

OS REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE REQUERIMENTS OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRACION

RESUMO

O princípio da insignificância é caracterizado com a presença de quatro requisitos, a saber: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. O presente artigo pretende analisar a aplicação de tais requisitos nos crimes contra administração pública.

Palavras chaves: Princípio da insignificância, requisitos da insignificância, política criminal.

ABSTRACT

The principle of insignificance is characterized by the presence of four cumulative conditions, namely: minimum offensiveness, no social dangerousness of action, extremely limited degree of disapproval of the behavior and meaninglessness legal injury provoked. This article will analyzed this principle in the crimes against public administration.

Keywords: insignificance principle, requirements of insignificance, criminal policy.

Sumário: 1. Das bases constitucionais do princípio da insignificância; 1.1 Do conceito de princípio; 1.2 Dos princípios penais constitucionais; 1.3 Princípio da dignidade da pessoa

humana; 1.4 Princípio da Igualdade; 1.5 Princípio da Legalidade; 2. Da insignificância como princípio constitucional; 2.1 Origem histórica do princípio da insignificância; 2.2 Do conceito de insignificância; 2.3 Insignificância X Teoria das janelas quebradas; 2.4 Da insignificância como princípio jurídico; 3. Aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública; 3.1 Do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional; 3.2 Dos requisitos definidos pelo Supremo Tribunal Federal; 3.2.1 Panorâma Geral; 3.2.2 Analisando a jurisprudência dos Tribunais Superiores; Conclusão.

1. Das bases constitucionais do princípio da insignificância

1.1 Do conceito de princípio

A palavra princípio deriva do latim *principipi, principium*, significando origem, começo, base. Quanto ao local de seu nascimento, surgem tanto no plano da Constituição, como no da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, vale ressaltar a lição ensinada pelo professor Guilherme de Souza Nucci:

“O Poder Legislativo edita as variadas normas, que compõem o direito codificado no Brasil, podendo, inclusive, elaborar princípios, o que, no entanto, se dá, basicamente, no contexto da Constituição Federal. Raramente, em legislação infraconstitucional, surgem princípios diretamente preparados pelo Legislativo. Cabe ao operador do Direito, analisando o conjunto das normas de determinada área, encontrar e apontar os princípios regentes”. (NUCCI, 2010: 35)

Partindo-se desta premissa, percebe-se que tanto os princípios constitucionais, assim como as regras previstas na Carta Maior, possuem o condão de realizar o controle de recepção e de constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico. Além disso, servem, ainda, como fonte norteadora, de observância obrigatória, ao Legislador.

Já no plano infraconstitucional, os princípios surgem como base e inspiração no momento de criação das normas.

Baseando-se no princípio da supremacia da Constituição, os princípios expostos na Carta Maior, sejam explícitos ou implícitos, prevalecem em relação a todos os demais. Todavia, isto não é suficiente para esgotar as funções dos princípios, uma vez que estes, ainda, são essenciais no momento de resolver os casos mais difíceis, nos quais não há nenhuma norma que solucione o problema ou que exista um conflito entre duas normas já existentes.

O sistema jurídico é uma organização lógica e coordenada em que se inadmita a possibilidade de inexistência de solução técnica das controvérsias, contudo, difícil imaginar que o legislador seja capaz de prever todas as possibilidades que ensejam na necessidade de criação das normas. Portanto, os princípios possuem função primordial na solução de tais casos, uma vez que ampliam o leque de fundamentação em função de possuírem um maior grau de generalidade e indicarem o “espírito” do ordenamento.

Em relação à extensão e à aplicação das normas e dos princípios, basilar a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição 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. É do conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.” (MELLO, 2009: 948)

Por outro lado, contrapondo-se a visão de Celso Antonio Bandeira de Mello, explica Vladimir Balico:

“Forçoso concluir, então, que a inobservância de um princípio é muito mais danosa que a violação de uma simples regra. Na feliz imagem de Roque Carrazza, é como destruir os mourões de uma ponte, fato que, por certo, provocará seu desabamento; já, lanhar uma regra, corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte que, apesar de danificada, continuará de pé.

Pode-se exemplificar com a seguinte indagação: A propositura de uma demanda judicial contra a Administração Pública pode ser subordinada ao esgotamento da via administrativa? Não. Estar-se-ia vedando o acesso ao Judiciário, constitucionalmente garantido como direito fundamental. Agora, a exigência de se esgotar a via administrativa é legal, em se tratando de Justiça Desportiva, como se lê no artigo 217, p. 1º, da Lei Magna. Confrontando-se os institutos temos uma distância abissal de âmbito da validade entre ambas; mas, por estar inscrita na própria Lei Maior, deve-se observar tal restrição, ressalvada a sua importância diminuída, perante o princípio maior do acesso ao judiciário.” (BALICO, 2001: 329)

Desta forma, em que pese a eventual discussão acima traçada, o que se conclui é que os princípios são uma das fontes de controle e interpretação de todo o ordenamento, o que exige do exegeta e do legislador sua estrita observância.

