto, ao afirmar que uma norma jurídica se caracteriza pela existência de uma sanção exteriorizada e institucionalizada, Norberto Bobbio esclarece que necessariamente deverá haver um sistema normativo, ou seja, o caráter distintivo do direito não é um elemento da norma, mas do conjunto orgânico de normas²⁴⁷.

É nesse ponto que uma norma jurídica difere de uma norma moral: o pertencimento ao sistema jurídico. Logo, só é Direito e, portanto, exigível, o que está previsto no ordenamento jurídico.

A norma moral, ao seu turno, pode até ser coercível, dado que seu descumprimento pode acarretar em sanções sociais, no entanto, conforme entende Márcio Cammarosano, “parece inquestionável a incoercibilidade pelo Estado”²⁴⁸. Mais ainda, o autor esclarece que mesmo no caso de uma norma jurídica determinar a observância às regras morais, não haveria aí um sincretismo entre moral e Direito, mas sim uma norma jurídica que possui um conteúdo moral, mas não se confunde com este:

A regra moral continuaria sendo regra moral e passaria a existir outra regra jurídica dotada, fundamentalmente, do mesmo conteúdo normativo da regra moral, sem embargo de alguma inovação no que concerne à sanção e, evidentemente, à forma de sua aplicação.²⁴⁹

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 185.

²⁴⁷ Ibid. p. 193.

²⁴⁸ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 39.

²⁴⁹ Ibid. p. 40.

Dessa forma, há de se reconhecer que o princípio da moralidade administrativa engloba apenas os valores já previstos no ordenamento jurídico. Compartilha desse entendimento José Roberto Pimenta Oliveira, que leciona:

Afasta-se desta observação a análise que intenta fundar, na moralidade administrativa insculpida no artigo 37 da Constituição Federal, a exigência de respeito, pela Administração Pública, de valores morais não reconduzíveis ao próprio ordenamento constitucional, através de seus princípios, regras e postulados.²⁵⁰

Ocorre que o princípio da moralidade administrativa por si só não possui conteúdo e tampouco é dotado de autonomia, os seus efeitos dependem de conformação e concretização por meio de outras normas jurídicas²⁵¹. Por essa razão, o ordenamento jurídico concretiza a moralidade administrativa de diversas formas, tais como o dever da Administração Pública de obedecer à boa-fé, lealdade, isonomia e honestidade, indo além da legalidade formal. Sobre a tutela da moralidade administrativa, trazemos lição de José Afonso da Silva:

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.²⁵²

Ou seja, o princípio da moralidade administrativa impõe à Administração Pública o respeito a todo o conteúdo moral da Constituição Federal, ou o que pode ser desenvolvido a partir dele. Por isso, a moralidade administrativa é uma moralidade jurídica. Resume-se em desdobrar os preceitos normativos do Direito positivo.

Mas a conformação jurídica do princípio da moralidade se faz mais necessária quando tratamos do exercício do poder punitivo estatal. Seria contrário aos princípios constitucionais da

²⁵⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 167.

²⁵¹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 95.

²⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 679-680.

tipicidade e da legalidade sancionar alguém com base apenas em um princípio que não possui conformação jurídica.

Nesse sentido, a moralidade ganha uma nova dimensão com o art. 37, § 4º, que institui uma nova espécie de ilícito e um princípio: a probidade administrativa. O dispositivo, além de ser o dispositivo que prevê os atos de improbidade, também consagra o princípio da probidade na Administração Pública. Nesse último sentido, o princípio da probidade informa a validade jurídica dos atos da Administração Pública. A probidade administrativa surge como uma exigência ao Administrador Público e que, caso descumprida, acarreta em punição aplicada aos responsáveis, que terão praticado o ato de improbidade administrativa.

A probidade não se confunde com a moralidade, pois aquela é uma faceta da moralidade e, conforme entendimento de José Afonso da Silva, constitui uma “imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”²⁵³. Em verdade, até podemos concordar que o ato de improbidade administrativa é um ato de imoralidade qualificado, contudo, com a devida vênia, discordamos do autor quanto ao qualificante. Isso porque o que qualifica a imoralidade como improbidade não é o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito, mas sim os contornos dados pelo legislador ao depurar o conceito dado pelo art. 37, § 4º, da CF.

Nesse ponto, Fábio Medina Osório identifica que a improbidade administrativa é uma “imoralidade qualificada pelo direito administrativo”²⁵⁴. De fato, se entendermos o Direito Administrativo como o conjunto de leis positivas que tutelam, de alguma forma, a função pública, podemos concordar com o autor, pois, mesmo que a LIA não caracterize a responsabilidade administrativa *stricto sensu*, caracteriza uma esfera de responsabilização que tutela a probidade administrativa que rege a função pública.

De todo modo, percebe-se que não há correspondência direta entre a imoralidade administrativa e a improbidade, mas o descumprimento do princípio da probidade, dessa maneira,

²⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 680.

²⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 83.

constitui o ato ilícito de improbidade administrativa. Mas o que é o ato de improbidade administrativa?

É lugar comum aludir o ato de improbidade como um ato de “desonestidade”, uma vez que a origem latina da palavra “probidade”, *probus*, significa aquele que age com retidão de caráter, honestidade. Desse modo, numa análise sumária, a improbidade significaria a desonestidade do agente público. Entretanto, tal conclusão não pode limitar o princípio da probidade apenas à honestidade. Até mesmo porque, em uma interpretação gramatical, probidade não significa apenas *honestidade*, mas também significa *retidão*,²⁵⁵ e retidão é o atributo do que está em conformidade com a lei²⁵⁶. Evidentemente, conforme será demonstrado adiante, a improbidade administrativa não engloba qualquer ato ilícito, mas, o que devemos ter em mente, nesse momento, é que o significado do termo “improbidade administrativa” utilizado na CF não se restringe apenas à desonestidade, como dito acima.

Adilson de Abreu Dallari esclarece que, para fins de Direito, é indispensável demonstrar que a conduta conflite com princípios e normas jurídicas, de modo que não é possível tomar como imoral ou ímprobo ato ou comportamento sob uma perspectiva subjetiva²⁵⁷.

Dessa forma, temos que desvendar o sentido jurídico por trás do termo “improbidade administrativa” que consta no texto constitucional. Não basta utilizarmos apenas um dicionário para tentar dar sentido aos termos jurídicos. Em verdade, quando o art. 37, § 4º, dispõe “*na forma e gradação previstas em lei*”, significa que cabe ao legislador conformar os atos 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

²⁵⁵ Segundo o dicionário Houaiss, probidade significa: “*qualidade do que é probo; integridade, honestidade, retidão*” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2301).

²⁵⁶ Segundo o dicionário Houaiss, retidão é: “*atributo, caráter do que está em conformidade com a lei; legalidade, legitimidade*” (Ibid. p. 2445).

²⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do ministério público. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v. 1. p. 160-183.

benefício financeiro ou tributário²⁵⁸; 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 legalidade²⁵⁹. 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 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

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 112 e seguintes.

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.²⁶⁰

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 normativa²⁶¹. 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 ímprobas. 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

²⁶⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 238-239.

²⁶¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 641.

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 permite que direitos fundamentais sejam atropelados. 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. 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.²⁶²

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, dois princípios merecem destaque: (i) o princípio da culpabilidade e o (ii) princípio da tipicidade.

O princípio da culpabilidade não é vigente apenas no âmbito do Direito penal, incidindo sobre as demais esferas punitivas com a devida adequação. Pelo princípio, exige-se que o agente que pratica o ato ilícito tenha agido com dolo ou culpa.

O princípio da tipicidade, ao seu turno, 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. O que houve foi a tipificação dessas condutas.

²⁶² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 200.

Mais adiante, iremos tratar melhor desses temas.

2.3.Princípio da culpabilidade e o elemento subjetivo da conduta ímproba

Em um Estado de Direito, a aplicação de qualquer sanção jurídica depende da observância prévia do devido processo legal e da observância obrigatória das normas que vinculam a atividade punitiva estatal. No ordenamento jurídico brasileiro, além do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), há diversos dispositivos constitucionais que restringem a aplicação da sanção a quem deu causa ao ilícito. Os incisos XLV e XLVI, art. 5º, dispõem justamente que a aplicação dessa sanção, conforme regulada por lei, não poderá ir além da pessoa responsável, concretizando os princípios da pessoalidade e da individualização da pena.

Nesse sentido, conforme leciona José Roberto Pimenta Oliveira, a teia normativa constitucional estrutura o princípio da culpabilidade como um limite ao poder sancionatório estatal²⁶³. Igualmente, Fábio Medina Osório aponta que a construção do princípio da culpabilidade, que é aceita amplamente no Direito penal, se dá por meio de dispositivos constitucionais que são aplicáveis a todos os ramos do Direito Punitivo²⁶⁴. O conteúdo do princípio da culpabilidade, na lição do autor, é o seguinte:

Culpabilidade é uma exigência inarredável, para que pessoas físicas ou mesmo jurídicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana, e da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica.²⁶⁵

Rafael Munhoz de Mello, ao seu turno, esclarece que o princípio da culpabilidade exige que a sanção seja imposta unicamente a quem, devendo agir de outro modo, pratica a conduta

²⁶³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 215.

²⁶⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 356-357.

²⁶⁵ *Ibid.* p. 358.

típica. Para o autor, “culpado” é a atribuição de quem contribui para a ocorrência da infração em situações em que era exigível comportamento diverso²⁶⁶.

A noção de culpabilidade, portanto, está relacionada à noção de responsabilidade pelo ato ilícito. Portanto, se o agente nada contribuiu para a concretização e materialização de um ato ilícito, ele não deve ser punido. O grau de exigência da culpabilidade irá depender do regime jurídico aplicável a cada ilícito. Por essa razão, a culpabilidade abrange o dever de comprovação de antijuridicidade da conduta ilícita²⁶⁷.

Nesse sentido, em obediência aos ditames da culpabilidade, haveria aí a necessidade de verificação de dolo ou culpa no âmbito da improbidade administrativa.

Em linha com o exposto, a exigência da culpa está prevista no Direito civil e no Direito penal. Conforme leciona Rafael Munhoz de Mello, os conceitos de dolo e culpa vão além do *jus puniendi* estatal, incidindo também no direito privado²⁶⁸.

No Direito civil, a culpa está presente no art. 186, do CC, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A culpa é um pressuposto para a responsabilidade civil (que não será necessariamente punitiva), de modo que o art. 927, do CC, dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Pelo definido no art. 186, conclui-se que o dano indenizável pelo direito civil, via de regra, é aquele causado com culpa, isto é, quando o causador do dano pratica ação ou omissão voluntária. Com razão, Maria Helena Diniz explica: “O comportamento do agente será reprovado ou

²⁶⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 184.

²⁶⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 217.

²⁶⁸ “Os conceitos de *dolo* e *culpa* não são relevantes apenas para o exercício do *ius puniendi* estatal. Como afirma Gonzalo Quintero Olivares, “dolosidad o culposidad de la conducta humana son conceptos categorialmente válidos para la totalidad del ordenamiento jurídico”. Assim é que no direito civil, por exemplo, a definição de *dolo* e *culpa* é utilizada para delimitar o dever de ressarcir os danos causados a outrem (Código Civil, arts. 186 e 927). Mesmo no direito privado – importa notar – o conceito de *dolo* está ligado à prática consciente e voluntária de conduta proibida, enquanto o de *culpa* à ideia de negligência, imprudência ou imperícia”. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.p. 185-186).

censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa”²⁶⁹.

A culpa, em sentido amplo, abrange o dolo, a vontade do agente de, deliberadamente, causar o dano ou a lesão ao direito alheio, enquanto que a culpa, em sentido estrito, se refere ao dano causado pelo agente quando não há intenção, mas o dano é causado em razão da negligência ou imprudência.

Em casos excepcionais, a lei permite a responsabilização por dano causado mesmo que não haja culpa em qualquer sentido. O parágrafo único do art. 927 do CC, em razão do exercício de determinada atividade, assim dispõe:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse caso, o dever de indenizar danos decorrentes da conduta do agente decorre quando comprovado o nexo causal entre a atividade do agente e o dano causado. Maria Helena Diniz explica que essa responsabilização se funda no princípio da equidade, presente desde o direito romano, nos termos *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*, ou seja, aquele que lucra com uma situação, deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes²⁷⁰.

A responsabilização mediante dolo ou culpa se denomina “responsabilidade subjetiva”, enquanto que a responsabilização nos termos do art. 927, parágrafo único, do CC, isto é, em razão do risco do exercício de determinada atividade lícita, se denomina “responsabilidade objetiva”.

No Direito penal, a doutrina desenvolveu a ideia do crime como uma ação típica, antijurídica e culpável²⁷¹. Não é cabível exigir apenas o resultado para a sanção penal, repudia-se a responsabilidade objetiva, sendo necessárias a inevitabilidade, a previsibilidade e a voluntariedade do resultado danoso²⁷². Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt alude que o princípio da

²⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 7: *responsabilidade civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

²⁷⁰ Ibid. p. 68.

²⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 273.

²⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 219.

culpabilidade penal apresenta três dimensões: (i) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; (ii) somente atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; (iii) a culpabilidade é a medida da pena²⁷³.

Percebe-se que a exigência de culpa no Direito penal é muito mais severa do que no Direito civil. Isso porque, em geral, a responsabilidade penal resulta na aplicação de uma sanção mais grave que a sanção civil.

O CP, por sua vez, impõe a necessidade da verificação do dolo e da culpa, conforme prescreve seu art. 18. O parágrafo único, desse modo, determina que a culpabilidade, via de regra, resulta da prática de crime doloso, salvo em casos expressamente previstos em lei²⁷⁴. Conforme exposto, o crime culposos é aquele onde o resultado não era pretendido pelo agente, e que ocorreu em razão da imprudência, negligência ou imperícia, devendo ser expressamente previsto em lei.

A atual redação do dispositivo legal é resultado da reforma de 1984 do CP, que introduziu a teoria finalista da ação no direito penal brasileiro. De acordo com a referida teoria, ensinam Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini que a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne²⁷⁵. Celso Delmanto, por sua vez, explica que, pela teoria finalista, a culpa fundamenta-se na aferição do cuidado objetivo exigível pelas circunstâncias em que o fato aconteceu, o que indica a tipicidade da conduta do agente²⁷⁶.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini explicam que a definição, em direito positivo, permite concluir que o crime culposos possui os seguintes elementos: (i) conduta; (ii) dever de cuidado objetivo; (iii) o resultado lesivo involuntário; (iv) a previsibilidade; e (v) a tipicidade²⁷⁷.

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 64-65.

²⁷⁴ “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

²⁷⁵ 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. p. 87.

²⁷⁶ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato, 2013, op. cit. p. 131-132.

Esses conceitos de culpa no Direito civil e no Direito penal são importantes, pois verificamos que, tanto numa esfera de responsabilização preponderantemente indenizatória, quanto numa esfera de responsabilização preponderantemente punitiva, há a exigência da culpabilidade.

Na improbidade administrativa, o princípio da culpabilidade também é aplicável conforme o delineamento dado pelo Direito positivo. Na LIA, há a faceta punitiva e a faceta indenizatória. Essa dupla acepção demanda levar em conta o grau da culpa necessária para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Conforme já exposto, cabe indicar que o Direito brasileiro repudia a responsabilidade objetiva como regra geral, devendo haver necessariamente a culpa para a configuração do ato ilícito. Em verdade, a vedação à responsabilidade objetiva dos agentes públicos está prevista no art. 37, § 6º,²⁷⁸ conforme aponta Francisco Octavio de Almeida Prado:

Ressalta-se, desde logo, que a Constituição da República proscree a responsabilidade objetiva dos agentes públicos ao estatuir, no § 6º do art. 37, que esse tipo de responsabilidade toca às entidades públicas, só se admitindo a responsabilidade dos agentes por dolo ou culpa.²⁷⁹

O autor está correto. Seria um contrassenso aceitar que a responsabilidade civil fosse guiada pela responsabilidade subjetiva, conforme prescreve o CC, e a responsabilidade pelo ato de improbidade administrativa, que resulta na aplicação de graves sanções, aceitasse a responsabilidade objetiva.

A LIA concretiza essa exigência por meio do seu art. 5º, que dispõe que a ação ou omissão que causa lesão ao patrimônio público deve ser dolosa ou culposa, e no art. 10, *caput*, que define o ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário mediante dolo ou culpa. Os demais artigos (9º e 11) não fazem referência à necessidade do dolo ou culpa. Mas, aqui, cabe ponderar que a expressa menção à culpa no art. 10 se deu apenas para diferenciar-se da exigência do dolo nas modalidades do ato de improbidade previstas nos artigos 9º e 11. Isso porque, conforme ensina Waldo Fazzio Junior, quando se admite a modalidade culposa de um ilícito, a legislação deve ser

²⁷⁸ “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

²⁷⁹ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 37.

expressa nesse sentido²⁸⁰. Logo, o silêncio legislativo nos artigos 9º e 11 deve ser interpretado pela inadmissibilidade da modalidade culposa.

O art. 9º demanda o dolo para sua configuração, pois o agente ímprobo deve agir conscientemente para obter a vantagem indevida. O bem jurídico protegido pelo art. 9º é a honestidade funcional²⁸¹ e sua violação demanda que o agente tenha consciência da ilicitude de sua conduta. Waldo Fazzio Junior explica que a própria tônica dessa modalidade de ato de improbidade pressupõe o dolo, visto que o “agente obtém vantagem que sabe indevida”²⁸². O autor ainda pondera que: (i) é inviável o enriquecimento ilícito culposos, uma vez que essa hipótese demandaria o paradoxo de se enriquecer indevidamente por imperícia, imprudência e negligência; (ii) e, em linha com o que já expomos, todo ato ilícito, regra geral, é doloso, e a hipótese culposa só poderá ser admitida se expressamente prevista em lei²⁸³.

Ao seu turno, o art. 11 apresenta tipos extremamente abertos para a configuração do ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, sem prejuízo do argumento de que a modalidade culposa só seria possível se a lei assim dispusesse, a exigência do dolo serve para diferenciar a lesão qualificada aos princípios da ilegalidade sem a qualificadora. Até porque, se fosse possível aceitar a modalidade culposa no art. 11, toda ilegalidade seria configurada como ato de improbidade administrativa, englobando, aí, condutas do agente público, declaradas ilegais pelo judiciário, mas que a conduta se lastreou em legítima interpretação legal. Sobre isso, Marino Pazzaglini Filho esclarece que os atos administrativos ilegais, que não se revestem de inequívoca gravidade e que não apresentam indícios de desonestidade ou má-fé, não configuram improbidade administrativa²⁸⁴.

²⁸⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 92 e 163.

²⁸¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 275.

²⁸² FAZZIO JÚNIOR, Waldo, 2007, op. cit., p. 92.

²⁸³ Ibid. 92.

²⁸⁴ 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. p. 115.

Em verdade, a doutrina aceita com relativa pacificidade a necessidade do dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, conforme previsto nos artigos 9º e 11²⁸⁵. O ponto de divergência diz respeito justamente à modalidade culposa prevista no art. 10 da LIA.

