



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicação do princípio da insignificância aos
crimes contra a Administração Pública

Fernanda Borges Xavier

Rio de Janeiro
2013

FERNANDA BORGES XAVIER

A aplicação do princípio da insignificância aos
crimes contra a Administração Pública

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2013

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fernanda Borges Xavier

Graduada pela Universidade Cândido Mendes-
Niterói. Assessor jurídico do Ministério Público.

Resumo: O princípio da insignificância não está previsto no ordenamento jurídico pátrio, sendo uma construção da doutrina e da jurisprudência. Visa o postulado a afastar a tipicidade material, ensejando a não-punição da conduta, a princípio formalmente típica, tendo em vista que o bem jurídico tutelado não foi lesionado de forma tal, que justifique a incidência do ramo mais gravoso do Direito, qual seja, o Direito Penal. A essência do trabalho está na análise da jurisprudência acerca da aplicação do princípio aos crimes contra a Administração Pública.

Palavras-chave: Crime. Insignificância. Administração pública. Aplicação jurisprudencial.

Sumário: Introdução. 1 A insignificância no Direito Penal 2. Dos crimes contra a Administração Pública 3. Da adoção do princípio pela jurisprudência pátria 4. Da aplicação do princípio aos crimes contra a Administração Pública 5. Posicionamento jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância incide ao caso concreto quando presentes os requisitos elencados pelo Pretório Excelso, isto é, quando a conduta, a princípio criminosa, é formalmente típica, prevista em lei como crime, mas a sua prática não é capaz de causar uma lesão grave ao bem jurídico tutelado pela norma, não causando uma ofensividade ao bem, a ponto de se fazer necessária a atuação do Direito Penal para a solução da questão. Desse modo, foi construído o referido princípio, pela doutrina e pela jurisprudência, visando a afastar um dos elementos formadores do crime, a tipicidade material, e, sendo a conduta

atípica, não há que se falar em delito, quando se fizer presente a sua incidência no caso concreto.

Como fulcro ao trabalho aborda-se o Direito Penal, no que se refere ao Princípio da Insignificância, partindo, então, para a conceituação de crime e sua classificação; a seguir, contempla-se o conceito do citado princípio, a sua origem histórica, das espécies de bagatela e a aplicação do postulado no que concerne aos crimes contra a Administração Pública pelos Tribunais Superiores, seguido de exemplos de julgados em busca da resposta para a questão proposta.

1-O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

O sistema penal compreende as normas editadas pelo Estado que definem os crimes e as contravenções. O Estado civilizado utiliza-se do Direito penal como forma de controle das condutas que se mostrem contrárias à vida em sociedade. Assim, o princípio da insignificância é estudado no campo do Direito Penal, que é o modo de controle social mais formal que existe, visando tal princípio a afastar a captação, para dentro do sistema punitivo, de fatos sem relevância.

1.1-DO CONCEITO DE CRIME

O doutrinador Guilherme Nucci¹ conceitua crime sob três aspectos: material, formal e analítico. No aspecto material, o crime seria uma conduta ilícita, sob ameaça de aplicação de pena em respeito ao anseio da sociedade; no formal, o crime constitui uma conduta ilícita, sob ameaça de aplicação de pena, desde que assim esteja previsto em lei e no aspecto analítico o delito é conduta típica, ilícita e culpável.

¹ NUCCI, Guilherme. *Direito Penal*-parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.83.

Segundo Mirabete,² porém, em função do caráter dogmático do direito penal, o conceito de crime é essencialmente jurídico. Porém o Código Penal vigente no ordenamento pátrio não apresenta o conceito de delito, deixando, assim, essa tarefa ao encargo da doutrina.

O crime pode ser conceituado de 3 (três) formas: material, formal e analítico.

Pelo conceito material de crime, entende-se este como toda conduta que viole os bens jurídicos mais importantes do Estado e por sua definição formal, tem-se que delito é o atuar que colida com a Lei Penal formalmente editada pelo Estado.

O aspecto material³ do delito se refere à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

O último aspecto é o analítico, que, dependendo da teoria adotada (Teoria Finalista-bipartida ou tripartida, Causalista, Funcionalista, etc.), assume diferentes conceituações.

Segundo o Código Penal Brasileiro, adotando a Teoria Finalista, o crime é um fato típico, ilícito e culpável, pressupõe uma conduta humana (omissiva ou comissiva) contrária ao ordenamento jurídico, sujeita a uma sanção.

1.2- DOS PRINCÍPIOS

Os princípios são espécies de normas que possuem maior abstração que as regras (segunda espécie de normas); são vetores de aplicação das normas, irradiam o sistema normativo, servindo como fonte de interpretação e de integração do Direito Positivo.

Ex. princípio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal (artigo 5º da CR, incisos LIV e LV);

² MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*-parte geral.28 ed. São Paulo: Ed. Atlas SA, 2012. p. 80.

³ Disponível em: http://www.tj.se.gov.br/esmese/phpSecurePages/documentos/veronicalazar/teoria_crime.pdf
Acesso em: 29.abr.2013

No caso da insignificância, terá especial relevo o princípio da razoabilidade, que será aplicado juntamente com a bagatela, sendo aquele utilizado quando se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, razão pela qual consiste em uma importante ferramenta de controle no Brasil. Leciona a professora Flávia Bahia Martins⁴ que tal princípio guarda a idéia de equilíbrio, de moderação e de harmonia, buscando atender ao que é aceito pelo senso comum, visando a alcançar a justiça e por isso contém natureza subjetiva e abstrata.