1.2 Dos princípios penais constitucionais

Em decorrência do fato de que o Estado concentra o poder punitivo “em suas mãos”, a Constituição Federal concedeu aos cidadãos inúmeras garantias, em forma de princípios, que devem nortear tanto a elaboração quanto a aplicação do Direito.

Quanto à função dos princípios penais expostos na Constituição Federal, importante trazer a lume a lição de Ivan Luiz da Silva:

*“Esses princípios constitucionais formam o alicerce do ordenamento jurídico-penal, configurando-se em base constitucional do Direito Penal moderno, uma vez que visam garantir os direitos fundamentais do cidadão em face do poder punitivo do Estado, propondo, ainda, a adoção de um Direito Penal mínimo, ou seja, dirigido exclusivamente para aqueles fatos sociais que demonstram materialmente a necessidade de uma repressão penal.
(...)”*

*Os princípios penais são mandamentos fundamentais que irradiam um comando superior e vinculante sobre o processo de construção e aplicação das normas jurídicas do Direito Penal, assumindo, assim, a função de alicerce e molde constitucional do sistema penal.”
(SILVA, 2006: 73)*

Portanto, inegável a importância dos princípios penais constitucionais para a manutenção da congruência e lógica de todo o sistema, de forma a inspirar o legislador infraconstitucional e, ainda, servir de limitação a criação e aplicação de determinadas normas.

Os princípios penais constitucionais são classificados em explícitos, implícitos e regentes.

Os princípios explícitos são os decorrentes da menção expressa do texto da Carta Magna. Dentro da ótica penal, são respectivamente os seguintes princípios: da legalidade ou da reserva legal, da anterioridade da lei penal, da retroatividade da lei penal benéfica, da humanidade, da personalidade e o da individualização da pena.

Por outro lado, os princípios implícitos são os decorrentes da interpretação lógico-sistemática de todo o ordenamento, sendo que não há previsão expressa destes no texto da Carta Maior. Dessa forma, a Constituição Federal traz os seguintes princípios penais de forma implícita: da intervenção mínima, da legalidade, da adequação social, da taxatividade, da proporcionalidade, da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, da culpabilidade e da insignificância.

Já os princípios regentes são os que devem dirigir a aplicação de todos os demais, sendo que na atual Carta Magna são a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Destarte, diversos são os princípios que a Constituição Federal traz em relação matéria penal, seja de forma explícita ou implícita. As diferentes classificações e menções aos mais variados princípios não esgotam o tema, sendo ainda possível localizar-se outros tantos dentro do ordenamento, de forma que todos devem ser observados seja pelo intérprete ou pelo legislador.

1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

É um dos princípios regentes de todo ordenamento, que busca assegurar condições básicas de proteção ao ser humano. Sua importância é tão grande que Carta Magna é clara ao elencá-lo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, III.

Ainda que isso não bastasse, a dignidade da pessoa humana encontra-se plasmada em diversos outros institutos do ordenamento jurídico pátrio, em especial na vedação da utilização de penas cruéis (artigo 5º, XLVII da Carta Maior) e dos diversos artigos que salvaguardam os direitos e garantias individuais e coletivas. Nesta linha, importante ressaltar a lição de Nucci:

“Segundo nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7, IV da Constituição Federal, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.”(NUCCI, 2010: 40)

Ademais, José Carlos Daumas Santos pondera¹:

“Todos os demais princípios admitidos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal, devem estar em irrestrita consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo que os profissionais do Direito (juizes, promotor de justiça, advogados) devem pautar suas condutas e decisões, buscando a implementação efetiva do respeito à dignidade da pessoa humana.”

Portanto, mostra-se o princípio da insignificância uma forma de representação e concretização da dignidade da pessoa humana, haja vista que a privação da liberdade é medida

¹ DAUMAS, José Carlos. *Prisões cautelares e liberdade provisória no processo penal brasileiro*. Disponível em: < http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9011 > Acesso em 18. fev. 2013

que deve ser apenas utilizadas em casos extremos, sob pena de grave atentado aos direitos humanos.