Conforme exposto, o art. 10 prevê expressamente essa hipótese, mas parte da doutrina entende que a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é inconstitucional. O argumento central orbita a ideia de que “improbidade” é “desonestidade” e que é impossível alguém ser desonesto de maneira culposa. A modalidade culposa do art. 10, portanto, é inconstitucional. Corroboram esse entendimento Márcio Cammarosano,²⁸⁶ Francisco Octavio de Almeida Prado²⁸⁷ e Gina Copola²⁸⁸.

Marcelo Hager, em artigo que defende a impossibilidade do ato de improbidade culposos, argumenta que as estipulações decorrentes do sistema ou do sentido vernacular de certo termo vinculam a interpretação jurídica. Assim, utilizando o dicionário, demonstra que improbidade é a qualidade daquele que é probo, e probo é o adjetivo daquele que possui caráter íntegro; honesto, reto e justo. Ao final, demonstra que é evidente que o termo “improbidade administrativa”, constante do texto constitucional, deve observar as propriedades dessa palavra. Conclui que a

²⁸⁵ Nesse sentido, vide: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014; PAZZAGLINI FILHO, Marino, 2015, op. cit.; COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e ação civil de improbidade administrativa: limites de instauração*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014; GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004; e, FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁸⁶ “Mas o que verificamos, procedendo ao exame da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, é que ela, na sua letra, vai longe demais, prescrevendo constituir também ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão, mesmo culposa, que enseje perda patrimonial de entidades referidas no seu art. 1º (art. 10), exigindo mesmo do intérprete e aplicador muita prudência para que não considere também, em face do disposto no art. 11, *caput*, ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de mero erro de fato ou de direito. Para nós só se pode falar em improbidade em face imoralidade especialmente qualificada pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosamente, portanto”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 110).

²⁸⁷ “Mas o essencial é notar que a menção a menção da Lei maior a atos de improbidade administrativa traz consigo um significado nuclear que limita a liberdade do legislador na tipificação dos ilícitos e há de guiar o intérprete e o julgador na determinação do sentido e do alcance das prescrições editadas no exercício dessa específica competência [...]. Mas a modalidade culposa referida no art. 10 não se concilia com a ideia de improbidade administrativa contemplada pela Constituição” (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38).

²⁸⁸ “[...] porque sem a figura do dolo é virtualmente impossível a caracterização de improbidade administrativa, porque ímprobo é aquele que teve a vontade, a intenção, ou o *animus* de causar lesão ou prejuízo ao erário público, bem como os princípios constitucionais que norteiam a Administração”. (COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 23).

improbidade administrativa demanda a desonestidade, o que afastaria qualquer modalidade culposa²⁸⁹.

Pois bem, apesar dos robustos argumentos apresentados pelos juristas, não podemos concordar com tal tese. Fundamentamos.

Conforme exposto no subitem anterior, mesmo numa interpretação gramatical e levando em conta o dicionário, probidade também significa *retidão*²⁹⁰. Ao seu turno, retidão pode significar aquele que age de acordo com a lei. Se levássemos em conta apenas isso, a improbidade administrativa poderia ser caracterizada pelo desrespeito formal e material do disposto na LIA e, se a LIA institui a modalidade culposa, impondo o dever de o agente público ser zeloso com o erário, verifica-se que a modalidade culposa é perfeitamente possível.

No mais, a Constituição Federal não fala de “improbidade”, mas sim de “improbidade administrativa [...] na forma e gradação previstas em lei”. Novamente, afirmamos que a Constituição outorga ao legislador a tarefa de depurar o que é o ato de improbidade administrativa. Ao comentar o art. 37, § 4º, da CF, Emerson Garcia possui conclusão semelhante, apontado que a própria lei, partindo de um comando constitucional, indicou o que se deveria entender por atos de improbidade, de modo que o significado da expressão se desprende da linguagem ordinária e adentrou no domínio da linguagem para propósitos específicos²⁹¹. Entende-se que é a LIA o instrumento que dará a necessária densidade normativa para o que é “improbidade administrativa”.

Por meio da LIA, o legislador instituiu como bem jurídico da probidade administrativa o zelo com o erário no art. 10. Zelar pelo erário impõe necessariamente um dever de cuidado com a coisa pública. Apontamos aqui a preciosa lição de José Roberto Pimenta Oliveira que o bem jurídico erário se centraliza no cumprimento ético-jurídico de zelo pela *res pública*, de modo que

²⁸⁹ HARGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. *Interesse Público*, v. 58, p. 165-181, 2010.

²⁹⁰ Segundo o dicionário Houaiss, probidade significa: “*qualidade do que é probo; integridade, honestidade, retidão*”. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2301). Segundo o dicionário Houaiss, retidão é: “*atributo, caráter do que está em conformidade com a lei; legalidade, legitimidade*” (Ibid. p. 2445).

²⁹¹ GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? *In*: Ministério Público Federal; 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (org.). *Avanços e Desafios no Combate à Corrupção Após 25 Anos de Vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: Ministério Público Federal, 2018, v. 1, p. 17-26.

a instituição da modalidade culposa, no art. 10, tem como finalidade justamente proteger esse bem jurídico²⁹².

Levando em conta também o contexto constitucional, Fábio Medina Osório aduz que o texto constitucional recepciona o princípio da eficiência como princípio regente da Administração Pública. Com esteio nesses princípios, é perfeitamente possível a LIA eleger uma modalidade de improbidade culposa²⁹³.

Por fim, confrontando o precedente de que a improbidade administrativa serve para punir os administradores desonestos, e não os inábeis,²⁹⁴ Fábio Medina Osório aponta que não se deve confundir o erro profissional com a o comportamento gravemente culposos que ofende a probidade administrativa.²⁹⁵ Thiago Marrara possui entendimento semelhante, esclarecendo que os meros erros de gestão não sejam confundidos com atos de improbidade, pois não é justo que se puna o administrador que erra com o administrador que, errando ou acertando, deseja afrontar a moralidade administrativa.²⁹⁶

Se por um lado, o administrador inábil que comete ato em desconformidade com a lei não deve ser punido nos termos da LIA, por outro, o administrador negligente, que ignora o mínimo de zelo que se exigiria de sua conduta, deve ser punido caso a sua conduta resulte ofensa à probidade, ainda que culposa. Inclusive, corroborando esse entendimento, importante mencionar que o STJ reconhece a modalidade culposa para os atos de improbidade administrativa previstos no art. 10.²⁹⁷

²⁹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 275.

²⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 236.

²⁹⁴ “ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido” (STJ, Resp 213.994/MG, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, J. em 17/08/1999).

²⁹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina, 2018, op. cit. p. 237.

²⁹⁶ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, p. 104-120, 2016.

²⁹⁷ “Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão do erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA)” (STJ, Resp 875.163/RS, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, J. em 19/05/2009).

Portanto, ante todo o exposto, é possível concluir que o ordenamento jurídico não veda a improbidade culposa, de modo que não há como sustentar a inconstitucionalidade do art. 10 da LIA quanto a isso.

De todo modo, a culpabilidade da LIA demanda a verificação da responsabilidade subjetiva do agente que pratica o ato de improbidade administrativa. Essa culpabilidade é influenciada pelos princípios que limitam a atividade punitiva estatal. Dentro desse esquema, cabe levar em conta também o princípio da tipicidade que, conforme demonstraremos, possui a dimensão formal e material.

2.4.Princípio da tipicidade e improbidade administrativa

A responsabilização por ato de improbidade administrativa, por constituir o exercício de um poder punitivo estatal, deve obediência ao princípio da legalidade e tipicidade. Isso porque, as sanções e consequências jurídicas previstas na LIA resultam em limitação de direitos individuais, e essas limitações devem estar expressamente previstas em lei. Tal mandamento decorre diretamente da Constituição Federal, no art. 5º, incisos II, XXXIX e LIV.

Por isso podemos falar em princípio da tipicidade, visto que há um mandamento constitucional que impõe o dever de o legislador prever a descrição da conduta ilícita previamente em lei ao tratar de sanções jurídicas aplicáveis a atos ilícitos.

Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira esclarece que qualquer parcela do *jus puniendi* estatal pressupõe, na lei, a descrição formal da conduta proibida e a fixação explícita da medida sancionatória, cuja imputação jurídica se perfaz uma vez subsumidos os fatos à hipótese legal²⁹⁸. Ao seu turno, Fábio Medina Osório identifica que o fenômeno da tipificação não está restrito ao Direito penal, mas também ao Direito administrativo sancionador, por força do devido processo legal e da legalidade²⁹⁹. Francisco Octavio de Almeida Prado explica que o princípio da

²⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 204.

²⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 253.

tipicidade exige que a lei defina, de maneira precisa, a conduta que será uma infração, realizando o princípio da legalidade³⁰⁰.

Mas, o princípio da tipicidade regente da improbidade administrativa não se confunde com o princípio da legalidade do Direito Administrativo, ainda que seja possível apontar uma semelhança.

O princípio da legalidade, com fundamento no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, rege o exercício da função administrativa. Daí que Hely Lopes Meirelles esclarece que na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza³⁰¹. Já no campo da improbidade administrativa, não há propriamente dito o exercício de uma competência administrativa, visto que a sanção é aplicada diretamente pelo judiciário. Dessa forma, a legalidade que temos de entender, que embasa o princípio da tipicidade, é a legalidade prevista no art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal, e o princípio da segurança jurídica.

O princípio da tipicidade ganha ainda mais relevância na improbidade administrativa ao verificarmos que o art. 37, § 4º, da CF, estabelece sanções graves para o ato de improbidade administrativa, mas não dispõe o que constitui um ato de improbidade administrativa. Coube à LIA tipificar tais atos, em obediência ao princípio da tipicidade.

Conforme já exposto, a LIA dispõe sobre as condutas tipificadas como improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11. A técnica legislativa usada, a princípio, segue a regra de dispor um tipo geral no *caput*, e tipos específicos nos incisos.

Nesse sentido, discute-se se os tipos de improbidade administrativa são taxativos ou exemplificativos. De fato, a redação legislativa sugere que as condutas elencadas na LIA são exemplificativas, visto que, no final do *caput* de cada artigo, há a palavra “notadamente”.

Inclusive, há vários juristas que entendem que as condutas são tipificadas de forma exemplificativa. Maria Sylvia Zanella Dietro reconhece esse caráter em razão da redação legislativa adotada, de modo que o ato pode se enquadrar tanto nos incisos quanto nos *caputs* de

³⁰⁰ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 33.

³⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 90.

cada artigo³⁰². Em igual sentido, Rita Dias Nolasco argumenta a favor do caráter exemplificativo em razão do termo “notadamente” utilizado no *caput* de cada artigo, o que evidencia que o legislador utilizou o *caput* como uma cláusula geral³⁰³.

Por sua vez, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves argumentam que os referidos artigos estabelecem *conceitos jurídicos indeterminados*, possuindo um núcleo fixo (*Begriffkern*) e um halo conceitual ou zona de dúvida (*Begriffshof*), e que a consideração do *caput* como um tipo não afasta a segurança jurídica ou o princípio da tipicidade. Os citados juristas entendem que:

Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no *caput* dos dispositivos tipificadores, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio “notadamente”.³⁰⁴

Em sentido contrário, Francisco Octavio de Almeida Prado defende que o rol de condutas descritas nos incisos é taxativo em razão do princípio da tipicidade. Pelo princípio, é inadmissível uma tipificação imprecisa ou com excesso de fórmulas abertas.³⁰⁵ Dessa forma, Francisco Octávio de Almeida Prado entende que os *caputs* dos artigos 9º, 10 e 11 possuem descrição demasiadamente genérica, de forma que a tipificação de cada conduta só poderia ocorrer com base nos incisos³⁰⁶.

Ocorre que, para fins de análise da tipicidade, a discussão deve ir além da taxatividade ou não das condutas descritas na LIA. Uma análise dos próprios incisos demonstra que há tipos genéricos e que, caso estivessem elencados em um artigo diferente, não haveria prejuízo do tipo estabelecido em lei. Por exemplo, o inc. VIII, art. 10, poderia perfeitamente ser encaixado no art.

³⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 916-917.

³⁰³ NOLASCO, Rita Dias. *Ação de Improbidade Administrativa: Efeitos e Efetividade da Sentença de Procedência*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 68.

³⁰⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379.

³⁰⁵ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

³⁰⁶ *Ibid.* p. 35.

11, uma vez que dispõe sobre: “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”. Ou seja, pela redação do inciso, não há necessidade de uma lesão patrimonial aos cofres públicos.

Por sua vez, o inc. VI, art. 11, que dispõe sobre "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo", também poderia figurar em outro artigo da LIA. Ou seja, mesmo os incisos apresentam tipos tão, ou até mais, genéricos que os previstos nos *caputs*.

O que se evidencia, na verdade, é uma relativa autonomia dos tipos previstos nos incisos em relação ao *caput*, de modo que a qualificação destes como atos que importem em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou lesão aos princípios ficou à escolha do legislador. José Roberto Pimenta Oliveira aponta que há uma autonomia categorial na estrutura arquitetônica dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, cuja reunião das condutas descritas nos incisos se dá pela unidade de bens jurídicos afetados³⁰⁷.

Semelhantemente, Emerson Garcia entende que há relativa independência entre os ilícitos previstos nos incisos em relação ao *caput*. Dessa forma, é desnecessária a valoração dos conceitos indeterminados previstos no *caput* dos artigos tipificadores, pois o desvalor da conduta, o nexo de causalidade e a potencialidade lesiva foram previamente ponderados pelo legislador, culminando em estatuir nos incisos as condutas que indubitavelmente importam em enriquecimento ilícito, acarretam dano ao erário ou violam os princípios administrativos³⁰⁸.

É seguro dizer que a estrutura normativa adotada na LIA permite se concluir que os *caputs* dos artigos 9º, 10 e 11 constituem *tipo próprio*, e não uma mera ilustração legislativa. José Roberto Pimenta Oliveira, ao comentar o art. 9º, entende que há incisos que constituem tipos especiais em relação ao tipo geral previsto no *caput*, mas que este, por si só, constitui um tipo, *in litteris*:

Relativamente aos atos de improbidade administrativa, as condutas descritas no artigo 9º e seus incisos, I, II, III, IV, V-primeira parte, VI, VIII, IX, X, XI, XII constituem *tipos especiais*, tendo como referência o *tipo geral* do artigo 9º *caput*. Significa dizer que acrescentam elementos especializantes ou próprios à descrição típica na norma geral. O *caput* serve à função de *tipo subsidiário*,

³⁰⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 266.

³⁰⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 381-382.

porque forma de enriquecimento ilícito não colhida pelos dispositivos é reconduzível à norma geral, na atividade de subsunção.³⁰⁹

Assim, constituem tipos de improbidade administrativa o *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, bem como seus incisos. De certa forma, a tipicidade da LIA é relativamente aberta se considerarmos apenas os *caputs* dos artigos 9º, 10 e 11, mas a descrição específica das condutas nos incisos resulta em uma alocação prévia pelo legislador quanto ao tipo de sanção aplicável e o bem jurídico protegido.

Por essa razão, extrai-se que as condutas estão taxativamente tipificadas no *caput* de cada artigo e seus incisos. Em verdade, não podemos utilizar o termo “exemplificativo” para se referir ao rol de condutas tipificadas pela LIA, pois esse termo denota que seria possível enquadrar uma conduta como ato de improbidade administrativa sem a definição prévia na LIA ou em legislação extravagante. Como já afirmamos, o art. 37 § 4º, não possui densidade suficiente a ponto de ser possível condenar alguém pela prática de improbidade administrativa apenas com base em sua redação.

Entretanto, não há como discordar da crítica de Francisco Octávio de Almeida Prado no tocante aos tipos excessivamente genéricos e abertos previstos na LIA. Ainda que impere a “máxima intervenção” na proteção do bem jurídico protegido na esfera de responsabilidade da improbidade administrativa, há uma necessidade de interpretar a tipificação da conduta dos atos de improbidade de maneira restrita. A redação legislativa é extremamente aberta e acaba abarcando condutas que não atingem materialmente o bem jurídico da probidade administrativa, sujeitando tais condutas a graves sanções.

Diante dessa problemática, a doutrina caminhou no sentido de reconhecer que na improbidade administrativa vigora também a noção de tipicidade *material*, tema que será explorado no próximo subitem.

³⁰⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251.

2.5. 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 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, uma faceta da moralidade 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, haveria 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 Junior³¹⁰, Marino Pazzaglini Filho³¹¹, Marcelo Figueiredo³¹², Mônica Nicida Garcia³¹³, Gina Copola³¹⁴ e Mauro Roberto Gomes de Mattos³¹⁵.

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

³¹⁰ “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, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73).

³¹¹ “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, 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. p. 3).

³¹² “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, ausente o elemento de ‘desonestidade’, ou de improbidade propriamente dita”. (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-50).

³¹³ “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, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 265).

³¹⁴ “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, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 31).

³¹⁵ “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, visando à prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma imoralidade qualificada manifesta em grave desonestidade funcional”. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e ação civil de improbidade administrativa: limites de instauração*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 298).

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 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, conforme iremos demonstrar, 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 relembrar os conceitos: tipo é a descrição em lei de uma conduta como ato ilícito, enquanto que 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 que 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 esse alcance indesejado. 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 administrativa³¹⁶.

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 protegido³¹⁷.

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

³¹⁶ 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.

³¹⁷ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

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 CF³¹⁸.

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 credibilidade³¹⁹. 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, conseqüentemente, o seu enfraquecimento.

Apenas para ilustrar a aplicabilidade da tipicidade material na improbidade administrativa, apresentamos o seguinte caso exemplificativo. Imagine 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, alguém poderia argumentar que o interesse público é indisponível e que deveria haver alguma resposta do sistema, 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

³¹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 281.

³¹⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451.

preciosa lição ao entender que as características pessoais do agente público influenciam o desvalor da conduta proibida³²⁰. Essa última consideração é importante, posto que por meio dela é possível reconhecer que a tipicidade material do ato de improbidade administrativa é influenciada pelas características de cada agente.

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.³²¹

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 resultados³²².

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

³²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 250.

³²¹ Ibid. p. 251.

³²² Ibid.

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 material 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.

CAPÍTULO V – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. O princípio da insignificância na improbidade administrativa

No Direito penal, o princípio da insignificância é construído a partir dos princípios penais da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade e da proporcionalidade, 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 administrativo, 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 improbidade administrativa, é possível criar a tipicidade formal e material no âmbito da improbidade administrativa. 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 atípica³²³. O mesmo

³²³ 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.

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 insignificantes³²⁴.

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 administrativo, 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 conduta³²⁵. 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.

³²⁴ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

³²⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 280.

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 insignificantes³²⁶.

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 disposição do interesse público³²⁷. Em verdade, a punição de uma conduta atípica é que ofende o interesse público, uma vez que promove a injustiça 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 irrazoável³²⁸.

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

³²⁶ 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.

³²⁷ 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 abrindo 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, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 71).

³²⁸ 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.

há protagonismo do princípio da proporcionalidade nessa construção, ainda que a atual acepção de proporcionalidade possa englobar o princípio da insignificância, influenciando a sua aplicação³²⁹. 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.