1.2.1- DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CONCEITUAÇÃO E ORIGEM

O princípio da insignificância, também chamado princípio da bagatela, é uma construção doutrinária e jurisprudencial, que não possui previsão legal, exceto o previsto no artigo 209 § 6º do Código Penal Militar, sendo uma ferramenta que auxilia o intérprete da Lei Penal, quando de sua aplicação. Possui o papel de filtro, de causa de exclusão da tipicidade material da conduta. Não há uma conceituação precisa do postulado bagatelar, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência estabelecer as bases de seu entendimento e os requisitos para a sua incidência.

Sua origem histórica é muito controvertida, tendo surgido em Roma, sendo retomada a sua aplicação na Alemanha, onde pequenos furtos eram praticados, e se entendia que essas condutas não eram socialmente relevantes, embora fossem típicas, e definidas como crimes, mas não causavam uma lesão expressiva ao bem tutelado, a ponto de serem punidas. Desde o século XIX, a Doutrina Penal tenta recuperá-lo. Segundo Luis Flavio Gomes⁵, vários penalistas, vêm contribuindo nesse sentido para isso: Von Liszt; Roxin; Bauman; Soler; Zaffaroni, etc. Sendo mais apropriado falar que o instituto foi redescoberto por Claus Roxin em 1964, passando-se a notar que a Dogmática Penal deve ser aberta, havendo uma maior

⁴ BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Niterói: Impetus, 2011.p.25.

⁵ Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes da tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 40.

preocupação com o seu resultado final, com valores como a justiça e não apenas com o formalismo, com o Direito Positivado como era outrora.

A forma puramente legalista de se estudar o Direito Penal encontra-se ultrapassada, pois nenhuma consideração subjetiva ou valorativa era possível de ser feita, o que não cabe atualmente, principalmente a se levar em conta o modelo de Estado vigente em no ordenamento jurídico pátrio (Constitucional e Democrático de Direito), que é pautado na vontade do Povo, em que a Lei deve valer para todos indistintamente e todos a ela devem submeter-se, consoante o disposto no artigo 1º *caput* e parágrafo único da Constituição da República. O Direito Penal moderno não segue um raciocínio lógico, puramente positivista.

Por este princípio, como salienta Eugênio Raul Zaffaroni⁶, entende-se que o Direito Penal não deve ocupar-se de bagatelas, ou seja, não deve dedicar-se a condutas que não atinjam a sociedade como um todo, não devendo a norma violada ser analisada de forma isolada, pois por essa concepção, o crime não é uma mera desobediência à lei penal imposta pelo Estado, mas também uma conduta que cause grave ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma. Assim, a insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser verificada a partir da análise conglobada da norma, no sentido de que a finalidade da ordem normativa é evitar uma guerra civil, garantindo a paz social. Com o citado postulado, afasta-se a tipicidade material, ensejando a atipicidade da conduta analisada, já que crime, pelo seu conceito analítico e pela teoria tripartida, é: fato típico, ilícito e culpável (Teoria desenvolvida por Hans Welzel⁷ na década de 1930, na Alemanha), tendo correlação com a Teoria Finalista da ação, adotada pelo Código Penal com a reforma de sua parte Geral de 1984, em que a finalidade é o cerne da conduta humana, observando-se a intenção do agente para a imputação da conduta criminosa ao mesmo, contrapondo-se à Teoria Causalista ou Teoria Clássica.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*- parte geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 487.

⁷Ibid. p. 488.

1.2.3- PRINCÍPIOS E TEORIAS RELACIONADOS AO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA

Atualmente, deve o Direito Penal, como sendo a última *ratio*, ser analisado de forma sistemática, com a análise de vários princípios, em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se ainda a Teoria Constitucionalista do Delito⁸.

Tal Teoria tem por premissa a ideia de que a afetação ao bem jurídico, quando da prática do delito, deve ser concreta, transcendental, grave e intolerável, somente se referindo a bem jurídico de extrema relevância, que mereça a efetiva proteção estatal, pois somente se justifica a interferência do ramo mais gravoso do Direito, em casos tais, já que o Estado Constitucional brasileiro tem como eixo fundamental as garantias fundamentais elencadas no artigo 5º da Constituição da República, dentre elas o direito à liberdade, que será atingido quando presentes os requisitos acima elencados, pois o modelo pátrio de Direito Penal se funda na pena de prisão, restringindo esse direito fundamental, podendo-se dizer que é um dos mais fundamentais direitos assegurados pela Carta Magna, pois está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III da Constituição Federal, que é o seu eixo axiológico, o seu fundamento.

Nessa seara, vale ainda mencionar a Teoria do garantismo penal, desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli, que se baseou nas garantias do cidadão frente ao poder-dever de punir do Estado, fazendo ele um paralelo entre cidadão e Estado, entre o mais fraco e o mais forte, destacando as garantias do cidadão, principalmente a da liberdade, pautando-se pela limitação ao arbítrio estatal face ao indivíduo a ele subordinado.⁹ Ensina o autor que o garantismo nasceu com o Iluminismo, no século XVIII, na França, tendo por objetivo limitar o poder estatal soberano, a partir de quando houve um profundo desenvolvimento dos direitos sociais.

⁸ Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090916110242949&mode=print
Acesso em: 30.abr.2013

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* - teoria do garantismo penal, 2. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 91.

Dessa forma, sua doutrina visava a garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, limitando o poderio estatal.

São várias as bases que fundamentam a não-incidência do Direito Penal, quando se trate de infrações bagatelares, como os princípios: do dano social (somente merece pena a conduta que ultrapasse a esfera autor-vítima, atingindo, lesando, a coletividade), da ofensividade (reprovável e grave lesão a bem jurídico), da objetividade jurídica (exclusiva proteção de bens jurídicos que mereçam efetivamente a tutela do direito penal), da adequação social, princípio este que ganhou força no Direito Penal com Welzel, sendo estudado dentro da Teoria do Delito, referindo-se a condutas que são aceitas de um modo geral pela sociedade, devido a seus costumes, crenças e, portanto, são afastadas da incidência do ramo mais gravoso do Direito.¹⁰

Também deve ser observado o princípio da proporcionalidade, pois a liberdade é bem jurídico de extrema relevância, somente devendo haver a sua restrição quando o agente, concretamente e de forma grave, ofenda bem de igual importância. Assim, a proibição do excesso é o fundamento para se afastar a responsabilidade penal, quando se estiver diante de conduta insignificante. Vale salientar, pois, que será, nesses casos, afastada a responsabilidade penal, porém não o será, a responsabilidade administrativa, a civil ou a tributária, por exemplo.