1.4 Princípio da igualdade ou isonomia

O princípio da igualdade está expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, I, possuindo como objetivo precípuo possibilitar a todos os membros do povo o direito de receber um tratamento igualitário. Neste sentido, bem salienta Paulo Napoleão da Silva:

“A propósito da igualdade, não custa reiterar que há dois conceitos: o de igualdade integral, absoluta e o de igualdade relativa. O primeiro tem se mostrado inexequível a todas as ordens jurídicas, até mesmo por circunstâncias naturais. A diversidade de natureza física e psicológica entre as pessoas impossibilita a sua aplicação: uns são fisicamente fortes, outros são fracos; alguns dotados de liderança, outros necessitados ser conduzidos; uns mais, e outros menos dotados de intelectividade. O segundo conceito, também chamado de “igualdade relativa ou jurídica”, é o que prova em sua exequibilidade: cada um é portador aos atributos pessoais que exhibe, reconhecidas pela ordem jurídica.” (SILVA, 2003: 534)

Além disso, quanto à aplicação do princípio em comento, vale destacar a posição do de Pedro Lenza:

“Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades” (LENZA, 2012: 973)

Desta forma, conforme bem explicitado, ao interpretar o princípio da igualdade não se deve imaginar que a Carta Magna confere um conceito absoluto para todo e qualquer caso. Sempre haverá um juízo de valoração que verificará se existe realmente isonomia entre as pessoas, uma vez que se admite a criação diferenciações para alcançar a isonomia real.

Assim sendo, percebe-se que o princípio da isonomia possui aplicação realmente relevante na esfera penal, vez que serve como parâmetro de utilização e otimização de toda a política criminal, partindo de critérios lógicos e legais para a aplicação do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, alcançar a ressocialização do indivíduo que praticou a conduta ilícita.

O princípio da insignificância está, portanto, umbilicalmente ligado ao princípio da igualdade, pois, caso o juiz aplique penas iguais para casos completamente diferenciados, estaria desvirtuando o princípio da isonomia. Esta ideia afasta a possibilidade de que condutas que geram repercussões e lesões diferenciadas aos bens jurídicos tutelados sejam punidas da mesma forma. Importante o ensinamento de Antonio Ribeiro Lopes a este respeito:

“Como a possibilidade de exclusão da responsabilidade criminal se apresenta como solução francamente mais favorável ao indivíduo, surge à necessidade de se criar um mecanismo de incidência desse raciocínio às demais condutas análogas no fato ou no espírito”.(LOPES, 1999:56)

O mecanismo em questão é o princípio da insignificância. Há, contudo, que se destacar que não é em todos os casos que este princípio será aplicado, por mais que a conduta gere uma lesão ínfima, conforme posicionamento já fixado pelo Supremo Tribunal Federal e que será adiante destacado.

1.5 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Já no plano constitucional, o princípio encontra respaldo nos artigos 5º, II, 37 e 84, IV.

Em suma, tal princípio prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei.

Há de se destacar que tal princípio possui diferentes interpretações conforme o destinatário de sua aplicação. Nesse sentido, destaca Pedro Lenza:

“No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Já em relação à administração, ela só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: rule of law, noto f men. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto! Existem algumas restrições, como as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio.” (LENZA, 2012: 979)

Destarte, não há como se argumentar de que o princípio da insignificância e o da legalidade são conflitantes. Por mais que não exista uma previsão expressa na legislação quanto ao princípio da insignificância, este decorre de toda uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento pátrio. Caso assim não fosse, todos os outros princípios implícitos constantes no ordenamento pátrio não possuiriam legitimidade em face essa suposta afronta ao princípio da legalidade.

A Constituição Federal, aliás, até reconhece a possibilidade da existência do princípio da insignificância ao prever que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, conforme dicção do artigo do artigo 5º, § 2º.

Nesta linha de raciocínio, o princípio da insignificância não entra em conflito com o da legalidade, sendo que ambos apenas são complementam o conceito um do outro.

2. Da insignificância como princípio constitucional

2.1 Da origem histórica

Quanto à origem histórica do princípio da insignificância, Ivan Luiz da Silva ensina:

“É quase pacífico, doutrinariamente, que o Princípio da Insignificância promana do brocardo mínima non curat praetor; todavia, no que tange à origem dessa máxima há controvérsia sobre sua existência no Direito Romano antigo. Assim, existem duas correntes de entendimento sobre sua origem, e consequentemente do princípio penal sub examen, a saber: a primeira corrente proclama sua existência no Direito Romano antigo (...); a segunda nega sua existência naquele Direito.” (SILVA, 2006: 88)

O brocardo em comento era utilizado para explicar que o pretor romano não cuidaria das causas de menor potencial ofensivo. De certa forma, o princípio da insignificância objetiva a mesma coisa, uma vez que nem todas as lesões aos bem jurídicos seriam passíveis da tutela do Direito Penal, por tal motivo é que muitos autores afirmam pela origem romana de tal princípio.