Devemos ter em mente que 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.

³²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *Curso de direito administrativo*, 2014. p. 882 com esteio em Heraldo Garcia Vitta (VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 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, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 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.³³⁰ 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.³³¹

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.

Entretanto, há de se reconhecer que, no âmbito da improbidade administrativa, por envolver um bem jurídico, que não é facilmente mensurado do ponto de vista econômico, é de se esperar uma resistência na aceitação da aplicabilidade do princípio da insignificância, ainda que se aceite que condutas formalmente típicas e material atípicas afastam o sancionamento nos termos da LIA.

2. Aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa

2.1.Principais critérios de interpretação

Do mesmo modo que ocorre no Direito penal, a aferição da insignificância no âmbito da improbidade administrativa não deve ocorrer sem algumas diretrizes mínimas que garantam a segurança jurídica. Se por um lado, há o risco de condutas não ímprobas acabarem punidas, por

³³⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 282.

³³¹ SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade em atos de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 254, out./dez., 2004.

outro, condutas evidentemente ímprobas podem ficar impunes, o que contraria a própria finalidade da LIA.

Dessa forma, os requisitos postos pelo STF para verificar a improbidade no caso concreto podem ser aplicáveis à improbidade administrativa após alguns retoques, pois: (i) estamos considerando que o princípio da insignificância é aplicável; e (ii) os critérios não são taxativos, mas sim exemplificativos e podem ser modulados a depender do caso concreto, o que não exclui a eventual verificação de outros critérios.

Portanto, os critérios para verificar a incidência do princípio da insignificância na improbidade administrativa são: (i) mínima ofensividade que a conduta do agente pode causar ao bem jurídico da probidade administrativa; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. A inclusão do requisito de “periculosidade social da ação” é, de certa forma, desnecessária, pois os atos de improbidade administrativa, via de regra, não demandam violência para sua ocorrência. Quando há a utilização de violência, há a caracterização de outros crimes/ílicitos. Mantemos todos os critérios, pois a verificação da insignificância não se esgota apenas em seu resultado, mas também na própria conduta. Conforme leciona Luiz Flávio Gomes, sobre o princípio da insignificância no Direito penal, a insignificância pode ser verificada, separada ou conjuntamente, tanto na conduta quanto no resultado³³².

O elemento subjetivo não é analisado para fins de insignificância, visto que, conforme exposto, inexistindo o dolo ou culpa grave, o ato de improbidade inexistente, independente do resultado lesivo. A análise sobre a insignificância e o consequente afastamento da tipicidade material necessita que o agente tenha agido conscientemente para praticar o ato, uma vez que essa análise recai justamente sobre a conduta e seu resultado. Ainda, a aferição da insignificância deve levar em conta apenas os aspectos objetivos da conduta tida como ímproba, para então haver o afastamento ou não da tipicidade no caso concreto.

Assim, tomando como base o exemplo dado de um servidor que utiliza conscientemente a impressora da repartição para a impressão de um currículo para o vizinho desempregado, podemos

³³² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

indicar que: (i) o custo da impressão não deve ir além de alguns poucos centavos, o que demonstra a mínima ofensividade moral e econômica; (ii) há reduzidíssimo grau de reprovabilidade nessa conduta, pois, ao final, há até boa intenção na prática do ato ilícito pelo agente e dificilmente sua conduta será objeto de reprovação social; e (iii) por não haver má-fé ou culpa grave e, em vista da lesão ser mínima, não há ofensa ao bem jurídico tutelado pelo art. 9º da LIA. Evidentemente, o princípio da insignificância afasta a tipicidade da conduta perante a improbidade administrativa, no entanto, a conduta ainda pode ser reprovada em outra esfera de responsabilidade, como por meio de um processo administrativo disciplinar que pode culminar na aplicação de uma sanção mais leve e adequada como, por exemplo, uma advertência ao servidor.

2.2.Momento em que a insignificância deve ser verificada

O princípio da insignificância diz respeito à insignificância valorativa da conduta formalmente típica. Conforme explicamos acima, a insignificância é objetivamente atrelada à conduta, não sendo influenciada pelo elemento volitivo e tampouco por outros elementos que integram a dosimetria da pena (colaboração do agente, bons antecedentes, ressarcimento do dano eventualmente causado etc.).

O elemento volitivo, dolo e culpa, no caso do art. 10, não é considerado para fins de insignificância, pois a sua verificação pressupõe a tipicidade formal da conduta. Quanto aos elementos que podem influenciar a decisão na aplicação da pena, pressupõe-se que a conduta é formal e materialmente típica e que a punição, seja qual for, é necessária. A insignificância implica em reconhecer que a conduta é materialmente atípica e, portanto, não constitui improbidade administrativa.

Dessa forma, a conduta materialmente atípica nasce com essa característica, ou seja, a insignificância se verifica desde o momento de sua ocorrência.

Luiz Flávio Gomes, ao comentar o princípio da insignificância no Direito penal, esclarece que a conduta bagatelar pode ter a insignificância reconhecida a qualquer momento pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, mas, em razão da determinação dos artigos 17 e 28, do CPP,

cabe à autoridade judiciária arquivar o procedimento investigativo³³³. Caso haja a denúncia, cabe ao juiz absolver sumariamente o acusado. Se não há absolvição, cabe o HC para o trancamento da ação penal³³⁴. Ou seja, como a conduta bagatelar nasce irrelevante para o Direito penal, em qualquer momento investigativo ou processual pode ter a insignificância reconhecida.

No âmbito da improbidade administrativa, a atipicidade da conduta, como ato de improbidade administrativa, também nasce com a conduta. Desse modo, a insignificância perante a improbidade administrativa também pode ser reconhecida a qualquer momento, seja no curso da apuração administrativa da conduta ou no curso do processo judicial.

Conforme prescreve a LIA, art. 14, *caput* e § 2º, a apuração da improbidade administrativa pode ocorrer por meio de processo administrativo conduzido pela pessoa jurídica interessada, após representação que pode ser feita por qualquer pessoa, ou no âmbito de inquérito civil, conduzido pelo MP. Marino Pazzaglini Filho aponta que a representação feita pode ser arquivada se o fato noticiado não configurar ato de improbidade administrativa³³⁵. No que se refere ao inquérito civil, o autor aduz que seu encerramento se dá pela propositura da ação civil de improbidade ou pelo arquivamento motivado se não houver fundamento para sua propositura³³⁶.

Dessa forma, em ambas as hipóteses, nada impede que a insignificância seja reconhecida no momento do arquivamento. Nesse caso, a autoridade ou membro do MP irá fundamentar que, em razão da atipicidade material da conduta e da incidência do princípio da insignificância, a conduta apurada não constitui ato de improbidade administrativa.

Portanto, se a pessoa jurídica interessada ou o MP entenderem que não há insignificância, poderão propor a ação civil pública de improbidade administrativa perante o poder judiciário, conforme prescreve o art. 16 da LIA.

³³³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 103.

³³⁴ *Ibid.* p. 26.

³³⁵ 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. p. 183.

³³⁶ *Ibid.* p. 195.

A ação civil pública de improbidade administrativa obedece ao procedimento especial previsto na LIA. Nesse sentido, o art. 17, §§ 6º ao 10, dispõe sobre a admissibilidade da petição inicial, que é o juízo prévio sobre ação. Logo, se a descrição dos fatos for incontroversa quanto à insignificância da conduta tida como ímproba, o magistrado poderá não receber a ação com fundamento na aplicação do princípio da insignificância.

Sem embargo, uma vez recebida a petição inicial, a insignificância e a atipicidade material da conduta podem ficar evidente após a instrução processual, cabendo ao magistrado absolver o réu. Desse modo, se a conduta realmente for insignificante, nada impede que a insignificância seja reconhecida nas instâncias superiores.

Em suma, o alargamento ou não da discussão administrativa ou judicial não altera a natureza do fato ocorrido, pois, se a conduta é insignificante, deve ser reconhecida como tal, a qualquer momento, afastando a tipicidade e a aplicação de sanção.

Ainda, a confissão do agente, em sede administrativa ou judicial, quanto à conduta, também não altera a natureza insignificante dela. Isso porque, a insignificância da conduta perante a LIA está objetivamente atrelada ao fato. A confissão da conduta pelo agente ocorre posteriormente, não influenciando no desvalor da conduta original. Entretanto, a conduta pode ser insignificante para a improbidade administrativa, mas não necessariamente será perante outras esferas de responsabilização.

Apenas para ilustrar, no exemplo que utilizamos (servidor que utiliza a impressora da repartição para imprimir duas cópias de um currículo para um conhecido), o fato é materialmente atípico e, portanto, insignificante perante a LIA. Eventualmente, o servidor em questão pode confessar o fato no âmbito de um processo administrativo ou judicial. Entretanto, a confissão não muda o status de irrelevância do fato perante a improbidade administrativa. Entretanto, com base em sua confissão, a autoridade administrativa pode instaurar um PAD (responsabilidade administrativa disciplinar) para responsabilizar disciplinarmente a conduta confessada. Ou seja, o afastamento da ilicitude não é global.

Recentemente, a Lei Federal 13.964/2019, comumente conhecida como “Lei Anticrime”, alterou a redação do art. 17, § 1º³³⁷, para permitir a celebração de acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa. Contudo, o princípio da insignificância fica alheio a possibilidade de acordo no âmbito da LIA. Isso porque, ao afastar a tipicidade da conduta insignificante, é reconhecido que a conduta formalmente típica não configura ato de improbidade administrativa. Ou seja, em face do princípio, o ato de improbidade administrativa é inexistente e, portanto, não há o que se transacionar por meio de um acordo.

2.3. Aplicação da insignificância aos tipos previstos na LIA

2.3.1. Considerações iniciais: a qualificação do ato ímprobo

A aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa pode utilizar os critérios referenciais formulados pelo STF. Ressaltamos que entendemos que tais critérios não são taxativos e que, ao final, deve ser levado em conta se a conduta praticada afetou de maneira relevante o bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, a verificação da insignificância deve levar em conta se os bens jurídicos protegidos pelos tipos acima mencionados foram atingidos ou não pela conduta. Os critérios referenciais constituem um instrumento ao intérprete para mensurar o dano ao bem jurídico tutelado pela esfera de responsabilização da improbidade administrativa. Se o dano é relevante o suficiente, a conduta passa a ser formal e materialmente típica. Caso o dano seja insignificante, a conduta é atípica e não constitui ato de improbidade administrativa.

No caso da LIA, o bem jurídico “probidade administrativa” é depurado em quatro grandes tipos: (i) enriquecimento ilícito, previsto no art. 9º da LIA; (ii) dano ao erário, previsto no art. 10 da LIA; (iii) dano ao erário decorrente e concessão indevida de benefício financeiro ou tributário, previsto no art. 10-A, e (iv) atos que atentam princípios da Administração Pública, previsto no art. 11.

³³⁷ § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

Ocorre que, uma mesma conduta pode se enquadrar em mais de um tipo geral previsto na LIA ao mesmo tempo. Por exemplo, o agente que recebe propina para fraudar uma licitação em favor de um fornecedor com proposta superfaturada, ao mesmo tempo enriquece ilicitamente, causa dano ao erário e ofende princípios da Administração Pública. Nessa hipótese, em face do princípio do *bis in idem*, a conduta pluriofensiva será subsumida apenas a um tipo da LIA.

Via de regra, a subsunção da conduta ao tipo ocorre formalmente e verificando qual é o bem jurídico imediatamente afetado pela conduta. Quando há condutas pluriofensivas, há uma presunção de que a subsunção ocorreria por meio da absorção do tipo menos grave pelo mais grave. Nesse sentido, Rita Dias Nolasco defende a aplicação do princípio da consunção no caso de múltipla subsunção, havendo a absorção do ato menos grave pelo mais grave³³⁸.

Entretanto, pedimos vênha para discordar da posição da autora. De fato, a consunção poderá ser aplicada à improbidade administrativa, mas deve levar em conta também qual bem jurídico foi lesionado com maior intensidade pela conduta. Esse é também o entendimento de José Roberto Pimenta Oliveira, que esclarece: “É fundamental perceber que o grau de ofensa ao bem jurídico é o elemento central que informa a correta subsunção de condutas viciadas no sistema da Lei nº 8.412/92”³³⁹.

Isso porque a técnica legislativa utilizada na LIA categoriza o ato de improbidade administrativa conforme o bem jurídico tutelado em cada tipo geral, previsto no *caput* de cada artigo. As condutas específicas de improbidade administrativa, previstas nos incisos, possuem relativa autonomia em relação ao tipo previsto no *caput*. Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira esclarece: “A unidade teleológica do dispositivo é afirmada em razão do bem jurídico tutelado, o que valida a situação normativa da conformação típica das regras no bojo de um único artigo legal abrangente”³⁴⁰. Emerson Garcia entende que, em razão da relativa independência dos

³³⁸ NOLASCO, Rita Dias. *Ação de Improbidade Administrativa: Efeitos e Efetividade da Sentença de Procedência*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 68.

³³⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

³⁴⁰ Ibid. p. 251.

tipos previstos nos incisos em relação ao *caput*, o legislador já ponderou a valoração de cada conduta ímproba³⁴¹.

Dessa forma, a medida da insignificância deve, de antemão, levar em conta o grau de lesão que o ato de improbidade causou ao bem jurídico tutelado pela LIA, que são honestidade funcional (art. 9º), zelo pelo erário (art. 10), e legalidade, impessoalidade e lealdade às instituições (art. 11), seguindo classificação de José Roberto Pimenta Oliveira³⁴². O art. 10-A envolve uma espécie de dano ao erário que é resultado de uma concessão indevida de benefício tributário ou financeiro e, em última análise, há a proteção ao erário e atividade de tributação.

Isto é, para o enquadramento de uma conduta ilegal à LIA, deve prevalecer a ofensa mais densa ao bem jurídico. Então, uma conduta ilegal, que envolva enriquecimento ilícito, dano ao erário e ofensa aos princípios, deverá ser tipificada no art. 9º, 10 ou 11, conforme for o tamanho da ofensa ao bem jurídico. A depender da dimensão da ofensa, devemos conduzir a conduta ao determinado artigo, o que gera a aplicação de um bloco sancionatório, conforme previsto no art. 12, I, II, II-A ou III, da LIA. O processo de tipificação material é importante para que se permita, posteriormente, fazer a individualização da sanção.

Em relação aos artigos tipificadores da LIA, verificada a tipicidade formal, deve vir o raciocínio sobre a tipicidade material, ou seja, se o sistema deve considerar a ilicitude como própria do âmbito da improbidade.

Semelhantermente, no que tange ao princípio da insignificância, em que há condutas formalmente típicas, mas materialmente atípicas, é possível que uma mesma conduta formalmente típica seja insignificante em face de um tipo da LIA, e significativa para outro. Por exemplo, um servidor que aceita um cigarro como propina para facilitar o arquivamento de um auto de infração. Nesse caso, há evidente violação aos princípios da Administração Pública, conforme tutelado pelo art. 11 da LIA, mas a conduta em si é insignificante perante o art. 9º da LIA. A insignificância

³⁴¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 381-382.

³⁴² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 249 e ss.

perante a improbidade administrativa deve ser global. Isto é, a conduta deve ser insignificante perante todos os tipos previstos na LIA.

Por essa razão, ainda que a insignificância dependa de uma análise de cada caso concreto, é imprescindível uma análise sobre os bens jurídicos tutelados por cada tipo de improbidade e como a insignificância deve ser medida.

2.3.2. Improbidade e enriquecimento ilícito (art. 9º, LIA)

O art. 9º da LIA trata dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. Aqui, a LIA tutela a honestidade na Administração Pública em sentido estrito, tratando do agente público que, nessa condição, perverte a Administração Pública em benefício próprio ou de terceiros. Conforme o artigo:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido, ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

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

O *caput* institui o tipo geral de enriquecimento ilícito, exigindo a efetiva evolução patrimonial injurídica do agente público para a ocorrência do ato de improbidade. Já os incisos constituem tipos específicos, permitindo que a improbidade administrativa seja configurada também quando houver promessa de evolução patrimonial do agente público ou de terceiros.

Dessa forma, não há como concordar com a tese de que os incisos são tipos específicos em relação ao *caput*, visto que há certa autonomia entre eles. De fato, não há como identificar que o inciso V, ao tipificar como improbidade administrativa a aceitação de promessa de vantagem

patrimonial, ou o inciso VII, sejam especificações do art. 9º, *caput*. Esse entendimento é corroborado por Emerson Garcia³⁴³, Fábio Medina Osório³⁴⁴ e José Roberto Pimenta Oliveira³⁴⁵.

A característica que une todas as condutas tipificadas, *caput* e incisos, reside no bem jurídico tutelado pelo art. 9º. Em síntese, o dispositivo legal tutela a honestidade dos agentes públicos no exercício de suas funções. É assim, pois, mesmo sem que haja o efetivo enriquecimento ilícito, e mesmo se o enriquecimento ilícito ocorrer para terceiros, o ato de improbidade pode ocorrer, contanto que o agente público, em razão do exercício do cargo, atue de maneira desonesta visando o enriquecimento próprio ou de terceiros. Todas as condutas tipificadas exigem pelo menos isso para a efetivação do ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, entende Marcelo Figueiredo: “entendemos que infringe a norma todo agente que obtenha, receba, perceba, direta ou indiretamente um “interesse” que afronte o padrão jurídico da probidade administrativa, tal como encartada na Constituição Federal e nas leis”³⁴⁶.

Inclusive, no que diz respeito ao art. 9º, VII, trata-se de ato de improbidade administrativa pelo servidor público que enriquece de maneira desproporcional à sua renda. Nesse caso, há um tipo autônomo em relação ao *caput*, visto que o inciso não trata de enriquecimento ilícito no exercício da função pública. Conforme a redação do tipo, o enriquecimento ilícito pode derivar de outras condutas que não se relacionam com a Administração Pública, mas é necessário que o enriquecimento tenha como causa uma ilicitude por si só (por exemplo, servidor que enriquece por meio do tráfico de drogas), ou uma ilicitude para o servidor público (por exemplo, servidor público que, por determinação legal, trabalha sob o regime de dedicação exclusiva e, nas horas vagas, exerce outra profissão).

³⁴³ “Como se vê, a técnica legislativa adotada pela Lei n. 8.429/1992 permite a identificação de uma relativa autonomia entre os incisos e o *caput* do art. 9º, demonstrando que, não raro, possível será que determinado ato não se subsuma aos incisos, mas encontre acolhida no *caput*, já que diversos são os elementos que os informam”. (GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? In: Ministério Público Federal; 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (Org.). *Avanços e Desafios no Combate à Corrupção Após 25 Anos de Vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: Ministério Público Federal, 2018, v. 1, p. 17-26. p. 390).

³⁴⁴ “O certo é que o *caput* traz seus elementos, ao passo que os incisos podem, de modo autônomo, ostentar voo próprio, digamo-lo assim”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 372).

³⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251.

³⁴⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 88.