Nesse contexto, deve ser citada a Teoria da Tipicidade Conglobante, de Eugênio Raúl Zaffaroni,¹¹ que, em síntese, poderia ser descrita nestes termos: o que está permitido ou fomentado por uma norma não pode estar proibido por outra, ou seja, leva em consideração o fato globalmente, isto é, a conduta para ser considerada criminosa, deve estar proibida de modo global pelo ordenamento jurídico, devendo o juízo de tipicidade ser feito de forma

¹⁰ Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/pedrohenriquechaib/2012/10/30/principio-da-ofensividade-e-sua-importancia-para-o-direito-penal/> acesso em 29.04.2013

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*- parte geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 399.

sistemática, considerando-se o sistema normativo de forma universal, pois se a conduta for permitida por outros ramos do Direito, como o civil, o administrativo, não pode ela ser vedada pelo Direito Penal, tendo em conta a unicidade do ordenamento jurídico, sendo esta Teoria a base da Teoria Constitucionalista do Delito. Para esse autor, a tipicidade legal (adequação à formulação legal do tipo) + a tipicidade conglobada (a conduta legalmente típica também está proibida pela norma) = tipicidade penal. Assim, sendo o fato um direito, não pode ele ao mesmo tempo ser uma conduta delituosa. Portanto, para essa Teoria, o fato criminoso, só o é, se violar todo o ordenamento jurídico, globalmente considerado.

Estando afastada a tipicidade material (critério pelo qual se afere a importância do bem jurídico protegido no caso concreto), não há que se falar em conduta típica e não sendo típica a conduta, não há crime, pois, para ser configurada como crime, deve ela ser típica, ilícita e culpável, de acordo com a Teoria Finalista Tripartida.

1.2.4. DOS REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA BAGATELA

Para fazer-se incidir ao caso concreto o princípio da bagatela, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a necessidade da presença dos seguintes requisitos:

- a-mínima ofensividade da conduta;
- b-inexistência da periculosidade social da ação;
- c-reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- d-inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Assim, nessa esteira, atende-se ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, já que esse ramo do Direito deve atuar como a *ultima ratio*, somente quando os bens jurídicos de maior relevância, tutelados pelo Estado forem atingidos.

Por esse modo de pensar, deve-se buscar a solução mais justa para o caso concreto, a entender-se que as infrações bagatelares não merecem ser punidas, pois do contrário, ensejar-se-iam situações aberrantes, além de se provocar um assoberbamento desnecessário do Poder

Judiciário, dando atenção a casos sem relevância, quando outros, relevantes, poderiam estar sendo analisados.

1.3- DA BAGATELA

Neste ponto, cabe dizer-se algo sobre bagatela.

A doutrina¹² classifica a bagatela em duas espécies: a própria e a imprópria. A própria trata de hipótese em que a conduta praticada já nasce insignificante, fazendo-se incidir o princípio em comento. Não há que se pesquisar o *animus* do agente ou os seus antecedentes, pois o fato é atípico, não há crime. O exemplo seria o de uma inundação (resultado), que tenha prejudicado milhares de moradores, resultando imenso prejuízo. No entanto, a conduta supostamente típica é a de agregar-se um copo d'água aos 10.000 (dez mil) litros de água, que causou a inundação. Sendo indiscutível, no caso, que não há o desvalor da ação, não havendo conduta típica.

Já a imprópria cuida de fato que não nasce desimportante, mas, a pena, ao final, torna-se desnecessária, incidindo aqui o princípio da irrelevância da pena. Aqui, o exemplo clássico seria o acórdão da 8ª Turma do TRF da 4ª Região (Apelação Criminal 2003.70.03.009921-6-PR), que reconheceu pela primeira vez no Brasil, a desnecessidade da pena num caso de descaminho, em que foi adotado o limite de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para a incidência de tal princípio.

2-DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹² Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes da tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 43.

Num primeiro momento, devem ser analisadas as espécies de crimes contra a Administração Pública e o objeto jurídico tutelado pelos tipos penais sobre o tema, bem como os princípios reitores da matéria.

2.1- DO OBJETO JURÍDICO TUTELADO

Ensina o Doutrinador Rogério Greco¹³ que as espécies de crimes contra a Administração Pública constituem um dos mais nefastos e devastadores tipos de infrações praticadas em uma sociedade, pois com a sua prática a Administração Pública é atingida diretamente, porém, milhares de pessoas são indiretamente afetadas, como por exemplo, quando da prática do crime de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal, em que, *e.g.*, um funcionário público desvia verbas públicas na construção de uma obra pública, com isso, lesionando profunda e indiretamente inúmeros cidadãos, pois o dinheiro desviado poderia estar sendo empregado na construção de escolas públicas, de hospitais, na contratação de médicos, na compra de equipamentos hospitalares, evitando-se assim, muitos males dos quais padecem a sociedade brasileira.

Estudar os referidos delitos é de suma importância, principalmente quando se leva em consideração que os mesmos ocorrem cotidianamente no Brasil.

Trata-se de crimes que atentam contra o interesse público, a normalidade funcional, o decoro, a moralidade, a probidade, o prestígio e o funcionamento regular dos órgãos e instituições públicos. São infrações de extrema gravidade, pois o Estado deixa de cumprir com funções essenciais, que lhe são atribuídas constitucionalmente, e passa a financiar particulares, privilegiando poucos em detrimento de muitos.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*- parte especial. 9 ed. Niterói. Impetus, 2013. p. 389.