Ao analisar tal possibilidade, alerta Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

“O Direito romano foi notadamente desenvolvido sob a ótica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade penal? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio.

Não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade (...). Onde não se valoriza a legalidade, qual será o papel da insignificância?” (LOPES, 1999: 33)

Com base em toda essa discussão, salienta Carlos Eduardo Rosa²:

“Em que pese à discussão sobre seu surgimento, o Princípio da Insignificância somente começou a ter contornos de política criminal na Europa do século XX, mais precisamente com o jurista alemão Claus Roxin, que baseou sua teoria nas crises sociais que surgiram no pós-guerra”.

Ao avaliar o surgimento do princípio da insignificância e da obra de Claus Roxin, necessário é analisar o contexto histórico em que referido autor encontrava-se. O surgimento da teoria de Claus Roxin em 1964 coincide com o processo de reconstrução da Europa após as duas

² ROSA, Carlos Eduardo. O princípio da insignificância e sua aplicabilidade aos crimes ambientais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3399, 21 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22848>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

grandes guerras mundiais, conforme bem assevera WILLEMANN citado por Carlos Eduardo Rosa³:

“As condições sociais da população, a falta de oportunidades, a escassez de recursos básicos para a sobrevivência, levaram a população marginalizada a realizarem pequenos delitos para que pudessem sobreviver às condições precárias da Europa arrasada pela guerra.”

Em relação à obra de Roxin e a origem do princípio da insignificância, destaca-se ainda o pensamento de Marco Antônio Ribeiro Lopes:

“Roxin propôs uma solução mediante um recurso de interpretação restritiva dos tipos penais. Formulou, então, no ano de 1964, o princípio da insignificância (das Geringfügigkeitsprinzip), como princípio de validade geral para a determinação do injusto. Conquanto já tenha criticado a origem do princípio a partir do brocardo latino mínima non curat praetor, é certo que Roxin dele se valeu, não para justificar a origem, mas como ponto de apoio intelectual e operacional para criação do princípio.” (LOPES, 1999: 87)

Destarte, parece mais plausível a teoria adotada por Marco Antonio Ribeiro Lopes. Muito embora o direito romano usasse do brocardo *mínima non curat praetor*, os romanos ainda não possuíam uma visão eminentemente científica e penalista de tal conceito, pois o princípio da insignificância apenas passou a assumir tal conotação com o advento da obra de Claus Roxin.

2.2 Do conceito de insignificância

Guilherme de Souza Nucci pondera a respeito do que pode ser considerado insignificante:

“Insignificante pode representar algo de valor diminuto ou desprezível, bem como algo de nenhum valor. Qualquer dos dois sentidos extraídos do vocábulo é apto a fornecer o quadro ideal dos delitos considerados insignificantes, portanto, os quase-crimes.” (NUCCI, 2010, 87)

Já Mariana Teixeira⁴ afirma que:

“O princípio da insignificância (..) ocorre quando uma ação tipificada como crime, praticada por determinada pessoa, é irrelevante, não causando qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima. Aqui não se discute se a conduta praticada é crime ou não, pois é caso de excludente de tipicidade do fato, diante do desvalor e desproporção do resultado, no caso, insignificante, onde a atuação estatal com a incidência de um processo e de uma pena seria injusta”.

Haja vista que o presente trabalho almeja explicitar os requisitos definidos pelo Supremo Tribunal Federal como necessários para caracterizar a aplicação do princípio da insignificância, não poderia aqui faltar à menção aos requisitos fixados pela Excelsa Corte⁵:

³ Idem. Ibidem.

⁴ TEIXEIRA, Mariana. O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 23 de fev. 2015

“O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, 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 (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que 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.”

Portanto, percebe-se que já é pacificado na Corte Maior que o princípio da insignificância é uma forma de exclusão da tipicidade penal que só pode ser caracterizada toda a vez que existir a presença cumulativa dos requisitos acima explicitados.