O que se tutela no art. 9º, VII, em última análise, continua sendo a honestidade do agente público perante a Administração Pública. Apesar de se tratar de um tipo com maior autonomia, a insignificância também pode ser verificada, pois a conduta pode ser formalmente típica, mas materialmente atípica. A insignificância pode incidir sobre o enriquecimento sem causa aparente e ilícito que não é suficientemente relevante para a incidência das sanções previstas na LIA. Tomemos como exemplo, o servidor que trabalha em regime de dedicação exclusiva e que, em seu tempo livre auferir lucro com a venda de pães de mel. Se o lucro auferido não for materialmente relevante e não afetar o bem jurídico protegido pelo art. 9º, não há o que se falar em improbidade administrativa.

Portanto, o núcleo do art. 9º não é meramente o enriquecimento ilícito patrimonial, mas sim a desonestidade. Conforme lição de Francisco Octávio de Almeida Prado, o bem jurídico, protegido no art. 9º, é a probidade na Administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial³⁴⁷. José Roberto Pimenta Oliveira, ao seu turno, esclarece que os tipos do art. 9º tratam da conduta do agente público que utiliza sua função para a obtenção de vantagem indevida, descumprindo o dever de honestidade³⁴⁸.

A configuração do ato de improbidade perante os tipos do artigo 9º, com esteio em lição de Marcelo Figueiredo, depende da ocorrência dos seguintes elementos: (i) presença do agente público ou terceiro na relação jurídica; (ii) presença do elemento “vantagem patrimonial indevida”, ou pelo menos de promessa de vantagem indevida (na hipótese do art. 9º, V *in fine*); (iii) ausência de fundamento jurídico para justificar a vantagem; e (iv) presença do elo ou nexó fático entre a vantagem indevida e a conduta do agente público ou terceiro³⁴⁹.

Para fins de insignificância, é necessário que a conduta possua formalmente todos os elementos necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa. Caso contrário, não haveria aí a aplicação do princípio da insignificância, pois esse princípio pressupõe que a conduta seja formalmente típica.

³⁴⁷ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72.

³⁴⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 253.

³⁴⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 89.

No caso do agente público, que obtém a vantagem patrimonial indevida, além do aspecto econômico desta, deve-se averiguar se houve ou não desonestidade por parte do agente público. Sem os dois requisitos, aplica-se o princípio da insignificância ao ato formal de improbidade administrativa. Fábio Medina Osório aceita a aplicação do princípio da insignificância na hipótese do art. 9º da LIA, contanto que as circunstâncias totais do fato assim o recomendem³⁵⁰. Evidentemente, por circunstâncias totais devemos analisar todos os aspectos da conduta formalmente típica, não se limitando apenas à quantidade da vantagem indevida.

Considerando a tipologia prevista no art. 9º e incisos, a insignificância demanda uma análise econômica e axiológica para os tipos previstos no *caput*, e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, X, XI e XII. A redação dos incisos V e VIII, ao utilizar os termos “aceitar promessa” e “aceitar emprego”, permitem que o ato de improbidade administrativa ocorra sem que exista o efetivo enriquecimento. Nesse caso, a insignificância poderá ser valorada apenas a partir da conduta do agente público.

No mais, nota-se ainda que há uma gradação na gravidade das condutas previstas nos incisos, isto é, alguns incisos descrevem condutas que são mais graves ao bem jurídico do que outras. Por exemplo, o inciso I trata de recebimento de propina para que o agente público realize certa conduta, ao passo que o inciso IV trata da utilização privada de bens e mão de obra da Administração Pública. Sobre esse aspecto, cabe apontar as seguintes considerações: (i) se há, no plano normativo, essa gradação da gravidade, no plano fático isso pode não ocorrer diante das circunstâncias do caso em concreto; (ii) a insignificância não é medida de antemão, mas aplicada após uma análise do caso em concreto e, conforme esclarecemos, isso leva em conta não apenas o valor do enriquecimento ilícito, mas também a conduta do agente público e o grau de lesão ao bem jurídico “honestidade”.

Tomemos a seguinte situação hipotética com exemplo. Um servidor público que trabalha no protocolo de uma repartição pública e é responsável pelo recebimento de documentos e petições protocoladas pelos administrados. Em dado momento, ao receber os documentos de um administrado, percebe que este está mascando um doce e solicita um ao administrado, de modo

³⁵⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 375.

que, juntamente com os documentos que serão protocolados, o administrado entrega o doce. Formalmente, há um ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, I, da LIA, pois o servidor recebeu, para si, bem móvel (bala) como um presente de um cidadão que tem interesse na ação decorrente da atribuição do agente público (recebimento dos documentos). No entanto, a conduta ora narrada é desprovida de qualquer desonestidade e, economicamente, é insignificante.

Por outro lado, se pensarmos na mesma hipótese acima narrada, mas que o servidor demande que o administrado forneça uma bala como condição para a aceitação da documentação na repartição, a conduta deixa de ser insignificante perante a improbidade administrativa. Nesse caso, o valor econômico da vantagem indevida continua insignificante, mas sua conduta fica contaminada pela desonestidade. Ainda que possa se argumentar que não há subsunção ao artigo 9º, a conduta pode se enquadrar a outro tipo previsto na LIA, tal qual o artigo 11. Sobre isso, entende Fábio Medina Osório que:

A priori, o dimensionamento dessas vantagens não constitui etapa intrínseca ao processo de adequação típica. O que pode haver é alguma dúvida sobre o enquadramento do sujeito nas malhas do art. 9.º ou do art. 11 da LGIA, se não houver dano ao erário ou se a vantagem patrimonial indevida for de reduzida monta, ensejando fundadas dúvidas sobre o concreto enriquecimento do sujeito ativo.³⁵¹

Cabe ponderar que o *quantum* do ganho patrimonial ilícito poderá depender das condições subjetivas do agente público. Isto é, se o agente público em questão for uma pessoa de poucas posses e o salário pago pela Administração Pública for diminuto, uma vantagem patrimonial que aparentar ser insignificante, não será no caso concreto. No entanto, se tratarmos de um agente público de alto escalão, que recebe o salário conforme o teto do funcionalismo público, uma vantagem indevida que é, aparentemente, relevante, não será no caso concreto. Pensemos numa vantagem indevida na monta de cem reais. Cem reais, para quem recebe um salário de vinte mil reais pode ser considerado insignificante, todavia, não será no caso de um agente público que recebe um salário de mil reais. De todo modo, reiteramos que a desonestidade também é um elemento a ser considerado. Dessa forma, se utilizarmos o exemplo do servidor de alto escalão, a vantagem ilícita e desonesta de cem reais poderá ser subsumida ao art. 11 da LIA.

³⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 374.

Passamos a uma análise específica sobre cada tipo previsto no art. 9º e os requisitos para identificar a aplicação do princípio da insignificância.

O art. 9º, *caput*, institui o tipo geral e, conforme já esclarecido, trata da honestidade funcional. A insignificância, portanto, deve levar em conta: (i) a dimensão qualitativa, isto é, a ofensa axiológica ao bem jurídico protegido; (ii) a dimensão quantitativa da vantagem indevida, isto é, o aspecto econômico do ganho patrimonial indevido; e (iii) o tipo de atividade exercida pelo agente público.

No artigo 9º, I, há a tipificação da conduta de perceber vantagem indevida para praticar ato, omissivo ou comissivo, em benefício de terceiro. Tipifica-se, em suma, o oferecimento de suborno. Nesse caso, os fatores a serem apreciados para efeito do princípio da insignificância são: (i) dimensão qualitativa da conduta praticada; (ii) dimensão quantitativa da vantagem indevida; (iii) o tipo de interesse privado atendido; e (iv) o tipo de atividade do agente público. Nesse caso, nota-se que o tipo de interesse privado atendido poderá modular a verificação da insignificância, pois não podemos equiparar todos os interesses privados como iguais e poderão existir interesses privados que são completamente insignificantes para a improbidade administrativa, como por exemplo, sujeito que, em razão de superstição pessoal, pretende obter uma placa de carro que contenha um número específico. De todo modo, a verificação de um interesse privado insignificante perante a LIA, por si só, não determinará que a conduta formalmente ímproba também é insignificante, devendo serem avaliados os outros critérios.

No caso dos incisos II e III, os fatores que ganham destaque são: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa da vantagem indevida obtida; (iii) o tipo de bem móvel ou imóvel ou o tipo de serviço a ser adquirido; e (iv) operação patrimonial, isto é, se houve a efetiva aquisição, permuta ou locação do bem. Aqui é importante mencionar que a insignificância poderá incidir sobre a qualificação objetiva do preço como superior ou inferior ao preço de mercado. Isso porque, além de levarmos em conta outros fatores econômicos que possam alterar a equação econômico-financeira, a diferença do preço praticado com o preço de mercado poderá ser insignificante, orbitando entre poucos reais ou centavos. Citamos um exemplo: prefeito que contrata serviço de zeladoria pelo preço de R\$ 15.002,00, ao passo que o valor de mercado é R\$ 15.000,00. Seria um contrassenso entender que o valor de dois reais seria o suficiente para a

qualificação do ato como improbidade administrativa, no entanto, sem embargo, outras circunstâncias do caso concreto poderão determinar se a conduta é materialmente improbidade ou não.

No artigo 9º, IV, são critérios relevantes: (i) a dimensão qualitativa; (ii) a dimensão quantitativa da vantagem indevida obtida por meio da utilização do bem ou do agente público; (iii) a atividade do agente público atingida pela utilização ilegal. Interessante notar que esse inciso comporta uma miríade de condutas que são formalmente típicas, mas materialmente atípicas. Podemos citar o exemplo de um agente público que atua como professor na rede de ensino privado e que, fora do horário de expediente, utiliza o computador da repartição para enviar um e-mail a um aluno. Apesar de ser formalmente típica, a conduta é insignificante para a improbidade administrativa. O mesmo não pode ser dito na hipótese de um agente público que utiliza o computador da repartição, nas mesmas condições retro narradas, para exercer atividade ilícita (p. ex.: tráfico de entorpecentes, rufianismo etc.).

Na hipótese do art. 9º, V, os critérios para a verificação da insignificância são: (i) a dimensão qualitativa da conduta, incluindo aqui a forma como o agente tolera a prática da atividade ilícita; (ii) a dimensão quantitativa da vantagem indevida, se houver, pois a aceitação de promessa de benefício indevido é o suficiente para a tipificação da conduta ao inciso em questão; (iii) a qualificação da conduta ilícita tolerada pelo agente público; (iv) a vinculação da função do agente público relativamente ao enfrentamento do ilícito tolerado; e (v) o grau de responsabilidade do agente no exercício da função. O tipo de ilícito tolerado deverá ser avaliado para fins de insignificância, pois há condutas ilícitas mais ou menos graves, conforme o regramento dado pelo próprio Direito. Não podemos equiparar a utilização de uma vaga proibida para estacionar o carro com a prática de delitos tipificados por lei penal. No mais, ganham destaque a função exercida pelo agente público e a forma como ele tolera a prática do ato ilícito.

Para a conduta tipificada no art. 9º, VI, devem ser levados em conta: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa da vantagem indevida; (iii) a função exercida pelo agente público; (iv) a natureza e o conteúdo da declaração falsa; e (v) o bem ou o serviço objeto da declaração falsa. A depender desses fatores, uma declaração inverídica de um servidor

público em função do recebimento de um benefício indevido poderá ser ou não um ato de improbidade administrativa.

No caso do art. 9º, VII, apesar de ser um tipo com certa autonomia em relação aos demais, podemos identificar alguns pontos em comum nos critérios para a verificação da insignificância. Para esse tipo, podemos utilizar como referência: (i) a natureza e a relevância da atividade pública, objeto do mandato, cargo, emprego ou função; (ii) o valor da remuneração do agente público dentro da escala de vencimentos ou subsídios da carreira; (iii) a desproporcionalidade da evolução patrimonial e respectivo período de tempo; e (iv) a forma de revelação do patrimônio desproporcional através da espécie de bens adquiridos. De todo modo, há dois aspectos essenciais referentes à dimensão qualitativa, isto é, o tipo de bem e a forma como foi revelada, e a dimensão quantitativa, ou seja, o aspecto econômico da evolução patrimonial desproporcional. Essa evolução desproporcional pode ser muito ou pouco relevante, momento em que se opera a insignificância.

O art. 9º, VIII, dispõe sobre ato de improbidade administrativa que viola a honestidade funcional e que independe do efetivo enriquecimento para sua ocorrência. Marcelo Figueiredo esclarece que o dispositivo legal se preocupa com a relação incompatível com o cargo, visto que o exercício da atividade proibida atentaria contra o princípio da impessoalidade³⁵². Para tanto, a insignificância leva em conta os seguintes fatores: (i) natureza da atividade contratualizada com a pessoa física e jurídica particular, valor e forma de pagamento da remuneração para exercer a referida atividade privada, o interesse da pessoa privada suscetível de ser ilicitamente atingido, o grau de vinculação entre a atividade da empresa privada e a atividade do agente público, a relevância e a responsabilidade do agente público.

O art. 9º, IX, descreve conduta que importa em enriquecimento ilícito e, ao mesmo tempo, causa prejuízo ao erário. Ainda assim, considerando a estrutura tipológica da LIA, trata-se de conduta que viola a honestidade funcional. Nesse caso, os fatores para averiguação da insignificância são: (i) dimensão qualitativa da conduta exercida; (ii) dimensão quantitativa da vantagem indevida obtida pelo agente; (iii) finalidade e natureza da verba pública; (iv) relação da atividade funcional exercida pelo agente público com a liberação da verba pública; (v) destinação

³⁵² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 97.

da verba pública; e (vi) a quantidade da verba pública liberada. A descrição tipológica não exige o superfaturamento ou o desvio da verba liberada para sua ocorrência, de modo que, caso a verba seja liberada de maneira indevida e/ou superfaturada ou desviada, poderá haver a subsunção a tipo previsto no art. 10 ou no art. 11.

No art. 9º, X, há descrição de conduta de receber vantagem indevida para não realizar um ato o qual o servidor está obrigado a realizar. Marcelo Figueiredo aponta a semelhança com o crime de prevaricação, previsto no art. 319 do CP³⁵³. Nesse caso, são fatores a serem considerados: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa da vantagem obtida ilegalmente; (iii) categoria do ato a que esteja obrigado a realizar; e (iv) consequências resultantes da omissão na prática do ato.

O art. 9º, XI, descreve conduta de desvio de verbas e bens públicos ao patrimônio do agente público, tratando-se de conduta que causa enriquecimento ilícito sem que haja necessariamente um corruptor. Os fatores a serem levados em conta para a verificação da insignificância são: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa do enriquecimento ilícito; (iii) tipo de renda, verba ou valor integrado; e (iv) interesses públicos prejudicados. A apropriação de bens públicos pelo agente público é prática comum na Administração Pública, mas nem toda a apropriação será improbidade administrativa. Aqui devemos ter em mente que a natureza do bem, independentemente do valor, pode afetar a materialidade da conduta. O servidor público que se apropria de uma caneta ou um papel, por exemplo, é insignificante para a LIA. Todavia, o servidor público que se apropria de gases hospitalares pode ter sua conduta materialmente tipificada ao art. 9º, XI, se levarmos em consideração a finalidade pública do bem extraviado.

O art. 9º, XII, trata de conduta semelhante ao tipo anterior, todavia, sua efetivação independe da transferência de propriedade, podendo ocorrer mediante o uso do bem público. Para fins de insignificância, devem ser considerados: (i) aspecto qualitativo da conduta; (ii) aspecto quantitativo do enriquecimento indevido obtido; (iii) valor do bem, renda ou verba ilegalmente utilizada; e (iv) interesses públicos prejudicados pela utilização ilícita do bem público. Novamente, devem ser considerados aspectos além do valor econômico do bem público utilizado, devendo ser

³⁵³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 98.

levado em conta a finalidade pública do bem e o prejuízo que a utilização indevida acarretou ao interesse público.

Após essa análise, os fatores para a verificação do princípio da insignificância no art. 9º podem ser assim resumidos: (i) valor e natureza da vantagem patrimonial indevida; (ii) tipo de cargo, emprego ou função em cujo desempenho houve o recebimento da vantagem; (iii) atividade desempenhada pelo agente quando recebeu a vantagem; (iv) prejuízos causados aos interesses públicos decorrentes do recebimento da vantagem indevida. Importante mencionar que pode haver o enriquecimento ilícito do agente público, com recebimento de vantagem indevida, e prática de ato jurídico legal, válido. O agente público cobra propina para fazer o certo. Daí que também podemos avaliar a insignificância neste caso em razão da legalidade ou ilegalidade da atuação funcional do agente público.

2.3.3. Improbidade e dano ao erário (art. 10 e 10-A, LIA)

Os artigos 10 e 10-A da LIA tratam dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Aqui, a LIA institui um tipo geral no *caput* do art. 10 e tipifica condutas específicas nos incisos, havendo, novamente, relativa autonomia dos tipos específicos com o tipo geral. O art. 10-A poderia ter sido incluído na forma de um inciso ao art. 10, pois a descrição típica daquele evidencia a tutela do mesmo bem jurídico. Segue o artigo:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do

patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei;

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

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

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Parte da doutrina entende que o efetivo dano patrimonial ao erário deve ser verificado para a configuração da conduta ao tipo previsto no art. 10³⁵⁴. Todavia, não podemos concordar com tal posicionamento.

É certo que o termo “erário” está adstrito ao aspecto econômico do patrimônio público³⁵⁵, e o *caput* do art. 10 diz respeito apenas ao dano ao erário. Em consonância com a separação de erário e patrimônio público, o art. 21, I, estipula que a aplicação das sanções previstas na LIA independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

³⁵⁴ Nesse sentido: “‘Erário’ é Tesouro, Fazenda. Trata-se, pois, de conceito bem mais restrito que o de ‘patrimônio público’. Sua utilização pelo legislador evidencia que o prejuízo cogitado pelo art. 10 é o estritamente financeiro, não se cogitando de danos ambientais, estéticos etc. É essencial nas hipóteses elencadas em qualquer dos incisos do art. 10 que a conduta do agente tenha acarretado prejuízo financeiro, ou economicamente apreciável” In Prado, *Improbidade administrativa*, p. 96”. “O Erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao ‘Tesouro Público’”. (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. p. 69).

³⁵⁵ Emerson Garcia esclarece: “Em rigor técnico, erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o. Entende-se por erário o conjunto d bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público”. (GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? In: Ministério Público Federal; 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (Org.). Avanços e Desafios no Combate à Corrupção Após 25 Anos de Vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: Ministério Público Federal, 2018, v. 1, p. 17-26. p. 412).

No entanto, José Roberto Pimenta Oliveira explica que há uma separação entre a noção civilista de prejuízo ao erário, que é tutelada pelo art. 5º da LIA, e a noção jurídica punitiva de ofensa ao bem jurídico erário, tal qual tutelado pelo art. 10 da LIA³⁵⁶.

Ao seu turno, Emerson Garcia aponta que a LIA não visa unicamente a proteger apenas a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público, abrangendo a tutela sobre o patrimônio público de maneira ampla. Isso é evidente ante os tipos previstos nos incisos do *caput* do art. 10, que descrevem condutas que não necessariamente dependem da ocorrência do dano ao erário para a configuração da improbidade administrativa. Dessa forma, conclui que o legislador não foi técnico ao utilizar o termo “*erário*” no art. 10, *caput*³⁵⁷.