Ressalta ainda o autor a alto grau de lesividade dos referidos delitos, ao compará-los com os crimes contra a pessoa, constantes do Título I do Código Penal, pois um homicida mata uma ou algumas pessoas, ao passo que o agente praticante do delito contra a Administração Pública provoca um verdadeiro extermínio, atingindo uma quantia indeterminada de pessoas. Tais delitos se encontram positivados nos artigos constantes do Título XI do Código Penal. Nesse contexto, cabe asseverar o que se entende por Administração Pública.

2.2- DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sendo a Administração Pública, em sentido formal e material, o conjunto de órgãos e de Pessoas Jurídicas que realizam as funções administrativas e a atividade que o Estado realiza para atingir os objetivos da coletividade, busca-se tutelar, ao se positivarem os crimes contra a mesma, o interesse público, a normalidade funcional, a moralidade, a eficiência e o funcionamento regular dos órgãos e das instituições públicas.

Em sentido amplo, pode ser ela entendida como o conjunto de atividades preponderantemente executórias, as quais são praticadas pelas Pessoas de Direito Público e por suas delegatárias, que, para tanto, gerem os interesses públicos perseguidos pelo Estado, abrangendo tanto a chamada Administração Direta, consistente nos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto a Administração Indireta (Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas).

A Administração Pública tem como assegurados os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37, *caput* da Constituição da República, cabendo a ela zelar pela coletividade, pelo interesse público. Tais princípios funcionarão como garantia não só à Administração, mas também aos cidadãos.

Nesse sentido, buscou o Legislador Infraconstitucional, ao positivar as condutas descritas no capítulo XI do Código Penal, e em Leis Esparsas (como e.g. Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4.898/65, o Decreto-Lei 201/67-que rege os crimes cometidos por prefeitos, a Lei de Licitações Lei 8.666/93), proteger a Administração de particulares que com ela se relacionem e de seus agentes públicos, a fim de zelar pela probidade e pelo decoro que devem regê-la.¹⁴

2.3 CRIMES FUNCIONAIS-CLASSIFICAÇÃO

Os crimes funcionais podem ser praticados pelos particulares ou por aqueles que atuam em nome da Administração Pública. Quando tais delitos forem praticados por agentes que atuam em nome do interesse público, classificam-se como funcionais, dividindo-se estes em próprios e impróprios.

As infrações funcionais próprias são aquelas em que a qualidade de funcionário público é essencial à configuração do delito, podendo ser citado como exemplo o delito de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal.

Por outro lado, há as espécies de delitos funcionais que podem ser praticados tanto por particulares, quanto pelos agentes públicos, a exemplo do crime de peculato, previsto no artigo 312, § 1º do Código Penal, muito semelhante ao crime de furto, disposto no artigo 155 do mesmo Diploma Legal, o qual tem como objeto jurídico tutelado o patrimônio, sendo classificado (o delito de peculato) como crime funcional impróprio.

¹⁴ BALTAZAR, José Paulo. *Crimes Federais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.500.

2.4- FUNCIONÁRIO PÚBLICO

De igual modo, a redação do artigo 327 do Código Penal é de suma importância, quando da análise das espécies de crime em estudo. O dispositivo define o que se entende por funcionário público para efeitos penais, sendo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública.

O ocupante de cargo público é o funcionário público em sentido estrito, ocupando lugar na estrutura da Administração Pública, sendo-lhe conferido estabilidade. Já o empregado público normalmente exerce atividades temporárias, sendo regida a sua relação de trabalho pela CLT e contribuindo ele para o Regime Geral de Previdência Social, ao passo que o ocupante de cargo, contribui para Regime Próprio de Previdência Social.

A função pública pode ser definida como um conjunto de tarefas, a atividade em si, prestadas por aqueles que atuam em nome do Estado-Administração.

Dos crimes tipificados no Título XI do Código Penal, os de maior incidência prática são os de peculato, os de corrupção e os de descaminho. Tais delitos são de ação pública incondicionada, devendo a autoridade administrativa tomar as providências cabíveis, sob pena de responsabilidade. No âmbito administrativo, os fatos delituosos, devem ser apurados via sindicância, inquérito ou processo administrativo e em sendo esses fatos de maior gravidade, devem ser encaminhados ao Ministério Público, titular da ação penal pública, nos termos da Constituição Federal, artigo 129, I, para que determine providências no âmbito criminal.

3-DA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO PELA JURISPRUDÊNCIA- PRIMEIROS JULGADOS

O princípio em tela encontra cada vez maior aceitação nos Tribunais Superiores, apesar de não estar previsto no ordenamento jurídico, exceto pela previsão no Código Penal Militar, em seu artigo 209 §6º.

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foi proferida 1988, no Recurso em *Habeas Corpus* 66.869/PR, tendo sido afastada a tipicidade de lesões corporais em acidente de trânsito diante da pequena afetação do bem jurídico.

Dez anos depois, em caso de crime contra a Administração Pública, o STF voltou a aplicar o princípio da insignificância, nos autos do HC 77.003-4. Sendo, na ocasião, constatada a insignificância da contratação de servidor sem concurso público por curto período de tempo.

Para o Penalista Luiz Flávio Gomes, a decisão mais paradigmática na jurisprudência brasileira é a que foi proferida no HC 84412-SP, cuja ementa segue *in verbis*:

[...] O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma,

julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963)

Há situações em que o princípio em questão é ignorado nas três instâncias do Poder Judiciário, chegando então ao STF casos aberrantes, por meio de *habeas corpus*, como por exemplo, de furtos de objetos de pequeno valor.

Nesses casos, tanto a 1ª, quanto a 2ª Turmas do STF têm concedido a ordem para anular o processo.