2.3 Da insignificância X Teoria das Janelas

A Teoria das Janelas Quebradas é tese própria do direito norte-americano, na qual se baseia a política criminal deste país. Sua origem remete ao pensamento de James Wilson e George Kelling em que se defende uma relação proporcional entre a desordem e a criminalidade, utilizando-se, para chegar a tal conclusão, de estudo elaborado por Philip Zimbardo, renomado psicólogo de Stanford. Sobre tais ideias, explica Tiessa Rocha Ribeiro Guimarães⁶:

“Kelling e Wilson utilizaram, em seus estudos, o exemplo de uma janela quebrada de um fábrica ou de um escritório. Se a pessoa que passa pela rua se depara com a janela quebrada de uma fábrica ou escritório e, no dia seguinte, de novo isso, dará a impressão de que quem tem o dever de cuidar do prédio não está cuidando, isto é, o prédio não tem quem o tutele. Em seguida outra pessoa irá quebrar mais uma janela, até que todas as janelas estejam quebradas, demonstrando que ninguém dá importância a esse patrimônio, não há quem cuide desse bem. Na sequência haverá a destruição do prédio ao lado e, depois, de toda a rua e da comunidade. Esse descaso gera um efeito cascata, levando as pessoas desse bairro a se mudarem. Este, então, será ocupado por pessoas desordeiras, gerando crimes.”

Com base na teoria aqui tratada, o prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, adotou uma nova política de repressão à criminalidade que ficou conhecida como “Tolerância Zero”. Contudo, a verdade não parece ser bem essa, como pondera Wacquant:

“A famosa “teoria das janelas quebradas”, na verdade, só foi descoberta e invocada pelos oficiais nova iorquinos a posteriori, a fim de vestir, com roupagens nacionais medidas

⁵ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491> > Acesso em: 20 fev. 2015

⁶ GUIMARÃES, Tiessa Rocha Ribeiro. O princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas: A realidade brasileira. Disponível em:<<http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs/O%20principio%20da%20insignificancia%20e%20a%20teoria%20das%20janelas%20quebradas.pdf>. > . Acesso em: 20 jan. 2015

populares junto ao eleitorado (majoritariamente branco e burguês), mas, em essência, discriminatórias, tanto em seu princípio quanto em sua aplicação, e conferir um tom inovador àquilo que não passa de um novo retorno a velha receita policial, periodicamente atualizada, de acordo com o que é mais palatável no momento. “

(WACQUANT, 2007: 437)

Com o início do controle rigoroso dos crimes por parte da polícia, afirma Tiessa Rocha Ribeiro Guimarães citando Penteadinho⁷:

“Os resultados obtidos com a operação “Tolerância zero” com base na teoria das janelas quebradas reduziram consideravelmente os índices de criminalidade de Nova York e esta, que era conhecida como a “capital do crime”, é atualmente a cidade mais segura dos Estados Unidos.”

O suposto sucesso alcançado pela teoria em questão levou com que diversos outros países iniciassem estudos a respeito da política em questão. Contudo, apesar da posição favorável a respeito da aplicação da política de “Tolerância Zero” por parte da doutrina, essa se mostra completamente errônea. Ocorre que os índices de violência em Nova York não diminuíram em função do encarceramento excessivo, mas sim pelo aumento do investimento público em policiamento.

Também se percebe que o acréscimo do número de encarcerados apenas resultou em maior segregação racial, uma vez que os índices de negros presos aumentou absurdamente em decorrência da diminuição do investimento em outras áreas de suma importância, conforme bem pontuado por Loic Wacquant:

“Durante seus cinco primeiros anos no cargo, Giuliani elevou a dotação para segurança pública em 20%, em dólares constantes, e cortou os gastos com serviços sociais em 9%, a despeito da necessidade crescente de pessoal (...) Isso representa uma transferência de aproximadamente um bilhão de dólares dos serviços sociais para segurança pública”
(WACQUANT, 2007: 433)

O que comprova o quanto essa política apenas resultou em segregação racial é que essa política apenas resultou “a diferença em relação à taxa de encarceramento entre brancos e negros aumentou rapidamente durante o último quarto de século, passando de um para quatro em 1980 para perto de um para oito atualmente” (WACQUANT, 2007: 334)

Neste diapasão, mostra-se o princípio da insignificância um forte contraponto à teoria das janelas quebradas.

⁷ Op. Cit., apud FILHO, Penteadinho

Ocorre que os excessivos índices de encarceramento não levam à diminuição da criminalidade, como se depreende da avaliação dos resultados obtidos pela aplicação da teoria das janelas quebradas.

O aumento do investimento público com iluminação e policiamento fez com que os índices de violência abajassem em Nova York. Contudo, percebe-se que tais acréscimos apenas foram possíveis à custa da diminuição de gastos com serviços sociais, o que atingiu diretamente a população mais carente, resultando em uma política de segregação racial que fez com que o número de negros presos dobrasse nos Estados Unidos da América no mesmo período.