Assim, a conduta do inciso VIII, por exemplo, fala em frustrar a licitude de licitação, ainda que o valor da contratação não implique em prejuízo ao erário. Aqui também não há ideia de dano presumido, visto que a conduta em si, ainda que comprovadamente não tenha causado prejuízo financeiro, é agressiva ao bem jurídico tutelado pelo art. 10. José Roberto Pimenta Oliveira aduz que o art. 10 congrega uma série de descrições típicas autônomas e individualizadas que foram construídas em atenção à tutela ético-jurídica do erário³⁵⁸.

Portanto, fica evidente que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo não é o erário em si, mas o dever de zelo do agente público com o erário. O valor zelo – forte disposição, diligência, empenho aplicado na realização de algo – no caso, zelo com o erário público. Todas as hipóteses do art. 10 e 10-A tipificam condutas que ocorrem mediante desleixo, falta de cautela, negligência, incúria, descuido, desarranjo, indiferença ou omissão. Por essa razão, a LIA tipifica como improbidade condutas que demonstram desprezo ou negligência do agente público ao lidar com o erário, inclusive admitindo a modalidade culposa para tanto, abrangendo todas as fases da legalidade da despesa pública – ordenação, empenho, liquidação, liberação e aplicação dos recursos.

³⁵⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 256.

³⁵⁷ GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? In: Ministério Público Federal; 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (Org.). *Avanços e Desafios no Combate à Corrupção Após 25 Anos de Vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: Ministério Público Federal, 2018, v. 1, p. 17-26. p. 413-414.

³⁵⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 260.

Dessa forma, se por um lado é possível que o ato de improbidade administrativa possa ser culposos, por outro, há de se considerar que não é toda conduta que objetivamente causa dano ao erário que deverá ser subsumida ao tipo. É necessário para a configuração da improbidade a desonestidade e o móvel do agente em praticar as condutas previstas no art. 10, ou, nas palavras de Pedro Roberto Decomain, da “ação descuidada, marcada pelo desinteresse na preservação daquilo que pertence à Administração Pública”³⁵⁹.

Mas há de se atentar que o tipo legal abarca também o dano ao erário decorrente de conduta lícita. Evidentemente, a conduta lícita que causa dano ao erário é atípica para fins de improbidade administrativa, devendo haver a nota da ilegalidade. Com razão, Fábio Medina Osório aponta que o ato de improbidade, previsto no art. 10, além de demandar uma ação ou omissão gravemente prejudicial ao erário, depende imprescindivelmente da violação de normas específicas e que se constate que o sujeito tinha condições de atuar dentro da normalidade institucional³⁶⁰.

Esclarecido o bem jurídico tutelado, evidencia-se que a insignificância não depende apenas do diminuto dano patrimonial ao erário, mas também de elementos que demonstrem que a conduta em si não afetou o bem jurídico “zelo com o erário”. O art. 10, *caput*, incisos I, IV, V, XIII e art. 10-A descrevem condutas que demandam a efetiva ocorrência de prejuízo econômico ao erário. Por sua vez, os incisos II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI descrevem condutas que não necessariamente demandam o efetivo dano econômico ao erário, mas que demandam a violação de deveres relacionados com o bom trato da coisa pública e do zelo com o erário.

Inclusive, em relação ao art. 10-A, entendemos que a redação originária da LIA já tipificava a atuação negligente na arrecadação de tributo ou renda, tipificando a falta de zelo na arrecadação de receitas originais e derivadas. O art. 10-A apenas explicitou que isto também vale para uma hipótese específica de administração tributária.

Nota-se também que há especial atenção do art. 10 aos casos de ilegalidades em licitações. Nessa hipótese, considerando que a licitação é um processo que tutela a isonomia, competitividade

³⁵⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 122.

³⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 367.

e probidade na escolha do melhor proponente pelo Poder Público, devem ser critérios gerais para apuração da insignificância: (i) modalidade de licitação afetada; (ii) fase ou fases da licitação afetada(s); (iii) prejuízos causados à isonomia; (iv) prejuízos causados à competitividade; (v) prejuízos causados à probidade; (vi) tipo e valor econômico de objeto licitado; (vii) relevância do objeto para satisfação de interesses públicos; forma e densidade da agressão ao zelo que era devido; (viii) cargo, emprego e função pública exercida; (ix) grau de responsabilidade relativamente à legalidade do certame.

De todo modo, em qualquer tipo acima mencionado, o princípio da insignificância poderá ser avaliado sobre o resultado ou sobre a conduta formalmente ímproba. Mas, em linha com a necessidade de tipificação formal e material do ato de improbidade, apenas o grave desrespeito à LIA configuraria o ato de improbidade. Assim, as condutas que causam ínfima lesão ao erário, resultado de uma conduta minimamente diligente por parte do agente público e que não implicou em grave descumprimento legal, não é materialmente relevante e, portanto, insignificante para a improbidade administrativa.

Podemos pensar em diversas condutas que violam deveres legais e causam prejuízo ao erário e que não serão subsumidas ao art. 10 da LIA. O primeiro exemplo do servidor público que utiliza a impressora da repartição para imprimir uma folha para uso pessoal é um deles. Não bastando haver mínima lesão econômica, há também ínfima lesão ao dever de zelo ao erário. O mesmo não poderíamos dizer de um servidor público que utiliza reiteradamente a impressora da repartição para auxiliar terceiro. Ainda que inexistia o enriquecimento do servidor público e o dano ao erário economicamente relevante, a conduta reiterada ofende os deveres do servidor no trato com a coisa pública.

A noção da ofensa ao bem jurídico relevante pode ser perfeitamente aplicável aos tipos que dispensam o dano econômico ao erário. Por exemplo, o art. 10, VIII, trata da conduta de frustrar a licitude em processo licitatório. A descrição típica é excessivamente aberta, abrangendo diversas condutas que são ilícitas e que não devem ser consideradas improbidade administrativa. Utilizamos o seguinte cenário, um edital de licitação que dispõe que a entrega dos envelopes deverá ocorrer até às 15 horas, impreterivelmente. Se um servidor, por descuido ou leniência, aceita a entrega dos envelopes às 15:02 e, eventualmente, a licitação atrai apenas um proponente, não há qualquer

ofensa ao erário sob qualquer aspecto. Trata-se de uma conduta que é apenas formalmente típica ao previsto na LIA. No entanto, o servidor público que, em conluio com o licitante, descumpre diversas disposições do edital com o intuito de favorece-lo e, ao final, há apenas um licitante, apesar de inexistir prejuízo ao erário sob o aspecto econômico, há evidente violação ao bem jurídico tutelado pelo art. 10 da LIA, configurando o ato de improbidade formal e material.

Passamos a uma análise específica sobre cada tipo previsto no art. 10 e os requisitos para identificar a aplicação do princípio da insignificância.

O art. 10, *caput*, dispõe sobre a conduta que causa lesão ao erário *lato sensu*. Os fatores para verificar a insignificância são: (i) dimensão qualitativa da conduta do agente público; (ii) dimensão quantitativa do prejuízo ao erário; (iii) grau de responsabilidade do agente público sobre o erário; e (iv) prejuízo ao interesse público. A dimensão qualitativa diz respeito ao bem jurídico axiológico, o zelo com o erário. A dimensão quantitativa diz respeito ao valor econômico apurável do prejuízo ao erário, se houver. O grau de responsabilidade do agente público com o erário é importante para fins de insignificância, pois, dentro de uma estrutura hierarquizada e setorizada, os deveres relacionados com o cuidado no trato do erário são diferentes. Não podemos equiparar as responsabilidades de um atendente de balcão com as responsabilidades de quem exerce cargo de chefia, por exemplo. Dessa forma, nota-se que o princípio da insignificância não deverá levar em conta apenas o aspecto econômico.

O art. 10, I, é tipo que demanda a ocorrência do prejuízo ao erário para sua configuração. Os fatores para apreciar a insignificância são: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa do prejuízo ao erário; (iv) conduta ilícita funcional praticada; (v) tipo de conduta tipificada na lei (facilitar ou concorrer) no caso; e (vi) prejuízos causados aos interesses públicos com a atuação ilícita.

O art. 10, II, tipifica conduta que independe da efetiva ocorrência do prejuízo econômico ao erário, podendo ocorrer a utilização do bem público por terceiro sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie. Os fatores para identificar a insignificância são: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa do prejuízo ao erário, se houver; (iii) conduta ilícita funcional imputada como ímproba; (iv) tipo de conduta

tipificada na lei (permitir ou concorrer) no caso; e (v) prejuízos causados aos interesses públicos com a atuação ilícita.

O art. 10, III, é semelhante ao tipo anterior, mas ao invés de “utilização” de bem público, tipifica a doação feita sem a observância dos requisitos legais. Presume-se que a doação poderia ser legalmente válida, mas que a inobservância das formalidades legais é o suficiente para atentar contra o zelo com o erário. Os fatores para apreciar a insignificância; (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa do prejuízo ao erário, se houver; (iii) conduta ilícita funcional imputada como ímproba; (iv) tipo de ilegalidade verificada na doação; (v) nível legal ou infralegal da exigência normativa descumprida; (vi) destinatário da doação, pessoa física ou jurídica.

O art. 10, IV, é um tipo que demanda a ocorrência do prejuízo ao erário para sua configuração. Isso porque a descrição típica trata de “alienação, permuta ou locação” de bem público, ou a prestação de serviço, por preço inferior ao de mercado. Para fins de insignificância, deve ser levado em conta: (i) aspecto qualitativo da conduta; (ii) aspecto quantitativo do dano ao erário; (iii) categoria do bem público atingido; (iv) conduta ilícita funcional imputada como ímproba; (v) tipo de conduta tipificada na lei (permitir ou concorrer) no caso; (vi) prejuízos causados aos interesses públicos com a atuação ilícita; (vii) tipo de operação descrita no dispositivo (alienação, permuta ou locação). Aqui há de se levar em conta o tipo de operação, pois há uma certa gradação entre elas. Uma locação, via de regra, é mais fácil de se desfazer do que uma alienação, por exemplo.

O art. 10, V, descreve conduta semelhante ao tipo anterior, com a diferença que trata de aquisição pela Administração Pública a preço superior ao de mercado. O tipo exige, novamente, o efetivo prejuízo ao erário para sua ocorrência. Nesse sentido, são aspectos a serem levados em conta para a insignificância: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa do resultado da conduta lesiva ao erário; (iii) categoria do bem público atingido; (iv) tipo de conduta tipificada na lei (permitir ou facilitar) no caso; (v) prejuízos causados aos interesses públicos com a atuação ilícita; (vi) tipo de operação descrita no dispositivo (aquisição, permuta ou locação).

O art. 10, VI, apresenta tipo que independe da efetiva ocorrência do dano ao erário, pois basta a operação financeira ter ocorrido sem a observância das normas legais e regulamentares para que se configure a falta de zelo com o erário. Os fatores para a verificação da insignificância

são: (i) aspecto qualitativo da conduta; (ii) aspecto quantitativo do dano ao erário, se houver; (iii) valor da operação financeira; (iv) conduta ilícita funcional imputada como ímproba no contexto do processo da operação; (v) nível da exigência descumprida (legal ou ilegal); (vi) fase da operação afetada (solicitação, processamento, deliberação, liberação); e (vii) prejuízos causados aos interesses públicos pela atuação ímproba. O art. 10, VI - *in fine*, apresenta um tipo próprio que descreve a operação financeira e aceita garantia insuficiente ou inidônea, o que dispensa a efetiva ocorrência de dano ao erário. Nesse caso, além dos fatores já elencados, devem ser considerados os seguintes aspectos: (i) valor da operação financeira; (ii) tipo de garantias previstas em lei e garantias contratadas no caso concreto; (iii) nível das exigências normativas sobre a garantia (legal ou infralegal); e (iv) situação fática caracterizadora da insuficiência e da inidoneidade da garantia acordada.

O art. 10, VII, descreve o ato de improbidade de conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie. A concessão indevida do benefício, independentemente do efetivo prejuízo econômico ao erário, é o suficiente para caracterizar o ato de improbidade e a falta de zelo com o erário. Os fatores a serem sopesados são: (i) valor do benefício; (ii) relevância constitucional ou legal do benefício concedido ilegalmente; (iii) forma de atuação funcional imputada ao agente; (iv) nível das exigências normativas (constitucional, legal ou infralegal) para a devida concessão.

O art. 10, VIII, dispõe sobre o ato de frustrar a licitude de procedimento licitatório ou de dispensá-lo indevidamente. Ainda que o objeto da licitação seja contratado, com a devida execução do serviço ou entrega do produto contratado, entende-se que a falta de licitude na licitação é conduta que ofende os deveres de zelo com o erário. Por essa razão, novamente estamos tratando de uma descrição típica que dispensa a efetiva lesão econômica aos cofres públicos. De todo modo, podemos suscitar os seguintes fatores para identificar a insignificância: (i) dimensão qualitativa da conduta praticada; (ii) dimensão quantitativa da contratação mediante licitação ou do valor do contrato decorrente da dispensa ou inexigibilidade; (iii) forma de atuação funcional ilícita imputada ao agente público; e (iv) importância do interesse público que norteia a contratação ilegal.

No art. 10, IX, a descrição típica novamente dispensa o efetivo dano patrimonial ao erário. Nesse caso, são fatores a serem levados em conta para fins de insignificância: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) dimensão quantitativa, isto é, o valor da despesa pública ilegal e o prejuízo ao erário efetivo, se houver; (iii) interesses públicos afetados pela despesa ilegal; (iv) forma de conduta funcional imputada ao agente público; (v) tipo de conduta ilícita descrita na norma (ordenar ou permitir).

O art. 10, X, dispõe sobre agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda ou na conservação do patrimônio público. O tipo utiliza a palavra “negligentemente”, demonstrando que o agente público que pratica a conduta age sem observar o cuidado devido, de modo que, incidirá outro tipo, previsto no *caput* ou incisos, se houver dolo ou outras formas de culpa na conduta. São fatores para a identificação da insignificância: (i) aspecto qualitativo da conduta; (ii) aspecto quantitativo da conduta, referente ao valor do tributo não recolhido; (iii) tipo de cargo, emprego ou função exercidos na atividade tributária descrita na norma; e (iv) responsabilidade do agente público relativamente à arrecadação devida. Evidentemente, a “negligência” deve ser verificada considerando a responsabilidade e deveres do agente público em face do caso concreto.

O art. 10, XI, primeira parte, trata do ato de liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes. A segunda parte do inciso diz respeito ao ato de influir de qualquer forma para a aplicação irregular de verbas públicas. Havendo a liberação da verba pública em dissonância com o previsto em lei, há a prática do ato formal de improbidade administrativa, dispensando, portanto, a efetiva diminuição patrimonial para sua ocorrência. São fatores para a verificação da insignificância: (i) valor da verba pública; (ii) interesses públicos que deveriam ser atendidos regularmente pelas verbas; (iii) vícios de ilegalidade no ato de destinação na liberação; (iv) nível das exigências normativas (legal ou infralegal) descumpridas; (iv) interesses públicos prejudicados pelo ilícito.

O art. 10, XII, descreve a conduta de permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente. O tipo previsto no inciso não é uma especificação do tipo previsto no art. 10, *caput*. Dessa forma, é seguro afirmar que o art. 10, XII, institui um tipo autônomo e concorrente com o tipo previsto no *caput*. José Roberto Pimenta Oliveira esclarece que o tipo em questão dispõe sobre o agente público que, por conduta própria e sem enriquecer-se, acaba por permitir,

facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente, descumprindo dever próprio de zelo e de lealdade funcional, caracterizando um ato de improbidade colateral.³⁶¹ São fatores para mensurar a aplicação da insignificância: (i) dimensão qualitativa da conduta, isto é, o que o agente exatamente realizou e se há materialidade a ponto de ofender o bem jurídico tutelado pelo art. 10 da LIA; (ii) dimensão quantitativa do enriquecimento ilícito do terceiro; (iii) categoria e montante de patrimônio público que originou o enriquecimento ilícito; (iv) interesses públicos que norteiam a utilização ou a aplicação dos recursos públicos transferidos para terceiro; (iv) atuação funcional ilícita imputada ao agente público no contexto da improbidade; e (v) normas descumpridas que tornam o enriquecimento ilícito.

O art. 10, XIII, apresenta descrição típica semelhante ao tipo previsto no art. 10, II, mas os tipos não se confundem. O art. 10, XIII, tipifica o desvio de materiais e força de trabalho da Administração Pública. Desse modo, há prejuízo ao erário na medida em que os materiais ou mão de obra custeados pelos cofres públicos deixam de cumprir com sua finalidade em prol do interesse público. Assim, os fatores para a identificação da insignificância são: (i) o valor mensurável do uso destes recursos institucionais por terceiros; (ii) o cargo, emprego ou função pública exercidos pelo agente; (iii) a utilização originária e legal prevista; (iv) a utilização posterior e ilegal permitida pelo agente; e (v) prejuízos causados a interesses públicos pelo desvio.

O art. 10, XIV, dispõe sobre tipo de perigo de lesão ao zelo que merece a administração do erário na gestão associada, exigindo integração com a Lei Federal 11.107/2005, que dispõe sobre os consórcios públicos. Em tese, podemos sublinhar os seguintes aspectos: (i) valor correspondente à transferência de recursos institucionais; (ii) interesses públicos prejudicados pela ilegalidade do contrato; (iii) situação do serviço público que demandou o contrato e não foi atendida regularmente; e (v) tipo de irregularidade ou ilegalidade cometida.

O art. 10, XV, novamente dispõe sobre ato de improbidade relacionado com a Lei 11.107/2005 e os consórcios públicos. O tipo trata do perigo de lesão ao zelo em relação ao contrato de rateio de consórcio público. Os fatores são semelhantes aos fatores referentes ao tipo anterior: (i) valor correspondente ao contrato de rateio; (ii) transferência de recursos institucionais;

³⁶¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 259.

(ii) interesses públicos prejudicados pela ilegalidade do contrato; (iii) situação do serviço público que demandou o contrato e não foi atendida regularmente; e (v) tipo de irregularidade ou ilegalidade cometida.

O art. 10, XVI, apresenta tipo com descrição típica idêntica ao tipo do inciso I, só que referenciada às parcerias celebradas nos termos da Lei Federal 13.019/2014, que dispõe sobre o marco regulatório do terceiro setor. A insignificância, nesse caso, além de levar em conta os mesmos aspectos do art. 10, I, acima expostos, deve sopesar: (i) interesse público perseguido pelo vínculo de fomento; e (ii) função do bem incorporado ao patrimônio de terceiro dentro do contexto da execução da parceria, a fim de apurar sua essencialidade para tal propósito.

Por sua vez, o art. 10, XVII, apresenta o mesmo tipo do art. 10, II, com as referências alteradas para a Lei 13.019/2014. Assim, além dos fatores já acima expostos, devemos ponderar: (i) interesse público perseguido pelo vínculo de fomento; (ii) função do bem ilegalmente ao patrimônio de terceiro dentro do contexto da execução da parceria, a fim de apurar sua essencialidade para tal propósito; e (iii) danos materiais ocasionados em razão da retirada do bem da execução regular da parceria.