Ressalta o professor Pierpaollo Botinni¹⁵ que as primeiras decisões da Corte reconheceram a incidência do princípio nos mesmos casos em que mais tarde seriam rechaçados por ela própria, ou seja, crimes contra a Administração Pública e crimes com violência culposa. O professor salienta a dificuldade encontrada pelo Pretório Excelso em adotar o princípio ao longo do tempo, demonstrando que, após 14 anos da primeira decisão sobre o tema, a ausência de pronunciamento legislativo sobre o assunto dificultava a sua adoção. No Julgamento do HC nº 81734 a Corte afastou o princípio em um caso de posse de entorpecente em unidade militar, ao argumento de falta de precisão do instituto e da ausência de previsão legislativa, e não pela reprovabilidade do comportamento em si.

Já no julgamento do HC 84412/ SP, em 2004, em caso em que reconheceu a bagatela num crime de furto, o Supremo Tribunal Federal traçou os requisitos para a aplicação do princípio, quais sejam: 1- mínima ofensividade da conduta, 2-reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, 3- ausência de periculosidade social da ação e 4-inexpressividade da lesão jurídica causada. Tais critérios são vagos e muito abrangentes, o que proporciona uma aplicação díspar, desigual do postulado, ensejando decisões aleatórias, o que demonstra a dificuldade de se trabalhar com o instituto.

¹⁵ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao> acesso em: 28.abr.2013

O princípio, que no início era aplicado a crimes contra o patrimônio, passou a incidir em crimes ambientais, trabalhistas, fiscais, etc. E quanto ao valor, o tema também é conflitante havendo decisões que negam o princípio mesmo diante de pequenos valores e outras que afastam a sua aplicação mesmo que diante de valores vultosos, como nos crimes de sonegação fiscal, contra a ordem tributária, em que se considera irrelevante a lesão quando o valor for inferior a 10 mil reais, com base na Lei 10.522/2002, artigo 20, sendo suspensa a execução fiscal.

A matéria não está pacificada na Suprema Corte, sendo este um tema ainda em construção.

Após se conhecer o básico sobre o questionamento em pauta, seguem-se, então, exemplos de decisões quanto à aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela) pelos Tribunais Superiores e sua aplicabilidade aos crimes contra a Administração Pública, ainda como evidência ao trabalho.

4- DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há situações em que o princípio em questão pode ser aplicado aos crimes contra a Administração Pública, no entanto, o tema não é pacífico e os Tribunais Superiores divergem a respeito. Será necessário, sempre fazer uma análise casuística, pautada pelo princípio da razoabilidade para a possibilidade ou não da incidência do mencionado postulado.

A exemplo de sua incidência em crimes dessa natureza, poder-se-ia citar o crime de peculato-furto, em que um funcionário público subtrai uma caixa de clips da Administração ou alguns lápis, não se afigurando razoável que responda pelo referido delito previsto no artigo 312 do Código Penal, sendo necessária a aplicação do princípio da bagatela, de modo a

afastar a tipicidade penal, posto que a lesão causada ao bem jurídico é mínima, não sendo caracterizada a reprovabilidade de seu comportamento.

O mesmo não se pode dizer diante de um crime de sonegação de impostos, cuja soma do valor sonegado seja elevada, ainda que não se atinja o mínimo para a cobrança, exigido pela administração. É o que a Corte Suprema vem entendendo, consoante o que fora decidido no HC nº 92438, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que, no crime de descaminho, deve ser considerado o disposto no artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, e, em sendo os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais, os mesmos serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. No caso em tela, o montante de impostos supostamente devido pelo paciente era inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor. Dessa forma, a Corte considerou que, na hipótese, estava ausente a justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Aplicou ao caso, os Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, e da intervenção mínima que regem o Direito Penal, considerando não haver lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Assim, concedeu-se a ordem, para determinar o trancamento da ação penal.

O crime de contrabando/ descaminho está tipificado no artigo 334 do Código Penal e, em sua primeira parte (importar ou exportar mercadoria proibida) encontra-se o delito de contrabando próprio, enquanto na segunda parte do dispositivo (iludir no todo ou em parte o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria) está descrito o crime de descaminho ou contrabando impróprio. Assim, nota-se que num mesmo dispositivo estão elencados dois delitos de naturezas distintas, em que o crime de descaminho consiste na fraude no pagamento de tributos, corresponde à sonegação

fiscal, delito de natureza tributária, enquanto o delito de contrabando não atenta contra o erário público, pois não possui natureza tributária, mas visa a proteger outros bens jurídicos extra-fiscais, *e. g.* interesses econômicos-estatais.

Portanto, sempre deverão ser aferidos, caso a caso, a lesividade da conduta, o grau da reprovabilidade do comportamento, a lesão ao bem jurídico tutelado e, dependendo da hipótese considerada, será inaplicável, por exemplo, ao delito de peculato, o princípio da bagatela ou não, já que o bem jurídico tutelado, na hipótese, é o dever de lealdade à administração, isto é, a fidelidade do funcionário público no desenvolvimento de suas atividades e não o patrimônio em si. Mas só há como fazer essa avaliação diante do caso concreto. A título de exemplo, pode ser citado o acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em que o Relator Desembargador Poul Erik entendeu que o princípio da insignificância não se aplicava a crimes praticados por funcionários públicos nos delitos contra a Administração, naquela hipótese.

No julgado, foi condenada por peculato uma empregada dos Correios (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), que teria se aproveitado de sua função-- equiparada a de funcionária pública, nos termos da lei – a fim de falsificar a assinatura de uma cliente de Financeira, para fins de recebimento de um cartão de crédito, usando o mesmo em compras no valor de R\$ 189,70.