Além disso, o forte crescimento econômico dos Estados Unidos da América resultou em uma maior prosperidade para boa parte da população, o que também explica a queda dos índices de criminalidade.

Em recente entrevista, bem analisou Zaffaroni⁸ quanto ao tema:

“As prisões são sempre reprodutoras. São máquinas de fixação das condutas desviantes. Por isso devemos usá-las o menos possível. E, como muitas prisões latinoamericanas, além disso, estão superlotadas e com altíssimo índice de mortalidade, violência etc., são ainda mais reprodutoras. O preso, subjetivamente, se desvaloriza. É um milagre que quem egresso do sistema não reincida. Enquanto não podemos eliminar a prisão, é necessário usá-la com muita moderação. Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter. Isso explica que os EUA tenham o índice mais alto do mundo e o Canadá quase o mais baixo de todo o mundo.”

Percebe-se o fato de que a ampliação da utilização do Direito Penal em conjunto de uma política de intervenção mínima não é a melhor forma de se encarar toda a problemática penal. Em que pesem eventuais opiniões contrárias, a própria origem do princípio da insignificância demonstra que sua utilização em conjunto com a ampliação de políticas sociais de inserção e a descriminalização de certas condutas é a maneira mais correta de enfrentar a problemática penal, pois, caso contrário, não existiria uma proporcionalidade real entre a sanção e a conduta cometida, como ocorre em vários casos nos Estados Unidos da América.

2.4 Da insignificância como princípio jurídico

⁸ Entrevista. Disponível em: < <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=65> >. Acesso em: 12 de jan. de 2015

O princípio da insignificância possui natureza jurídica de princípio autônomo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos, conforme lição de Ivan Luiz que deve ser ressaltada:

“No que tange a natureza jurídica da insignificância em matéria penal afigura-se-nos inafastável o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias que a categorizam como princípio jurídico do Direito Penal. A contrario sensu, a doutrina europeia não a classifica diretamente como princípio jurídico, preferindo relacioná-la ao Princípio da Oportunidade no processo penal.” (SILVA, 2006:96)

Em que pesem eventuais afirmações de que o princípio da insignificância não se coaduna com o princípio da legalidade, e que por isso não poderia ser admitido dentro do ordenamento jurídico brasileiro, conforme já afirmado anteriormente, ambos possuem uma relação de complementariedade, de forma que coexistem de forma harmônica.

A Constituição Federal previu em seu artigo 5, § 2º que os direitos e garantias fundamentais adotados pela Carta Magna não exclui outros já adotados ou que possam a vir ser adotados futuramente.

Portanto, a própria Lei Maior expressamente demonstra que não há qualquer conflito entre os princípios em comento, o que de pronto já afasta qualquer possibilidade de inexistência do princípio da insignificância.

Esse reconhecimento, aliás, possui grande importância, segundo Guilherme de Souza Nucci:

“O reconhecimento da inexistência de infração penal, quando detectada a insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado tem sido constante nos tribunais brasileiros, ainda que inexista expressa previsão legal a respeito. Aliás, tal situação merece aplauso, significando o surgimento de um questionamento razoável, em nível de interpretação, do Direito Penal. As leis não se alteram facilmente e, em menor escala, o Código Penal, datado de 1940. Portanto, nada mais sóbrio e justo que a atualização das modernas concepções doutrinárias se faça por intermédio das cortes, no seu cotidiano de aplicação da lei penal ao caso concreto.” (NUCCI, 2010: 170)

Ainda que isso não bastasse, diversos são os outros princípios expressos e até implícitos que dão base à existência do princípio da insignificância dentro do texto da Carta Magna, tais como: dignidade da pessoa humana (fundamento da Constituição Federal, conforme exposto em seu artigo 1º, III), isonomia ou igualdade e da legalidade.

Desse modo, haja vista que diversos outros princípios presentes na Carta Magna levam a conclusão da existência e aceitação do princípio da insignificância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, este deve ser reconhecido como previsto implicitamente no bojo da

Constituição Federal, de forma que deverá permear a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico pátrio.

3. Aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública

3.1 Do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional

Antes do advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal era encarregado de realizar a interpretação da Constituição Federal e da Lei Federal. Contudo, tal situação foi modificada com a criação do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que este passou a ser o responsável pela interpretação da Lei Federal.

Portanto, no atual sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal surge como uma verdadeira Corte Constitucional. Isso ocorre, pois cabe a este Tribunal informar a verdadeira exegese da Carta Maior, afastando possíveis interpretações e normas que não condizem com seu texto.