O art. 10, XVIII, dispõe sobre a celebração de parcerias com desrespeito aos requisitos legais e regulamentares, possuindo semelhança com o art. 10, VII, já referenciado. Além dos fatores mencionados no tipo semelhante, acima analisado, podemos indicar: (i) valor do contrato da parceria; (ii) ilegalidade produzida que invalida a celebração; (iii) conduta ímproba imputada ao agente público; (iv) prejuízos causados aos interesses públicos decorrentes do ato ilícito; (v) prejuízos causados à parceria que não poderá ser executada por conta do vício de ilegalidade; (v) relevância do interesse público (constitucional, legal ou infralegal) concreto que ampara a parceria; e (vi) nível da exigência normativa.

O art. 10, XIX, utiliza novamente o termo “negligentemente”, tal qual ocorre no art. 10, X, já analisado. Mas o tipo é diferente, tratando da falta de zelo na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas das parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. A conduta descrita no tipo em questão poderia ser reconduzida ao inciso XVII, de modo que o inciso XIX é tipo especial em relação ao tipo do inciso XVIII. O fator “negligência” é o que define se a conduta será subsumida ao inciso XIX ou ao inciso XVIII. Os fatores para a

identificação da insignificância nesse tipo são: (i) identidade da ilegalidade na respectiva fase (celebração, fiscalização e análise de prestação de contas); (ii) valor da parceria ou dos recursos envolvidos na prática ímproba; (iii) conduta ímproba imputada ao agente público; (iv) prejuízos causados aos interesses públicos decorrentes do ato ilícito; (v) prejuízos causados à parceria que não poderá ser executada por conta do vício de ilegalidade; (vi) relevância do interesse público (constitucional, legal ou infralegal) concreto que ampara a parceria; e (vii) nível da exigência normativa.

O art. 10, XX, dispõe sobre o ato de improbidade de liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. O inciso só trata da liberação de recursos nas parcerias, em momento específico da execução do vínculo de fomento. Portanto, o inciso XX é tipo especial em relação ao tipo do XI. Além dos fatores já expostos para a verificação da insignificância na hipótese do art. 10, XI, devem ser sopesados os seguintes fatores específicos: (i) prejuízos causados aos interesses públicos decorrentes do ato ilícito; (ii) prejuízos causados à parceria que não poderá ser executada por conta do vício de ilegalidade; e (iii) relevância do interesse público (constitucional, legal ou infralegal) concreto que ampara a parceria.

2.3.4. Improbidade e ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11, LIA)

Por fim, a LIA tipifica em seu art. 11 os atos de improbidade que ofendem os princípios da Administração Pública. No *caput* do referido artigo, a LIA elenca novamente parte dos princípios constantes de seu art. 4º que devem ser observados por todos os agentes públicos. Abaixo, reproduzimos o art. 11:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

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

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

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

O *caput* do referido artigo é expresso ao definir o bem jurídico protegido, quais são: honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. De fato, elencar a honestidade é reforçar o próprio bem jurídico protegido pelo art. 37, § 4º, da CF, que é o núcleo da própria probidade administrativa.

A legalidade, ao seu turno, constitui princípio que norteia toda a atividade administrativa, conforme o art. 37, *caput*, da CF. Não é demais reforçar o dever de obediência à legalidade, mas esse princípio não está restrito apenas ao art. 11, da LIA, mas sim em toda a sua aplicação.

Dessa forma, há de se reconhecer que a lealdade e a imparcialidade constituem o núcleo do bem jurídico protegido pelo art. 11 da LIA. Apesar da relativa autonomia dos tipos previstos nos incisos, há uma unidade axiológica baseada na lealdade e imparcialidade. A honestidade e a legalidade integram, invariavelmente, todos os tipos previstos na LIA.

O bem jurídico tutelado pelo art. 11 pode ser violado sem que haja imediatamente o enriquecimento ilícito ou o prejuízo ao erário. Em face disso, há autores que identificam o art. 11 da LIA como um tipo subsidiário. Marino Pazzaglini Filho, por exemplo, entende que esse artigo constitui um “soldado de reserva”, e que a aplicação do tipo em questão subordina-se a não

aplicação do art. 9º, não havendo enriquecimento ilícito, e do art. 10, inexistindo prejuízo ao erário³⁶².

Pedimos vênia para discordar do posicionamento do referido autor. Entendemos que o art. 11 não constitui um tipo subsidiário, mas um tipo com conteúdo, objeto e bem jurídico protegido próprio, não havendo identidade automática com os artigos 9º e 10 da LIA. Tanto é assim, que a LIA reconhece que o ato de improbidade, previsto no art. 11, pode causar prejuízo ao erário, prevendo no art. 12, III, a sanção de ressarcimento do dano, se houver, causado pelo ato de improbidade³⁶³. É possível também se falar em ato de improbidade do art. 11 que importa em enriquecimento ilícito ao agente. Mas o que vai nortear a subsunção da conduta ao artigo não é o mero resultado de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas sim o grau de ofensa ao bem jurídico protegido por cada tipo geral da LIA.

Waldo Fazzio Júnior nomeia como “ato de improbidade administrativa em sentido estrito” os atos contemplados pelo art. 11, pois estes independem de efeito subjetivo (agente público que

³⁶² 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. p. 114.

³⁶³ Importante mencionar o precedente do STJ que reconhece o prejuízo ao erário em função do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da LIA: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo. 2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal. (...) 7. **O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.** 8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ. 9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário. 10. Recurso Especial parcialmente provido” (STJ, REsp 765212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, J. em 02/03/2010).

enriquece) e objetivos (lesão ao erário)³⁶⁴. Esse posicionamento, a nosso ver, reforça a ideia de que o art. 11 constitui um tipo próprio, e não subsidiário.

José Roberto Pimenta Oliveira aponta que, em face do bem jurídico protegido pelo art. 37, § 4º, CF, e da valoração material para a qualificação do ato de improbidade administrativa e em face dos bens jurídicos agasalhados pela LIA, é evidente que a conduta ímproba não se confunde com a conduta ilegal e tampouco é sinônimo de conduta contrária a quaisquer princípios jurídicos³⁶⁵. De fato, trata-se de uma conclusão inquestionável.

Isso porque, do nosso ponto de vista, o bem jurídico “probidade”, tal qual previsto no art. 37, § 4º, da CF, não possui densidade suficiente para a sua determinação, dependendo, invariavelmente, de regulamentação por parte do legislador infraconstitucional. Ainda assim, evidencia-se que a Constituição tratou de qualificar o ato de improbidade administrativa, o que o difere de outros ilícitos. Isso por si só afasta a noção de que o ato de improbidade administrativa poderia ser equiparado a qualquer conduta ilícita. Ainda assim, a regulamentação do dispositivo constitucional pela LIA deixa claro que o ato de improbidade, para fins do art. 11, deverá ser qualificado pela ofensa à parcialidade e à lealdade.

Há de se reconhecer que o art. 11 possui um evidente caráter aberto, o que poderia abranger diversas condutas ilícitas e irregulares que, apesar de formalmente típicas, são materialmente atípicas perante a LIA. Nesse ponto, Emerson Garcia entende que a dicotomia entre a improbidade formal e material é especialmente relevante como um instrumento para evitar a aplicação indevida do art. 11³⁶⁶. A identificação do bem jurídico, consubstanciando-se na lealdade e parcialidade do agente público, serve justamente para verificar se a conduta é, ao mesmo tempo, formal e materialmente típica.

³⁶⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 159.

³⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 263.

³⁶⁶ GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? In: Ministério Público Federal; 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (Org.). *Avanços e Desafios no Combate à Corrupção Após 25 Anos de Vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: Ministério Público Federal, 2018, v. 1, p. 17-26. p. 424.

Portanto, é imprescindível, para fins de aplicação do princípio da insignificância, a identificação precisa do bem jurídico tutelado pelo art. 11 da LIA.

No tocante ao dever de lealdade institucional, Fábio Medina Osório explica que este “traduz a ideia de confiança, inserida no regime democrático, que baliza as relações entre eleitores e escolhidos, administradores públicos e administrados, funcionários públicos em geral e os destinatários de suas decisões”³⁶⁷. Relaciona, portanto, a lealdade ao dever de confiança.

Francisco Octávio Almeida Prado, ao seu turno, aponta que o dever de lealdade às instituições é, além da observância da lei, em seu sentido literal, o dever de atender aos fins legalmente perseguidos, com isenção e boa-fé, realçando os deveres de fidelidade aos fins legais no exercício das competências discricionárias³⁶⁸.

José Roberto Pimenta Oliveira indica que o ato de improbidade administrativa, em função da ilegalidade material, com vício de deslealdade, ocorre quando o agente público descumpre a norma por afastar-se do referencial valorativo que deveria respeitar e concretizar, inexistindo na situação fática causa jurídica legítima a sustentar o desrespeito aos valores por meio da conduta³⁶⁹.

Logo, é evidente que a lealdade às instituições engloba os deveres de confiança, boa-fé e de atuação conforme a lei e os valores que por ela concretizados.

Por imparcialidade, entende-se que o agente público deve agir de maneira isenta e representando não os seus interesses, mas sim o interesse público primário e secundário³⁷⁰. Francisco Octavio de Almeida Prado assevera que o dever de imparcialidade constitui o imperativo de isenção do agente público que, na condição de representante do órgão público, age em nome deste, e não em seu nome pessoal³⁷¹. Há uma nítida relação com o princípio da impessoalidade.

³⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 127.

³⁶⁸ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.

³⁶⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 269.

³⁷⁰ Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, interesse público primário é o interesse público propriamente dito, enquanto que o interesse público secundário diz respeito aos interesses próprios do Estado enquanto pessoa. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 65-67).

³⁷¹ PRADO, Francisco Octavio de Almeida, 2001, op. cit. p. 56.

Nesse sentido, Fazzio Júnior entende que a impessoalidade recomenda que, em qualquer nível do Estado, os agentes públicos ajam sem proporcionar ou estimular situações restritivas injustificadas³⁷². Para Fábio Medina Osório, com esteio em Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a impessoalidade exige que o agente público, atuando em nome do Estado, obedeça à finalidade estatal, agindo livre de qualquer inclinação, tendência ou simpatia pessoal³⁷³.

O ato de improbidade administrativa, em razão de ilegalidade material por parcialidade, conforme leciona José Roberto Pimenta Oliveira, ocorre quando o agente público desconsidera o grau de relevância jurídica que determinado interesse, direito ou situação jurídica, de índole pública e/ou privada, deva ter no caso concreto³⁷⁴.

A parcialidade, portanto, está atrelada à conduta do agente público que não é isenta, objetiva, e leva em conta outros interesses que não tutelados pela norma jurídica.

O ato de improbidade administrativa que viola os deveres de lealdade e imparcialidade pode ocorrer sem que haja o elemento de enriquecimento ilícito ou de violação ao dever de zelo com o erário. Na Administração Pública brasileira, há diversos exemplos de perseguições, favorecimentos, promoções pessoais e interesses escusos que demonstram condutas que violam a probidade administrativa e que não importam no enriquecimento ilícito ou no prejuízo ao erário imediato. O intuito do art. 11 é tipificar justamente essas condutas.

Sem a ofensa aos princípios acima explicados, não há ato de improbidade material. A conduta é materialmente atípica e, então, insignificante para a improbidade administrativa. Aqui, a ponderação novamente não é meramente econômica, mas leva em conta os meios e fins utilizados pelo agente público na prática da conduta.

Dessa forma, o mero descumprimento de deveres legais, ainda que constituam condutas ilícitas, não será necessariamente um ato de improbidade administrativa. A noção de ato apenas

³⁷² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 12.

³⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação* *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 141.

³⁷⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 269.

ilegal ou mera irregularidade, na verdade, abarca a atipicidade material e, conseqüentemente, a incidência do princípio da insignificância.

Passamos a uma análise específica sobre cada tipo previsto no art. 11 e os requisitos para identificar a aplicação do princípio da insignificância.

O art. 11, I, dispõe sobre o desvio de poder e lesão à legalidade estrita. O tipo trata do agente público que produz ato jurídico contrário à finalidade pública a que deve servir. Apesar de ser um tipo que demanda uma ofensa direta ao bem jurídico tutelado pela LIA, não é possível defender que qualquer desvio de poder será improbidade administrativa. A dicotomia entre tipicidade formal e material com a conseqüente possibilidade de aplicação do princípio da insignificância é de grande valia para o tipo ora analisado. Para tanto, devem-se ser apreciados os seguintes fatores: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) tipo de ilegalidade praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) conseqüências patrimoniais da ilegalidade, se houver; (v) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas.

O art. 11, II, tipifica como improbidade administrativa o retardamento ou omissão na prática de ato de ofício, com lesão à legalidade estrita. Igualmente, não se pode equiparar qualquer ilegalidade neste tipo de conduta funcional à improbidade, devendo a conduta ser materialmente relevante perante a LIA. Podemos elencar como fatores a serem considerados para a aplicação do princípio da insignificância: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) o tipo de ilegalidade praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei; (iii) interesses públicos afetados, atraso ou omissão; (iv) conseqüências patrimoniais da ilegalidade, se houver; e (v) conseqüências da atuação ilícita para terceiros.

O art. 11, III, descreve conduta de revelar fato ou circunstância de quem tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo. Logo, a adequação típica exige a integração com a legislação geral e específica que dispõe sobre as atribuições e os deveres de segredo. Inclusive, o art. 11, III, é tipo geral do dever de sigilo por parte do agente público, ao passo que o art. 11, VII, que será analisado, constitui tipo especial. Para fins de insignificância, poderão ser avaliados os seguintes aspectos: (i) dimensão qualitativa da conduta prática; (ii) tipo de quebra de sigilo praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da

aplicação da lei regente do fato sigiloso; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) consequências patrimoniais da ilegalidade, se houver; (v) consequências institucionais da divulgação ilegal do fato; (vi) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas; e (vii) consequências da atuação ilícita para terceiros.

A descrição típica do art. 11, IV, é muito ampla e genérica ao tratar da negativa de publicidade aos atos oficiais. Por essa razão, a tipificação deve levar em conta a materialidade da conduta e a integração com diversas normas que regem a publicidade ou transparência dos atos oficiais (p. ex.: Lei Federal 12.527/2011). Evidentemente, não é qualquer negativa de publicidade que constituirá ato de improbidade administrativa, devendo a conduta ser praticada mediante ilegalidade. Logo, para fins de insignificância, deverão ser ponderados os seguintes aspectos: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) tipo de inobservância de norma de publicidade praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei regente ; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) consequências patrimoniais da ilegalidade, se houver; (v) consequências institucionais da ilegalidade; (vi) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas; e (vii) consequências da atuação ilícita para terceiros.

O art. 11, V, dispõe sobre o ato de frustrar a licitude de concurso público. Novamente, estamos diante de um tipo muito abrangente, de modo que não é qualquer ilicitude que constituirá um ato de improbidade administrativa, devendo a conduta ser, além de ilegal, praticada com a intenção de fraudar o concurso. O tipo do art. 11, V, com o tipo disposto no art. 10, VIII, mas o bem jurídico protegido é diferente. No caso do art. 10, VIII, tutela-se o zelo com o erário, ao passo que o art. 11, V, tutela a imparcialidade e lealdade às instituições. Devem ser apreciados os seguintes fatores para análise da insignificância: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) tipo de inobservância praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei, relativamente ao concurso; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) consequências patrimoniais da ilegalidade, se houver; (v) consequências institucionais da ilegalidade; (vi) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas; e (vii) consequências da atuação ilícita para terceiros.

O art. 11, VI, descreve a conduta de deixar de prestar contas quando esteja obrigado fazê-lo. O tipo, mais uma vez, é muito abrangente, cabendo integração com outras normas para a verificação do ato de improbidade administrativa. Francisco Octavio de Almeida Prado aponta que a efetiva configuração do ilícito demanda que o agente esteja obrigado, por força de lei, a prestar contas a determinado órgão e deixe de fazê-lo na oportunidade própria³⁷⁵. De todo modo, a insignificância pressupõe que a conduta seja formalmente típica. Por essa razão, a ponderação sobre a aplicação do princípio da insignificância demanda uma análise da própria conduta e dos resultados que esta causou. Assim, podemos elencar os seguintes fatores: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) omissão do agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei, relativamente à prestação de contas; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) consequências patrimoniais da ilegalidade; (v) consequências institucionais da ilegalidade; (vi) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas; e (vii) consequências da atuação ilícita para terceiros.

Conforme já adiantado, o art. 11, VII, é tipo específico em relação ao tipo do art. 11, V. O que difere os tipos é a natureza da informação sigilosa, isto é, o art. 11, VII, tutela a informação privilegiada relacionada com medida política ou econômica que pode afetar o mercado. Convém observar que esse tipo poderá configurar conflito de interesses, conforme previsto na Lei 12.813/2013. Felipe Dudienas Pereira aduz que o conflito de interesses se configura quando o agente público detém informação privilegiada e a utiliza para fins privados em detrimento do interesse coletivo, violando a lealdade à entidade a que está vinculado³⁷⁶. Além dos fatores já analisados para o art. 11, V, a análise da insignificância deverá levar em conta o momento em que a informação foi obtida antes da respectiva divulgação oficial e os efeitos desta pelo terceiro que obteve a informação.

O art. 11, VIII, tipifica o descumprimento de normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela Administração Pública com entidades privadas. É forçoso reconhecer que um mero descumprimento normativo, relacionado com parcerias firmadas pela Administração Pública, configure um ato de improbidade administrativa por si só. Reiteramos

³⁷⁵ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 136.

³⁷⁶ PEREIRA, Felipe Dudienas Domingues. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 89.

a necessidade da tipificação material e a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Para fins de insignificância, devem ser considerados: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) tipo de ilegalidade praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei regente da parceria; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) consequências patrimoniais da ilegalidade, se houver; (v) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas; e (vi) consequências institucionais da ilegalidade.

A mesma conclusão se extrai do art. 11, IX, que tipifica a conduta de deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. Deve a conduta, além de dolosa, ser relevante o suficiente para demandar a aplicação da LIA. Para fins de insignificância, devem ser analisados os seguintes fatores: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) tipo de ilegalidade praticada pelo agente no contexto do exercício da sua função e no contexto da aplicação da lei; (iii) interesses públicos afetados pela prática da ilegalidade; (iv) consequências patrimoniais da ilegalidade, se houver; (v) nível constitucional, legal ou infralegal das exigências normativas descumpridas; (vi) consequências da atuação ilícita para terceiros; e (vii) consequências institucionais da ilegalidade.

O art. 11, X, trata da conduta de transferir recurso à entidade privada em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei Federal 8.080/1990³⁷⁷, que regula as ações e serviços de saúde em caráter nacional. Há necessária integração com a Lei 8.080/1990 para a tipificação do ato de improbidade. Para fins de insignificância, devem ser considerados os seguintes fatores: (i) dimensão qualitativa da conduta; (ii) tipo de serviços atendidos de forma ilegal; (iii) população assistida pelos recursos transferidos ilegalmente; (iv) valor dos serviços prestados correspondentes aos valores transferidos; (v) interesses públicos prejudicados pela ilegalidade; e (vi) consequências da ilegalidade para terceiros.