Em primeira instância, o prejuízo pelo uso do cartão foi considerado insignificante. Aplicou-se o princípio da bagatela. Porém, o relator do processo, Desembargador Federal Poul Erik Dyrland entendeu não ser pouco lesiva a conduta da funcionária dos Correios. Afirmou ser inaplicável ao delito de peculato o princípio da bagatela, já que o bem jurídico tutelado, na hipótese, é o dever de lealdade à administração, a probidade, a moralidade e o decoro do funcionário público no desenvolvimento de suas atividades e não o patrimônio.

4.1-OUTROS CASOS: CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Ainda que, na prática, o referido princípio tenha maior incidência aos crimes contra o patrimônio e aos crimes funcionais, há casos de aplicação do postulado em crimes contra a fé pública, crimes ambientais, trabalhistas, etc. Normalmente será aferida, além dos pressupostos acima mencionados, a reiteração ou não da conduta, que, se reiterada, presente estará a reprovabilidade do comportamento, o que afastará a incidência da bagatela.

Ainda, nesse campo, no que tange aos crimes contra a fé pública, há decisões que não admitem a aplicação do princípio em tela, em qualquer caso, quando se refira ao delito de falsificação de moeda, em virtude da periculosidade sistêmica do comportamento conforme de denota do seguinte exemplo (STF, HC 93.251), *in verbis*:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. DEZ NOTAS DE PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO. IMPOSSIBILIDADE DE QUANTIFICAÇÃO ECONÔMICA DA FÉ PÚBLICA EFETIVAMENTE LESIONADA. DESNECESSIDADE DE DANO EFETIVO AO BEM SUPRA-INDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto despicienda que não seja razoável a imposição da sanção. II - Mostra-se, todavia, cabível, na espécie, a aplicação do disposto no art. 289, § 1º, do Código Penal, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. III - Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco, para a imposição da reprimenda. IV - Os limites da culpabilidade e a proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo julgador monocrático, que substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos, em grau mínimo. V - Ordem denegada. (HC 93251, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-03 PP-00497 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 515-517)

Outros julgados entendem ser insignificante a falsidade diante de algumas circunstâncias (STF, HC 83.526), *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de moeda falsa exige, para sua configuração, que a falsificação não seja grosseira. A moeda falsificada há de ser apta à circulação como se verdadeira fosse. 2. Se a falsificação for grosseira a ponto de não ser hábil a ludibriar terceiros, não há crime de estelionato. 3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica. 4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu.(HC 83526, Relator(a): Min.

JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 07-05-2004 PP-00025 EMENT VOL-02150-02 PP-00271)

Nota-se que ainda há uma falta de consenso para a aplicação do postulado da bagatela no que tange à sua aplicação a crimes contra a fé pública. Há julgados que rechaçam a insignificância em qualquer hipótese, em se tratando de crime de falsificação de moeda, em virtude da periculosidade sistêmica do comportamento, podendo ser citado a título de exemplo o HC nº 93.251. Outros admitem a bagatela em delito que envolve a falsidade diante de algumas circunstâncias, *e.g.* HC 83.526.

Portanto, a análise será sempre casuística, e, nas espécies de delitos funcionais, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como os princípios regentes da Administração Pública, sobretudo aqueles disciplinados no artigo 37, *caput* da Constituição da República, consistentes na moralidade, na legalidade, na eficiência, bem como princípios infraconstitucionais reitores da matéria, como o da honestidade, do interesse público, da lealdade, do decoro, servirão como um norte na aplicação do princípio da bagatela aos crimes contra a Administração Pública.

5-POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Quando se trata de analisar esse princípio em face dos crimes contra a Administração Pública, convém verificar os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça principalmente quanto ao crime de contrabando/descaminho (que é contra a administração pública), os quais o Pretório Excelso considera como insignificantes quando se trate de pequenos excessos na importação de produtos. Neste sentido, a Corte Suprema, tem entendimento pacífico de que a importação de mercadorias de procedência estrangeira, iludindo o pagamento do imposto em valor inferior ao definido no art. 20 da Lei nº 10.522/02, consubstancia conduta atípica, tornando obrigatória a incidência do princípio da

insignificância. No entanto, em sendo reiterada a conduta, presente estará o alto grau de reprovabilidade do comportamento, afastando-se o princípio.

5.1- POSICIONAMENTOS DO STF

Nesse sentido, quando o delito de contrabando for praticado com habitualidade, ainda que o valor do débito tributário seja pequeno, fica afastada a aplicação do princípio da insignificância, diante da reiteração da mesma conduta criminosa. É que se depreende do julgado no HC nº 110964/ SC e em reiterados acórdãos, em que a Corte decidiu dessa forma.

O Exmo. Ministro Relator Gilmar Mendes, destacou que a jurisprudência da Suprema Corte assentou-se no sentido da aplicação do princípio da insignificância em casos a versar a hipótese da prática do crime de descaminho, quando o valor sonegado não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n. 11.033/2004.

Explicou ele, no julgamento do HC nº 110964, que pacientes foram condenados pela prática do delito de contrabando, haja vista que foram surpreendidos em posse de cigarros de origem estrangeira desacompanhados da regular documentação.

Assim, indagou-se o eminente Ministro se, em se levando em conta a jurisprudência firmada pelo STF no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o valor sonegado não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), poder-se-ia aplicá-lo também aos casos a envolver o delito de contrabando. E entendeu o Ministro que não, destacando as diferenças entre os tipos objetivos do contrabando e do descaminho. Salientou que, enquanto o contrabando corresponde à conduta de importar ou exportar mercadoria proibida, o descaminho corresponde à entrada ou à saída de produtos

permitidos, todavia elidido, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou de imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria.