Esse caráter de Corte Constitucional está presente tanto quando o Excelso Tribunal funciona como órgão de controle difuso quanto de controle concentrado, pois, em ambos os casos, estará demonstrando a real interpretação da Carta Maior.

Desta forma, elogiável a postura do Supremo Tribunal Federal ao determinar requisitos lógicos de aplicação do princípio da insignificância, uma vez que este, conforme aqui já anteriormente defendido, é um princípio constitucional implícito.

3.2 Dos critérios para aplicação do princípio da insignificância

3.2.1 Análise geral

Conforme aqui já reiterado, o Excelso Tribunal já fixou o entendimento de que é necessária a presença de quatro requisitos básicos para aplicação do princípio da insignificância, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Constata-se facilmente que a Corte Maior limitou a utilização do princípio da insignificância ao fazer tal imposição, uma vez que tais exigências permitem que seja possível vislumbrar a aplicação da sanção penal mesmo em casos em que a conduta praticada pelo agente seja inexpressiva.

Além disso, percebe-se que com o advento de tais imposições por parte a Suprema Corte, o princípio da insignificância passou a ter seu alcance de aplicação reduzido. Na análise do caso concreto, não existe uma avaliação apenas objetiva da situação, como existiria caso o critério fosse apenas valorativo e pautado na reincidência do criminoso, mas sim subjetiva, haja vista que são analisados conceitos que possuem abrangência interpretativa extensa.

Com o advento de tal necessidade, deu-se início a novos problemas: como vislumbrar a verdadeira extensão do princípio da insignificância? Até que ponto é possível realmente compreender os requisitos estipulados pelo Supremo Tribunal Federal? Quando se deve aplicá-lo?

Esses questionamentos não possuem respostas claras e certas. Pecou o Excelso Tribunal ao não definir conceitualmente tais requisitos, abrindo margem para a construção de um campo fecundo para discussões quanto à possibilidade de sua aplicação ou não de tal princípio.

Não há que se defender uma utilização indiscriminada da insignificância. Porém, é primordial que existam requisitos lógicos e claros que definam o que é ou não insignificante, afastando assim a utilização de conceitos vagos e abertos que resultem em verdadeiras incongruências interpretativas, resultando na possibilidade de eventuais prejuízos ao réu dentro do processo.

Toda essa problemática resulta em diversos entendimentos fixados nos julgados pátrios em relação à aplicação da insignificância dentro dos crimes contra a administração pública, conforme adiante será melhor abordado.

3.2.2 O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública

Com a consolidação dos requisitos necessários para a aplicação do princípio da insignificância, iniciaram-se diversas discussões quanto ao seu cabimento nos crimes contra a administração pública.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal percebe-se que existem diferentes opiniões quanto há possibilidade de sua utilização nos crimes contra a administração pública.

O Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária⁹, entende que o princípio da insignificância é inaplicável em tais crimes, pois, nestes casos, sempre existiria ofensa a moralidade administrativa, o que descaracterizaria o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Contudo, recentemente, julgando o habeas corpus nº 246.885/SP, a Corte, por decisão dividida, entendeu pela aplicação do princípio da insignificância em um caso de peculato de vale-alimentação no valor de R\$ 15,00.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal possui posicionamento consolidado¹⁰ de que o princípio da insignificância é cabível nos crimes contra a administração pública. Todavia, a Excelsa Corte já se manifestou pela impossibilidade da aplicação de tal princípio quando a conduta foi praticada por militar contra o patrimônio público, independentemente da ínfima lesão provocada, uma vez que existiria reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, conforme definido no habeas corpus 107.431/RS.

Dos julgados acima elencados, percebe-se que os Tribunais Superiores ainda não chegaram a um consenso sobre o cabimento e a extensão do princípio da insignificância. Aliás, nota-se que os ministros têm pautado suas decisões em interpretações mais restritivas dos requisitos, o que amplia a atuação da seara penal em casos que deveriam ser tratados apenas por outros ramos do Direito.

Tais constatações não surgem para proclamar a necessidade de uma utilização indiscriminada do princípio da insignificância ou, ainda, como muitos podem imaginar, decretar o completo distanciamento de aplicação da tutela penal nos casos concretos, mas, na verdade,

⁹ Nessa linha de raciocínio, existem nos seguintes agravos regimentais em recursos especiais 1382289/PR, 342908/DF e 1.275.835/SC.