³⁷⁷ Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Ante o exposto, nota-se que os valores da imparcialidade e lealdade devem interferir no enquadramento da conduta como improbidade. É a violação a esses valores que caracterizará a ilegalidade como improbidade ou não, qualificando a ilegalidade verificada no caso concreto.

3. O ato de improbidade de pequeno potencial ofensivo e o princípio da insignificância

A LIA não trata expressamente do ato de improbidade de pequeno potencial ofensivo. No entanto, convém fazer algumas considerações sobre sua natureza e sua relação com o princípio da insignificância.

O ato de improbidade de pequeno potencial ofensivo diz respeito à conduta que constitui um ato de improbidade, sob o aspecto formal e material, mas que, apesar de constituir improbidade, deve ser sancionada de maneira proporcional.

Rita Tourinho utiliza esse termo ao se referir às condutas que merecem a tutela da LIA, mas que não deveriam sofrer todas as sanções previstas no art. 12³⁷⁸. A autora pondera que, em face do baixo potencial ofensivo, essas condutas poderiam ser sancionadas de maneira mais leve ou ser objeto de algum compromisso de ajustamento de conduta. Essas possibilidades privilegiariam os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da economia processual.

Semelhantemente, Thiago Marrara trata das “pequenas improbidades”. Segundo o autor, apesar de todos os atos de improbidade representarem uma violação à moralidade administrativa, é possível que uns sejam mais danosos que o outros.³⁷⁹

O teorizado foi, eventualmente, recepcionado pelo legislador por meio da Lei 12.120/2009, que permitiu a aplicação isolada ou cumulativamente das sanções previstas nos blocos sancionatórios previstos nos incisos I, II e III, do art. 12 da LIA. A redação do art. 12, *caput*, em

³⁷⁸ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 274, abr., 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5053>. Acesso em: 19 nov. 2019.

³⁷⁹ MARRARA, Thiago. “Pequenas improbidades?”. *GEN Jurídico*, 15 ago. 2017, disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/15/pequenas-improbidades/>, acesso em 15/12/2019.

conjunto com o parágrafo único do mesmo artigo, evidencia a necessidade se levar em conta a proporcionalidade na aplicação das sanções.

Marrara aponta que a alteração legislativa consagrou a razoabilidade das sanções na improbidade, sobretudo para as “pequenas improbidades”, o que tornaria o argumento da insignificância desimportante³⁸⁰. Pedimos vênias para discordar do jurista pois, ainda que se possa levar em conta a dosimetria da sanção sobre os atos de improbidade de baixo potencial ofensivo, o princípio da insignificância afasta a tipicidade sobre a conduta ímproba e, conseqüentemente, afasta qualquer sanção prevista pela LIA. Dessa forma, evita-se uma completa banalização da tutela da probidade administrativa sobre condutas que não constituem ato de improbidade administrativa por ausência de tipicidade material.

Recentemente, as propostas que visam a alterar a LIA recepcionam em maior ou menor medida a teoria do ato de improbidade de menor potencial ofensivo.

O Projeto de Lei 3.359/2019³⁸¹, do Senado Federal, prevê a inclusão do art. 12-A à LIA, que introduz rol de critérios a serem levados em conta na aplicação das sanções. Abaixo, transcrevemos o Art. 12-A constante do Projeto:

Art. 12-A. Serão levados em consideração na aplicação das sanções, sem prejuízo de outros fatores julgados relevantes:

- I – a gravidade da infração;
- II – a vantagem auferida ou pretendida pelo réu;
- III – a consumação ou não da infração;
- IV – o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V – as consequências sociais e econômicas produzidas pela infração;
- VI – a situação econômica do sujeito passivo;
- VII – o poder econômico ou político do infrator;
- VIII – a cooperação do réu para a apuração das infrações;

³⁸⁰ Marrara, *Pequenas improbidades*.

³⁸¹ Íntegra do Projeto de Lei disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137182>. Acesso em: 19 nov. 2019.

IX – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica ré; e

X – o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesada.

Parágrafo único. Os fatores poderão receber peso diferenciado, e aqueles que não forem aferidos ou aplicáveis não afetarão, em benefício ou em prejuízo do sujeito passivo, a dosimetria das sanções.

Na justificativa que acompanha o Projeto de Lei, cita-se a ausência de critérios na atual redação da LIA, de modo que a introdução desses critérios deve melhor orientar o magistrado no momento de definição do *quantum* punitivo.

Ao seu turno, o Projeto de Lei 10.887/2018³⁸², da Câmara dos Deputados, dentre outras alterações, propõe a introdução do § 7º ao art. 12, da LIA, com a seguinte redação:

§ 7º Em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta lei, além do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, a sanção se limitará à aplicação de multa, nos termos do caput deste artigo.

Nota-se que a redação é expressa ao mencionar “atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados”. Na justificativa, cita-se que existem atos administrativos que ofendem a moralidade e o “patrimônio administrativo”, constituindo ato de improbidade, mas que, em face de seu baixo poder ofensivo, baixa relevância, ou “baixa significância”, não são ontologicamente atos de improbidade. Abaixo, pedimos licença para transcrever trecho da justificativa:

Existem atos administrativos que são meramente irregulares, jamais atos de improbidade administrativa, e entre aqueles ilícitos caracterizáveis como atos de improbidade existem os que não implicam relevante dano ao erário, embora sejam atos que ofendam a moralidade e às vezes ao patrimônio administrativo. Possuem baixo poder ofensivo – ou baixa relevância, ou baixa significância –, mas são ontologicamente atos de improbidade.

Desta maneira, merecem sanções previstas nesta lei, mas de forma proporcional à ofensa perpetrada, e não nos moldes da sanção aplicável aos relevantíssimos atos de improbidade.

Nota-se, então, a partir da redação do Projeto de Lei, que o ato de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo constitui efetivamente um ato de improbidade

³⁸² Íntegra do Projeto de Lei disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 19 nov. 2019.

administrativa, mas que deve ser sancionado de maneira proporcional. O Projeto de Lei não recepciona expressamente o princípio da insignificância na LIA por meio do dispositivo. Nesse caso, há uma potencial ponderação prévia do legislador sobre a proporcionalidade aplicável à conduta que continua sendo punível e, portanto, não insignificante.

De fato, há atos de improbidade que não são insignificantes, mas que também não merecem a aplicação de todas as sanções previstas na LIA. Rita Tourinho utiliza como exemplo um servidor que desvia R\$ 2.000,00 da folha de pagamento de um órgão público. Evidentemente, a situação descrita não é insignificante do ponto de vista econômico ou material. Todavia, a autora pondera que, em virtude do baixo potencial ofensivo e em face do princípio da proporcionalidade, seria possível a aplicação apenas de multa civil cumulada com o ressarcimento dos danos³⁸³.

Portanto, o fato de a conduta merecer ser punida conforme a LIA, ainda que levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, caracteriza a improbidade administrativa de maneira formal e material. Não há a incidência do princípio da insignificância nesse caso. A conduta insignificante perante a LIA sequer deve ser punida sob qualquer aspecto dessa lei.

3.1.A posição do MPF

O Ministério Público Federal (“MPF”) não ficou totalmente alheio à discussão sobre o princípio da insignificância e a improbidade administrativa. De fato, o MPF, por meio de suas Câmaras Especializadas, já editou entendimentos no sentido de reconhecer a existência de atos de improbidade de pequeno potencial ofensivo e do afastamento da propositura de ação civil pública por parte do MPF.

O Enunciado 14, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, que foi aprovado na 744ª Sessão Ordinária, realizada em 19 de agosto de 2013, tratava das condutas ímprobas de baixo potencial/pequeno prejuízo ao erário. Abaixo, transcrevemos o enunciado:

³⁸³ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 274, abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5053>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Nas condutas ímprobas de baixo potencial ofensivo, em que o prejuízo ao erário não ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00, o órgão ministerial poderá promover, sem mais providências, o arquivamento junto à Câmara. Nas mesmas hipóteses, se o prejuízo for superior a esse montante, mas não ultrapasse os R\$ 5.000,00, antes de promover o arquivamento do procedimento, o órgão ministerial expedirá à autoridade competente a recomendação cabível, visando à melhoria do serviço e ao ressarcimento amigável do dano, se for o caso.

Percebe-se que a redação do enunciado é expressa ao tratar de condutas que constituem ato de improbidade administrativa, mas que, em face do pequeno dano causado, poderiam deixar de ser objeto de uma ação civil pública de improbidade administrativa. O critério para tanto é puramente econômico.

Apesar do avanço do enunciado ao tratar do tema, duas críticas são cabíveis.

A primeira é a forma como a conduta é endereçada. O enunciado fala de condutas ímprobas com efeitos patrimoniais reduzidos, reconhecendo que estas constituem “improbidade administrativa”. Seria mais adequado, a nosso ver, se a linguagem adotada pelo enunciado fosse expressa ao dizer que a conduta é apenas formalmente subsumível à LIA, mas que, em face da sua baixa materialidade, não constituiria um ato de improbidade administrativa.

A segunda crítica diz respeito ao critério utilizado. O enunciado se limita ao critério puramente econômico e, conforme já exposto anteriormente, a LIA, art. 21, I, dispensa o dano ao erário para a aplicação das penalidades nela previstas. Inclusive, convém relembrar que a tutela da probidade administrativa, conforme prevista no art. 37, §4º, da CF, e na LIA, vai muito além do aspecto meramente econômico, tutelando a moralidade administrativa em sua acepção ampla.

O Enunciado 14 foi revogado pelo Enunciado 34, aprovado na 907ª Sessão Ordinária, realizada em 27 de abril de 2016. Posteriormente, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, em sua 945ª Reunião Extraordinária, converteu o Enunciado 34 na Orientação 3. Abaixo, transcrevemos o conteúdo da orientação:

CONDUTA DE BAIXA OFENSA PATRIMONIAL E DIMINUTA LESÃO A BENS IMATERIAIS O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial,

verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial merecedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa.

A Orientação 3, diferentemente do Enunciado 14, não restringe sua aplicação à improbidade administrativa, tratando de “combate à corrupção” em seu sentido amplo, o que abrange a LAC e as disposições penais sobre a tutela da corrupção.

No mais, os equívocos do Enunciado 14 são corrigidos. A Orientação 3 deixa de categorizar as condutas endereçadas, tratando genericamente como “casos” em que haja prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. Afasta-se, portanto, a definição prévia da conduta como um ato de improbidade, mesmo porque a conduta só será considerada um ato de improbidade após o devido processo legal.

Quanto ao critério, a Orientação 3 utiliza referencialmente um valor econômico, mas que este poderá ser relativizado em face de situação em que, apesar de haver baixa repercussão patrimonial, há ofensa relevante a princípios ou bens materiais. Trata-se de um evidente avanço no reconhecimento da tutela da probidade administrativa.

Por fim, cabe apontar que a Orientação 3, apesar de utilizar o termo “conduta de baixa ofensa patrimonial e diminuta lesão a bens imateriais”, trata indiretamente da aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa. Isso porque, a Orientação 3 trata dos casos de corrupção que envolvam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, fazendo menção expressa à tutela penal e/ou da improbidade administrativa, mas que, após análise por parte do órgão ministério e homologação pela 5ª Câmara, não é merecedora da tutela judicial da improbidade administrativa. Trata-se, em última análise, do reconhecimento de que a conduta formalmente típica não deve ser sancionada sob o aspecto penal ou de improbidade administrativa.

Tal posicionamento do MPF é louvável e deveria ser levado em conta pelo Ministério Público de cada ente federativo e pelas procuradorias públicas. Por meio desse entendimento, há um reconhecimento da necessidade de racionalização na utilização da LIA, visto que a sanção nela prevista deve ser reservada para as condutas mais graves que atentam contra o bem jurídico da probidade administrativa. O Judiciário não deve se debruçar ao julgar condutas insignificantes para a LIA. Quanto aos atos de improbidade de menor potencial ofensivo, reconhecemos que a solução

consensual para tanto depende de alteração legislativa, no entanto, os aplicadores da lei devem levar em conta o princípio da proporcionalidade, que é recepcionado pela LIA, conforme redação do art. 12, *caput*, combinado com o seu parágrafo único.

No próximo item, iremos analisar como a jurisprudência tem se posicionado perante essa questão, apresentando nosso posicionamento e crítica.

4. Jurisprudência e o princípio da insignificância na improbidade administrativa

Conforme já exposto, 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”³⁸⁴.

No entanto, quando o tema é aplicabilidade do princípio da insignificância à improbidade administrativa, ainda não há jurisprudência consolidada quanto à aplicabilidade, 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 ressarcir 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 afastou a aplicação da multa com

³⁸⁴ 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.

base na aplicação do princípio da insignificância e julgou improcedente a ação civil pública³⁸⁵. 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.

³⁸⁵ 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".

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 “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 consequente 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,³⁸⁶ 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

³⁸⁶ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...) IV - negar publicidade aos atos oficiais”.

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 LIA³⁸⁷.

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,

³⁸⁷ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

(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. Com base nessa argumentação que o STJ estende o âmbito de incidência do princípio da insignificância para afastar a tipicidade da conduta dos réus.

No âmbito do TRF3, apesar de já ter sido decidido no sentido de excluir essa possibilidade³⁸⁸, há precedentes que expressamente aplicam o princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa³⁸⁹.

Ao seu turno, o TRF4 demonstra forte tendência em não aceitar a aplicabilidade do princípio da insignificância³⁹⁰. Em síntese, a jurisprudência do tribunal tende a argumentar que a LIA tutela a moralidade administrativa e que não há como mensurar a insignificância do dano, pois a moralidade é objetivamente considerada. Em contrapartida, há muita argumentação sustentando a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como um meio para mitigar o alcance da LIA³⁹¹.

³⁸⁸ Vide: “Ao contrário do que afirma a defesa, o princípio da insignificância não se aplica ao caso dos autos, sequer por analogia, como foi decidido em primeiro grau de jurisdição; embora os ingressos custassem pouco, cerca de R\$ 30,00, trata-se de conduta de improbidade, que ofende a moralidade administrativa. O grau de reprovabilidade é intenso, pois o agente público que pede a empresário - como se fosse um mendigo - um mimo que custa apenas R\$ 30,00 revela desprezo pela magnitude de seu cargo (policial federal) e de suas funções” (AP 0005443-63.2007.4.03.6111/SP, rel. Des. Johanson Di Salvo, Sexta Turma, J. em 26/09/2013).

³⁸⁹ Vide: “8. Diante dos argumentos (i) de que não houve prejuízo material ao erário público, (ii) de que o próprio MPF ponderou que “os fatos ora analisados não seriam graves a ponto de justificar as penas de perda da função pública ou a de contratar com o Poder Público” e (iii) de que houve a prestação do serviço contratado e, segundo o Relato das Atividades de Planejamento Estratégico no INPE no Biênio 2006-2007 foi considerado “um sucesso”, poder-se-ia aplicar ao caso o princípio da insignificância” (AP 0008469-88.2010.4.03.6103/SP, rel. des. Consuelo Yoshida, Sexta Turma, J. em 11/05/2017); “1. “De minimis, non curat praetor”. A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração. 2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo” (AI 0038686-27.2009.4.03.0000, rel. Des. Fábio Prieto, J. em 02/09/2010).

³⁹⁰ Nesse sentido, vide: “3. Em razão do enriquecimento ilícito, do dano ao erário, e da grave ofensa à moralidade administrativa, incabível a aplicação do princípio da insignificância” (AC 5003842-25.2013.4.04.7104, rel. Des. Rogério Favreto, Terceira Turma, J. em 04/09/2017); “9. O bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser objetivamente considerada. Daí não se aplicar (de modo automático) o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobos, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade, sempre respeitado o postulado da razoabilidade” (5001464-89.2015.4.04.7116, rel. Marcus Holz, Terceira Turma, J. em 13/07/2016); “Inviável a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, sob o fundamento de que as cobranças examinadas, em razão dos baixos valores apurados, seriam incapazes de atingir, de modo relevante, os bens jurídico-sociais atingidos, isto por que, o bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser objetivamente considerada” (AC 0000725-26.2004.4.04.7105, rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, Terceira Turma, J. em 22/03/2011); e “A ofensa à moralidade administrativa (princípio norteador da Administração Pública, nos termos do artigo 37, caput, da CF) não admite a invocação da insignificância da conduta para legitimar o afastamento das sanções previstas na Lei n. 8.429/92” (Embargos Infringentes 5058519-51.2012.4.04.7100, rel. Des. Luís Alberto D’azevedo Aurvalle, Segunda Turma, J. em 19/10/2015).

³⁹¹ Nesse sentido, vide: “A penalidade aplicada, em se tratando de repressão à improbidade administrativa, deve guardar estrita observância ao princípio da proporcionalidade, tanto em seu viés de proibição de excesso, quanto em sua feição de proibição de proteção deficitária (proibição de insuficiência)” (Embargos Infringentes 5058519-51.2012.4.04.7100, rel. Des. Luís Alberto D’azevedo Aurvalle, Segunda Turma, J. em 19/10/2015); e “9. O bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser

No âmbito do TJ-SP, há precedentes contrários³⁹² e a favor da aplicabilidade do princípio à improbidade administrativa³⁹³. Os argumentos para ambas as posições não inovam o que foi exposto até o momento, entretanto, é interessante notar que a argumentação, em qualquer caso, evoca a jurisprudência do STJ. Pela posição contrária à aplicação do princípio à improbidade administrativa, utilizam o Recurso Especial 892.818/RS, enquanto que, argumentando-se a favor da aplicabilidade do mencionado princípio, evocam o Agravo Regimental no Recurso Especial 968447/PR. Ambos os precedentes já foram explorados acima.

Portanto, verifica-se que a jurisprudência não é unânime ao aceitar o princípio da insignificância à improbidade administrativa. Apesar de constante evolução nesse tema, há ainda

objetivamente considerada. Daí não se aplicar (de modo automático) o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade, sempre respeitado o postulado da razoabilidade” (5001464-89.2015.4.04.7116, rel. Marcus Holz, Terceira Turma, J. em 13/07/2016).

³⁹² Nesse sentido, vide: “Destaca-se que, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, não se aplica o princípio da insignificância em analogia com o Direito Penal, porque o bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa. Daí não se aplicar o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade” (Apelação 1004219-36.2015.8.26.0609, rel. Des. Paola Lorena, 3ª Câmara de Direito Público, j. em 26/02/2019); “Não há dúvida, portanto, da ocorrência dos atos perpetrados pelos réus, os quais ensejam penalização, não sendo de aplicar a espécie como a dos autos o chamado princípio da insignificância, precisamente pela natureza de que se revestem. É inexcogitável inquirir de insignificantes ou insusceptíveis de ensejar repressão político-administrativa atos de improbidade praticados por agentes públicos” (AP 0218020-80.2008.8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, J. em 10/07/2018); “Entretanto, não é possível a aplicação de tal princípio às ações de improbidade administrativa, uma vez que o bem jurídico tutelado não está sujeito à relativização, ou seja, não pode ser insignificamente infringido. A moralidade administrativa deve ser entendida de forma objetiva para que seja defendida em sua integralidade” (AP 0003105-76.2015.8.26.0222, rel. Des. José Maria Câmara Junior, 8ª Câmara de Direito Público, J. em 29/11/2017).