No crime de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal, o objeto material sobre o qual recai a conduta criminosa é a mercadoria proibida (proibição absoluta ou relativa). Em outras palavras, o objetivo precípua dessa tipificação legal é evitar o fomento de transporte e comercialização de produtos proibidos por lei. Dessa forma, não é o caso de, tão somente, ser considerado o caráter pecuniário do imposto sonegado, mas, principalmente, a tutela, dentre outros bens jurídicos, da saúde pública. Sendo, no contrabando, maior o desvalor da conduta, devendo ser, portanto, afastada a aplicação do princípio da insignificância.

De igual modo, entendeu a Corte Máxima pela não aplicação do princípio da bagatela em caso de delito de estelionato praticado contra a Previdência Social, previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal. Utilizou como fundamentos o elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada, o que não legitimaria a aplicabilidade do postulado e o modo como deve ser aplicado o princípio ora estudado, salientando que a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, carece, entre outros fatores, além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Explicou o Ministro Relator Dias Toffoli, no julgado do HC nº 111918 que, ainda que se admitisse como norte para aferição do relevo material da conduta praticada pelo paciente, a tese de que a própria Fazenda Pública não promove a execução fiscal para débitos inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais) - Lei nº 10.522/02 -, remanesceria, na espécie, o alto grau de reprovabilidade da conduta praticada, fato que, por si só, não legitimaria a aplicabilidade do postulado da bagatela.

No caso em tela, o paciente, após o falecimento de terceira pessoa, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando um prejuízo ao INSS na ordem de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Assim, a Corte considerou que esse tipo de conduta contribui negativamente com o deficit previdenciário do regime geral, asseverando, no julgado, que este alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais e ainda acrescentando que, não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do deficit indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornasse comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade seria em muito agravada, e, em sendo ela responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros, necessita de especial proteção da norma. Daí porque aferiu o Supremo Tribunal Federal como elevado o grau de reprovabilidade do comportamento praticado no caso em comento. Foi esclarecido ainda que, segundo a jurisprudência da Corte, o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva.

Em outra decisão, a Suprema Corte assim entendeu, *verbis*:

Ementa: Habeas Corpus. Crime militar. Estelionato. Princípio da Insignificância. Tese defensiva não submetida à apreciação das instâncias inferiores. Supressão de instância. Restituição do objeto do delito e ausência de prejuízo ao erário. Irrelevância. Ausência de previsão normativa. Ordem denegada. A tese relativa à incidência do princípio da insignificância não foi submetida à apreciação do Superior Tribunal Militar, instância em que a defesa sustentou a “atipicidade da conduta por inexistir prejuízo patrimonial para a Marinha, tendo em vista que o material vendido foi restituído”, não tecendo qualquer consideração sobre a natureza bagatelar do delito em questão. A lei penal militar somente prevê a extinção da punibilidade em decorrência da reparação do dano no que concerne ao crime de peculato culposo (§§ 3º e 4º do art. 303, CPM), hipótese esta bem distinta do presente caso. O delito imputado ao ora paciente ofendeu o interesse estatal de zelar pela probidade, moralidade e fidelidade do servidor público para com a Administração Pública e seu patrimônio, pouco importando, no caso, a expressividade do valor pecuniário recebido pela “venda” ilegal ou como “gratificação pelo bom negócio oferecido”. Habeas corpus denegado. (HC 105676,

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 05-03-2012 PUBLIC 06-03-2012)

Portanto, ve-se que há casos em que se demonstra de suma importância a tutela da moralidade pública, entendendo que a mesma restou violada, “lesionada”, as Cortes Superiores não admitem a incidência da bagatela.

Por outro lado, no julgamento do HC nº 100942, cujo relator foi o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, a Corte se posicionou pela atipicidade material da conduta, entendendo ser o delito do artigo 334 do Código Penal puramente fiscal, ensejando a atipicidade material da conduta a incidência do postulado da bagatela, já que o tributo iludido foi inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No caso concreto, a paciente fora denunciada pela prática do crime de descaminho por iludir, no ingresso de mercadorias em território nacional, tributos no valor de R\$ 3.045,98. A ordem foi concedida para restabelecer a decisão do Juízo *a quo*, determinando que fosse rejeitada a denúncia, utilizando como fundamentos os princípios da lesividade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, bem como da insignificância, entendendo que este deve incidir quando o tributo iludido pelo delito de descaminho for de valor inferior a R\$ 10.000,00, ante o disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, que dispensa a União de executar os créditos fiscais em valor inferior a esse patamar.

Nota-se que a aplicação do princípio da bagatela deverá observar sempre a situação concreta, verificando se estarão presentes os requisitos para a sua incidência, como nos casos acima citados, em que, em regra, não será afastada a tipicidade do fato quando a lesividade da conduta transcender o âmbito individual, afetando a coletividade.

Interessante julgado foi proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por sua segunda Turma, em que por maioria foi concedida a ordem no *habeas corpus* de nº 107370/SP para absolver o paciente. *In casu*, ele fora denunciado pela suposta prática do crime de peculato, em virtude da subtração de 2 luminárias de alumínio e fios de cobre. A impetração do *Habeas Corpus* aduzia, ao alegar a atipicidade da conduta, que as luminárias: a) estariam em desuso,

em situação precária, tendo como destino o lixão; b) seriam de valor irrisório; e c) teriam sido devolvidas. A tese sustentada pela defesa foi acolhida e tida como razoável. Ressaltou-se que, em casos análogos, o STF teria verificado, por inúmeras vezes, a possibilidade de aplicação do referido postulado, enfatizando-se que a Corte, já tivera oportunidade de reconhecer a admissibilidade de sua incidência no âmbito de crimes contra a Administração Pública. Ademais, os bens seriam inservíveis e não haveria risco de interrupção de serviço. No entanto, a Min. Ellen Gracie, restou vencida, pois indeferiu a ordem ao argumento de que o furto de fios de cobre seria um delito endêmico no Brasil, provocando enormes prejuízos, bem como que o metal seria reaproveitável.