¹⁰ Esse posicionamento pode ser verificado nos seguintes habeas corpus: 92.634/PE, 104.286/SP, 107.370/SP, 107.638/PE, 112.388/SP.

para questionar por quais motivos o princípio da insignificância não seria cabível nos crimes contra administração pública.

O que parece claro é que o interprete, ao analisar a hipótese descrita, não pode imaginar que uma conduta será sempre insignificante em função de ser praticada contra determinado sujeito passivo, devendo-se avaliar a sua aplicação caso a caso.

CONCLUSÃO

O princípio da insignificância está claramente contido dentro da Constituição Federal. E, no texto da Carta Maior, diversos são os princípios que reafirmam sua existência, tais como: o da legalidade, isonomia e o da dignidade da pessoa humana.

Aliás, por mais que existam posições contrárias, a política criminal que adota o princípio da insignificância como norte, ao invés da política da Tolerância Zero, mostra-se mais eficiente ao enfrentar a problemática criminal. O sistema carcerário não é capaz de ressocializar o indivíduo, de forma que não existe lógica em sua utilização em casos insignificantes.

Nos últimos anos, com a fixação de requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, conforme percebe-se da análise dos julgados citados na explanação, os Tribunais vêm encontrando dificuldades para definir se o princípio da insignificância é ou não cabível nos crimes contra a administração pública.

O Direito Penal é a *ultima ratio* dentre os ramos do Direito. Portanto, deverá sempre ceder espaço as outras áreas quando possível. Aliás, nisso nada há de inovador ou teratológico. Nada mais é do que um processo interpretativo lógico do ordenamento jurídico pátrio que se inicia da leitura do texto da Constituição Federal.

Portanto, cristalino que as condutas insignificantes, pouco importando se são praticadas contra o patrimônio público ou por militar, devem ser extirpadas da seara penalista, pautando-se, sempre, pela intervenção mínima e interpretação mais favorável ao réu.

BIBLIOGRAFIA

BALICO, Vladimir. *Estado democrático de direito e os fins do processo penal: princípios constitucionais do processo penal*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. São Paulo, Edição número 7, Ano 5, página 325 a 334, 2001.

CARVALHO NETO, José Augusto de. *A teoria da janela quebrada e a política da tolerância zero face aos princípios da insignificância e da intervenção mínima no direito brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32244&seo=1>>. Acesso em: 08 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*. 14^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL DA USP. Diversos autores. *O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-principio-insignificancia.docx>> Acesso em: 20 jun. 2013

GOMES, Luiz Flavio e SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Militar. Princípio da insignificância. Incidência*. Atualidades do Direito: 22 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/12/22/militar-principio-da-insignificancia-incidencia/>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

GOMES, Luiz Flávio e VIGO, Luis Rodolfo. *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções*. São Paulo. Editora Premier, 2008.

GUIMARÃES, Tiessa Rocha Ribeiro. O princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas: A realidade brasileira. Sítio eletrônico do Ministério Público. Disponível:

<<http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs/O%20principio%20da%20insignificancia%20e%20a%20teoria%20das%20janelas%20quebradas.pdf>> . Acesso em: 20 jun. 2013

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal: Análise à luz das Leis 9099/95 e da jurisprudência atual*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed, São Paulo, Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Ristow de. *Direito Penal: o princípio da insignificância no STF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2134, 5 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12754>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PAULA, Leonardo Costa de. *Entre o crime de bagatela e princípio da insignificância- Como salvar o destinatário de bens jurídicos penais: A sociedade*. Sitio eletrônico do Ibraasp. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs/O%20princípio%20da%20insignificância%20e%20a%20teoria%20das%20janelas%20quebradas.pdf>. > Acesso em: 05 jan. 2015

ROSA, Carlos Eduardo. *O princípio da insignificância e sua aplicabilidade aos crimes ambientais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3399, 21 out. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22848>>. Acesso em: 16 jul. 2013.)

SANTOS, José Carlos Daumas. *Prisões cautelares e liberdade provisória no processo penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9011 > Acesso em 18. jul. 2013

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 3ª ed., Paraná, Editora Juruá, 2006.

TEIXEIRA, Mariana. *O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI*. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>.> Acesso em: 22 de jan. 2015

TELLA, Maria José Falcón y e TELLA, Fernando Falcón y. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um Direito de castigar?* . São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WACQUANT, Loic, Luis Rodolfo. *Punir os pobres a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: a onda punitiva*. 3ª ed. São Paulo. Editora Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Entrevista concedida a Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz. Entrevistadores Viviane Tavares. Disponível em: < <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=65> >. Acesso em: 27 jun. 2014

Artigo aprovado em 29/06/2015 : Recebido em 23/02/2015