³⁹³ Nesse sentido, vide: “Valor da contratação que está dentro dos parâmetros praticados pelo mercado - Ato supostamente havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, caso contrário, como dos autos, aplica-se o princípio da insignificância - Improbidade administrativa que exige para a sua caracterização o elemento subjetivo - Ausência de dolo, culpa, má-fé ou desonestidade do agente público - Inexistência de prova de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário - Ato ímprobo não configurado - Recurso dos corréus provido e do autor desprovido.” (Apelação nº 4003857-06.2013.8.26.0624, rel. Marcelo L. Theodósio, 11ª Câmara de Direito Público, J. em 23/05/17); “A improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, que atua sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. Acrescente-se que, no caso, a vantagem patrimonial auferida pelo agente foi mínima, de forma que à sua conduta impõe-se reconhecer a incidência do princípio da insignificância, conforme declaração do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no REsp nº 1.186.968/SP. Recurso provido para, afastadas as preliminares, julgar a ação improcedente” (AP 0003998-68.2005.8.26.0238, rel. Des. Ferreira Rodrigues, 4ª Câmara de Direito Público, J. em 10/04/2017); e “Ação Civil Pública Improbidade administrativa Uso particular de carro oficial Não configuração de ato ímprobo Insignificância da conduta Precedentes - Sentença de parcial procedência da ação Desprovidamento do recurso do órgão ministerial e provimento do recurso da requerida para julgar a ação improcedente” (Apelação 0008467-73.2012.8.26.0510, rel. des. Osvaldo Magalhães, 4ª Câmara de Direito Público, J. em 22/10/2018).

certa resistência na sua aceitabilidade. Sem embargo, há precedentes favoráveis à tese ora exposta, o que indica uma tendência jurisprudencial que poderá resultar em sua plena aceitação.

CONCLUSÃO

Após todo o exposto, podemos extrair as seguintes conclusões:

1. A palavra princípio jurídico possui diversos significados que variam a depender da época ou do posicionamento da doutrina sobre o tema. No entanto, apesar da multiplicidade de conceitos para o termo, é possível identificar que a palavra princípio jurídico passou por três fases distintas, quais são: (i) primeira fase, onde princípios diziam respeito aos fundamentos e principais características de uma dada disciplina; (ii) segunda fase, onde princípio constitui mandamento fundamental dotado de alta carga valorativa; e (iii) terceira fase, onde princípios constituem mandados de otimização do sistema.

2. Na doutrina penal também há divergência quanto ao conceito de princípio jurídico, havendo diversas acepções dadas pelos criminalistas. Entretanto, é possível observar que os criminalistas acabam seguindo, em maior ou menor medida, os conceitos conforme as fases acima elencadas. Então, há penalistas que se referem ao termo “princípio jurídico” como (i) as principais características do Direito penal, (ii) como mandamentos de alta carga valorativa ou (iii) adotam os conceitos da terceira fase.

3. Ainda que haja multiplicidade de significados, pode-se afirmar que, em linhas gerais, princípios possuem evidente caráter axiológico, constituem mandamentos com elevado grau de generalidade e abstração, bem como, atualmente, é amplamente reconhecido o seu caráter normativo. Em face do reconhecimento do caráter normativo, é aceito que os princípios podem ser aplicados em casos concretos pelos aplicadores do Direito.

4. O *jus puniendi* estatal, em face do monopólio do Estado, sobre o uso legítimo da violência, é uno e tem como finalidade tutelar a aplicação de sanção jurídica em face de uma conduta ilícita. Apesar dessa unidade, o ordenamento jurídico segmenta o *jus puniendi* em diversas esferas de responsabilização punitivas, de modo que cada uma possui objeto, finalidade e regime jurídico próprio.

5. A identificação de uma esfera de responsabilização parte de uma análise sobre os contornos atribuídos pelo próprio ordenamento jurídico. Ainda que existam características próprias em cada esfera de responsabilização, o que confere unidade e as diferenciam das demais é justamente o ordenamento jurídico. Portanto, a identificação de uma esfera de responsabilização parte de um critério formal.

6. Sem prejuízo do critério formal, o ordenamento jurídico outorga diferentes características a essas esferas de responsabilização. Essas características podem ser exclusivas ou não, no entanto, é possível identificar um plexo de características de uma determinada esfera, englobando um regime jurídico próprio e a incidência de princípios exclusivos. Sem embargo, reiteramos que cabe ao ordenamento jurídico definir essas características.

7. Apesar de existirem diversas esferas de responsabilização sobre a prática de um ato ilícito, existem diversos princípios jurídicos aplicáveis a toda atividade estatal sancionatória. Trata-se do núcleo de princípios gerais que norteia toda a atividade sancionatória, que tem como finalidade a proteção do indivíduo contra o poder punitivo estatal.

8. Por outro lado, há princípios específicos que incidem apenas sobre determinadas esferas de responsabilização. A existência desses princípios específicos é posta pelo Direito em função do regime jurídico aplicável e da finalidade da esfera sancionatória.

9. No entanto, a incidência de um princípio sobre uma determinada esfera sancionatória não é estática. Pelo contrário, há princípios que, em dado momento, tinham seu âmbito de incidência restrito a determinadas esferas de responsabilização e, após construção legal, jurisprudencial e doutrinária, passaram a incidir sobre outras.

10. A possibilidade de aplicação de um princípio específico sobre outra esfera de responsabilização depende da compatibilidade desta com os fundamentos e pressupostos que permitem a aplicação do princípio específico em sua esfera de responsabilização original.

11. 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 norteado por diversos princípios, notadamente os princípios da: (i)

intervenção mínima ou *ultima ratio*; (ii) exclusiva proteção de bens jurídicos; (iii) ofensividade; (iv) proporcionalidade e (v) legalidade.

12. Como consequência do princípio da legalidade, surge no Direito penal a ideia de “tipo”, que é a prévia descrição em lei da conduta criminosa. Atualmente, pela teoria finalista, tipo compreende a vontade, a expressão externa dessa vontade, a intenção do agente e o resultado. Portanto, o tipo engloba elementos objetivos e subjetivos. 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.

13. A lei penal possui indesejado alcance sobre condutas que formalmente são típicas, mas que, em face da incidência dos princípios da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade, não devem ser consideradas condutas 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.

14. 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.

15. Há diversos princípios que afastam a aplicação da sanção penal sobre um caso concreto, como o princípio da adequação social e o princípio da desnecessidade da sanção penal. No entanto, o princípio da insignificância se caracteriza pelo afastamento da tipicidade sobre a conduta que é irrelevante e materialmente atípica para o Direito penal.

16. Por estar atrelado à conduta, o princípio da insignificância não leva em conta bons antecedentes do agente, arrependimento posterior, motivação etc. Esses elementos podem ser levados em conta pelo aplicador do Direito e, eventualmente, podem afastar a aplicação da lei penal. No entanto, nesse caso, não há a incidência do princípio da insignificância, e sim o princípio da desnecessidade da aplicação da lei penal.

17. O princípio da insignificância, ao afastar a tipicidade penal sobre uma conduta, afasta a aplicação da sanção penal. Todavia, devemos ter em mente que o afastamento da ilicitude não é global, pois a conduta insignificante para o Direito penal poderá ser significativa para outras esferas de responsabilização.

18. O princípio da insignificância foi amplamente construído pela jurisprudência e teve seu reconhecimento definitivo pelo STF, por meio do julgamento do HC 84.412. Nessa ocasião, o STF reconheceu o princípio e instituiu vetores para auxiliar a sua aplicação, quais 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. Sem prejuízo dos vetores instituídos, o princípio da insignificância tem como objeto a conduta insignificante e é impossível, de antemão, prever objetivamente todas as características e elementos que configuram a insignificância. A análise sobre a insignificância dependerá sempre da análise do caso concreto.

19. Os crimes contra a Administração têm como bem jurídico tutelado a Administração Pública sob o aspecto funcional, enquanto atividade, e sob o aspecto subjetivo, enquanto sujeito “Administração Pública”. Em face desse bem jurídico e da indisponibilidade do patrimônio público, há certa resistência por parte da jurisprudência na aplicação do princípio da insignificância. Todavia, há precedentes que expressamente reconhecem a aplicação do princípio em questão sobre condutas que, apesar de formalmente constituírem algum crime contra a Administração, são de baixíssima ofensividade, afastando a sanção penal por atipicidade da conduta.

20. 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. Trata-se de um mal global que deve ser combatido.

21. A resposta do Direito ao fenômeno da corrupção se dá por meio da positivação de atos normativos que tipificam condutas corruptas *lato sensu* como condutas ilícitas, prevendo uma sanção jurídica a ser aplicada aos corruptos. Isso ocorre tanto por meio de tratados internacionais, em face da internacionalização da corrupção, quanto por meio de legislação interna.

22. 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.

23. 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. No entanto, ainda que se possa discutir a autonomia do bem jurídico “probidade administrativa” para determinados fins, é forçoso aceitar que, para fins sancionatórios, o art. 37, § 4º, da CF, possua autonomia e aplicabilidade plena. A conformação jurídica do ato de improbidade administrativa para fins sancionatórios depende necessariamente de lei infraconstitucional.

24. A Lei 8.42/1992, 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”. O legislador, munido da competência constitucionalmente conferida, tratou de tipificar as condutas que constituem ato de improbidade administrativa por meio de três grandes categorias previstas nos artigos 9º, 10 e 11, da LIA que, respectivamente, tratam do: (i) ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito, tutelando a honestidade funcional; (ii) ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, tratando do zelo com o erário; e (iii) ato de improbidade que ofende princípios da Administração, protegendo os deveres de lealdade e imparcialidade. O art. 10-A foi posteriormente acrescentado e trata do mesmo bem jurídico do art. 10.

25. O art. 37, § 4º, da CF, e a LIA não tratam de “improbidade”, e sim de “improbidade administrativa”. Ao seu turno, o termo “improbidade administrativa” depende de conformação por parte do legislador infraconstitucional. Dessa forma, é descabida a tentativa de reduzir o “ato de improbidade administrativa” apenas à desonestidade. O bem jurídico em questão tutela a probidade administrativa que, conforme contornos constitucionais e legais, trata da moralidade e da probidade administrativa, seja ela sob o aspecto da honestidade funcional, zelo com o erário ou da

lealdade e imparcialidade. Nesse sentido, é possível que a LIA abranja não apenas os atos dolosos de corrupção, mas também as condutas negligentes e que demonstram pouco zelo com o trato da coisa pública.

26. 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.

27. 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. Nesse ponto, o princípio da culpabilidade e o princípio da legalidade ganham relevância.

28. Pelo princípio da culpabilidade, é necessário verificar se realmente há culpa em sentido *lato* na prática do ato de improbidade administrativa pelo agente público. Repudia-se a responsabilização objetiva, sendo necessário, nesse campo punitivo, a verificação da responsabilidade subjetiva.

29. Pelo princípio da legalidade, as condutas devem estar previamente descritas em lei. Logo, não há como aceitar que os tipos previstos na LIA e em legislação extravagante constituem rol exemplificativo de condutas. Pelo contrário, em face do princípio da tipicidade, é incabível aceitar que possam existir condutas ilícitas e puníveis sem que estejam previamente tipificadas em lei. O rol de condutas previstas na LIA e em legislação extravagante é, portanto, taxativo.

30. Essa conclusão não afasta a possibilidade de reconhecer que os tipos gerais previstos nos *caputs* dos artigos 9º, 10 e 11, da LIA, constituem um tipo próprio e tampouco que uma conduta poderá ser eventualmente tipificada como ato de improbidade apenas com base neles. Em verdade, há relativa autonomia dos tipos específicos previstos nos incisos em relação aos tipos gerais previstos nos *caputs*. O critério de categorização dos tipos se deu em face do bem jurídico protegido por cada artigo; o art. 9º engloba condutas que ofendem a honestidade funcional, o art. 10 e 10-A abarcam condutas que ofendem o zelo com o erário, e o art. 11 abrange condutas que ofendem os princípios da lealdade e da imparcialidade.

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. 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.

35. 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, sob pena de uma completa banalização da improbidade.

36. O princípio da insignificância não se confunde com o princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade norteia toda a atividade decisória punitiva, incidindo sobre todas as suas fases, ao passo que o princípio da insignificância incide apenas sobre a tipicidade da conduta. 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* para a improbidade administrativa.

37. O juízo da insignificância é binário. Ou a conduta é insignificante, ou é significativa perante a improbidade administrativa. Pelo princípio, afasta-se totalmente a aplicação de qualquer sanção prevista na LIA, vez que a conduta insignificante é atípica. Dessa forma, o princípio da insignificância não serve como critério para dosimetria para aplicação de sanção.

38. O princípio da insignificância na improbidade administrativa, tal qual ocorre no Direito penal, deve ser verificado no caso concreto. No entanto, pode-se utilizar alguns critérios referenciais para sua verificação, tais quais: (i) mínima ofensividade que a conduta do agente pode causar ao bem jurídico da probidade administrativa; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Sem embargo, esses critérios referenciais não são taxativos e poderão ser modulados a depender da análise sobre o caso concreto.

39. O elemento subjetivo, dolo e culpa, é irrelevante para a verificação da insignificância na improbidade administrativa. O princípio da insignificância afasta a tipicidade material sobre uma conduta, então, presume-se que essa conduta é formalmente típica. O elemento subjetivo é componente que compõe a conduta formalmente típica. Sem o elemento subjetivo, a conduta é formal e materialmente atípica.

40. A conduta materialmente atípica nasce insignificante para a improbidade administrativa. Trata-se de um atributo que acompanha a conduta durante todo o trâmite de apuração administrativa ou durante o processo judicial. Dessa forma, a insignificância pode ser reconhecida em qualquer momento processual, seja no âmbito administrativo ou no âmbito

judicial. A confissão do agente sobre a ocorrência da conduta insignificante também não é passível de alterar sua natureza, pois, em última análise, houve apenas a confissão de um ato que pode ser ilícito, mas é atípico para fins de improbidade administrativa.

41. O princípio da insignificância está alheio à possibilidade de transacionamento no âmbito da improbidade. Isso porque a formalização de um acordo para ressarcimento ou abrandamento na aplicação da sanção implica em reconhecer que a conduta constitui efetivamente improbidade administrativa. A conduta insignificante sequer é um ato de improbidade administrativa, não devendo incidir qualquer sanção prevista na LIA.

42. A aplicação do princípio da insignificância aos tipos previstos na LIA depende da verificação se a conduta formalmente típica atingiu, de maneira relevante, o bem jurídico protegido pela LIA. Considerando que a probidade administrativa é decomposta em três grandes categorias, a insignificância deve incidir sobre todos os bens jurídicos protegidos pelos artigos 9º, 10 e 11. Assim, é possível uma conduta ser materialmente atípica para determinado artigo, mas não para outro. No caso de condutas pluriofensivas, o grau de lesão ao bem jurídico deve nortear a devida subsunção desta aos tipos gerais.

43. A independência dos tipos previstos nos incisos em relação ao tipo geral previsto no *caput*, havendo tipos específicos que dispensam o resultado exigido pelo tipo geral previsto no *caput*, significa reconhecer que não é o resultado da conduta o critério categorizador na LIA, mas sim o bem jurídico específico. Assim, o art. 9º reúne todas as condutas que ofendem de alguma maneira a honestidade funcional, o art. 10 congrega todas as condutas que ofendem o dever de zelo com o erário e o art. 11 trata das condutas que ofendem os deveres de lealdade e parcialidade. Desse modo, a insignificância não é verificada apenas por meio do resultado, mas também pelo modo como ela é praticada e se a conduta, ainda que desprovida de significância econômica, também atingiu algum desses bens jurídicos sob o ponto de vista axiológico.

44. O ato de improbidade de pequeno potencial ofensivo, objeto de discussões doutrinárias e de propostas legislativas, constitui um ato que é formal e materialmente típico no âmbito da improbidade administrativa. No entanto, apesar de constituir efetivamente um ato de improbidade administrativa, possui uma lesividade menor, demandando proporcionalidade em seu sancionamento. Sobre esse ato não incide o princípio da insignificância, pois este incide apenas

sobre as condutas atípicas, ao passo que a improbidade de pequeno potencial ofensivo é um ato típico.

45. A jurisprudência ainda é vacilante em reconhecer a aplicabilidade do princípio na improbidade administrativa. Entretanto, o posicionamento de que “condutas meramente irregulares” não constituem ato de improbidade, em verdade, é reconhecer que essas condutas são materialmente atípicas e, portanto, insignificantes. Nota-se que há uma aceitação implícita do princípio. Sem embargo, há precedentes do STJ reconhecendo expressamente a aplicação do princípio da insignificância em determinados casos. Isso constitui um evidente avanço, ainda que não haja uma uniformidade no entendimento dos tribunais quanto ao tema.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- 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.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial* 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar., 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr., 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 98, p. 97-178, set/out., 2012.
- BRITTO, Lucas Galvão de. Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Vol. 1: *parte geral (arts. 1º a 120)*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do ministério público. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v. 1, p. 160-183.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DICEY, A.V. *An introduction to the study of the law of the constitution*. 9. ed. Oxford: Macmillan, 1945.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 7: *responsabilidade civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 25-50, 2008.

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, Emerson. Improbidade administrativa é sinônimo de desonestidade? *In: Ministério Público Federal; 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (Org.). Avanços e Desafios no Combate à Corrupção Após 25 Anos de Vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: Ministério Público Federal, 2018, v. 1, p. 17-26.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Mônica Nicida. Três Convenções Internacionais Anticorrupção e seu impacto no Brasil. *In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Mendicância: deixou de ser infração penal*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 05 mar. 2019.

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

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal*. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

HARGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. *Interesse Público*, v. 58, p. 165-181, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JESUS, Damásio. *Direito penal. Vol. I: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio. Direito penal. Vol. 4: *parte especial: Crimes contra a fé pública a crimes contra a Administração Pública*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LANGER, Susanne K. *An Introduction to Symbolic Logic*. 2. ed. New York: Dover Publications, 1953.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, p. 104-120, 2016.

MARRARA, Thiago. “Pequenas improbidades?”. *GEN Jurídico*, 15 ago. 2017, disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/15/pequenas-improbidades/>.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Disposições finais da Lei de Combate à Corrupção. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (org.). *Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 548-582.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da presunção de inocência do servidor público - no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 233, p. 7-12, jul./set., 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e ação civil de improbidade administrativa: limites de instauração*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 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.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOLASCO, Rita Dias. *Ação de Improbidade Administrativa: Efeitos e Efetividade da Sentença de Procedência*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhaes. *Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral / parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

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.

PEREIRA, Felipe Dudienas Domingues. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade em atos de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 237-263, out./dez., 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TARSKI, Alfred. *Introduction to logic and to the methodology of the deductive sciences*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 274, abr., 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5053>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.