Nesse diapasão, dever-se-á verificar, no caso em análise, se as condutas lesivas afetaram ou não de forma significativa a vida em sociedade.

A Jurisprudência se mostra muito dividida quando da aplicação do referido princípio aos crimes funcionais, podendo-se ainda demonstrar tal afirmativa por meio de inúmeros julgados.

Em outra passagem, entendeu a Suprema Corte pela possibilidade da incidência do postulado bagatelar, em um caso de crime praticado por um ex-prefeito, previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. O Ministro Relator concedeu a ordem ao argumento de que para a incidência do referido princípio, apenas aspectos de ordem objetiva devem ser aferidos, não se levando em conta tão somente o fato de o paciente ter cometido o delito na condição de prefeito da municipalidade, já que se deve dar prioridade ao “fato-do-agente” e não ao “agente-do-fato”.

Embora tenha o STJ (Superior Tribunal de Justiça) entendido *in casu* inaplicável o princípio em tela, em razão da condição de Prefeito do condenado, e do baixo valor devido pelo agente público (R\$ 40, 00- quarenta reais) _ o que não teria relevância, pois se trata de

coisa pública, não devendo incidir o instituto da bagatela _ O Pretório Excelso sustentou a aplicabilidade do instituto, ao argumento de que apenas aspectos de ordem objetiva deveriam ser analisados a fim de se verificar a incidência do princípio em tela, tendo como base o direito penal do fato e não o direito penal do autor. Assim, entendeu-se não haver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, conforme o voto proferido pelo Exmo. Ministro.

Nesse mesmo sentido, segue a ementa de outro acórdão:

Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida. (HC 107370, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 21-06-2011 PUBLIC 22-06-2011)

Portanto, conforme a situação analisada, independente de o valor ser de pouca monta, e sendo a conduta do agente de grande reprovabilidade ou não, podem ser adotados posicionamentos diferenciados para uma mesma situação.

5.2- POSICIONAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça costuma variar de entendimento quanto ao manejo do princípio da bagatela, dependendo da situação fática analisada.

No âmbito do STJ entendimento majoritário tem sido pela não aplicação do princípio aqui comentado, ao argumento de o bem jurídico tutelado não ser o valor ínfimo, mas a moralidade administrativa. Neste sentido, *in verbis*:

STJ 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 de 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. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1275835/SC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 01/02/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para oferecimento da defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão. 2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça. 3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o iter processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação. 4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado. (HC 165.725/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 16/06/2011)

Dessa forma, nota-se que o STJ tem priorizado o bem jurídico tutelado (moralidade pública) em detrimento do valor ínfimo da lesão provocada ao bem.

No entanto, no sentido da aplicação da bagatela, a Corte da Cidadania vem entendendo conforme o STF, pela sua incidência ao crime de descaminho, quando o valor for inferior a dez mil reais, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 334 DO CP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. TRIBUTO DEVIDO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL PARA A COBRANÇA FISCAL. ART. 20 DA LEI 10.522/02. PRINCÍPIO INSIGNIFICÂNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O crime de descaminho deixa de existir ante a incidência do princípio da insignificância, pela atipicidade material da conduta de elidir tributo no valor igual ou inferior a dez mil reais, porquanto a administração não tem interesse em movimentar a máquina para fins de cobrança do referido valor. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1124116/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 26/10/2011)

Dessa forma, verifica-se que o princípio abordado, por não estar previsto no ordenamento jurídico, a não ser no Código Penal Militar, tem sido aplicado de acordo com o caso concreto, pautando-se, para tanto, o julgador pela verificação da relevância penal da conduta praticada e pela sua lesividade.

CONCLUSÃO

Dessa forma, o entendimento dos Tribunais Superiores quanto ao princípio abordado, no que se refere aos crimes contra a Administração Pública, é muito dividido, sendo algumas decisões pela sua aplicação, e outras não.

Assim, deve-se fazer uma ponderação de valores no caso concreto, levando-se em conta os princípios norteadores da Administração Pública (artigo 37 *caput* da Constituição da República) e a lesão provocada no caso a ser analisado, pautando-se sempre pelos critérios que orientam a aplicação do referido princípio: mínima ofensividade da conduta; inexistência da periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Portanto, a análise é casuística, devendo-se observar, ademais, o critério da proporcionalidade, levando-se em conta que o Direito Penal moderno é um direito penal do fato e não do autor, que está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Assim, os critérios a serem analisados devem ser de ordem objetiva. Trata-se de um tema ainda em construção, há não muito tempo utilizado pelas Cortes Superiores.

Por todo o exposto, tem-se que, em alguns casos, quando dos delitos contra a Administração, presentes os requisitos acima citados, a tipicidade material da conduta será afastada, não havendo crime; em outros, quando verificado que a conduta analisada atingiu de maneira significativa a coletividade, não se pode invocar a aplicação do princípio da bagatela, restando típica a conduta, mormente diante da reprovabilidade do comportamento delitivo.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2011.

BALTAZAR, José Paulo. *Crimes Federais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - teoria do garantismo penal*. 2. ed., São Paulo: RT, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes da tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio, *Princípio da Ofensividade no direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. *Princípio da ofensividade e sua importância para o Direito Penal*.

Disponível em: <<http://www.atualidadesdireito.com.br/penal/>> Acesso em: 29.04.2013

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Especial*. 9 Ed. Niterói. Ed. Impetus. 2013.

GRECO, Rogerio. *Direitos humanos, sistema Prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo. Ed. Sairiva, 2011.

O Princípio da Insignificância é um tema em construção Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao> acesso em: 28.abr.2013

Origens da nossa Teoria Constitucionalista do Delito. Disponível em:<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090916110242949&mode=print> Acesso em: 30.abr.2013

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro- parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.