

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: REFLEXÕES SOBRE A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW: REFLECTIONS ON THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE

Daniel Guimarães Medrado de Castro¹

Procurador Jurídico Chefe da Fundação Estadual do Meio Ambiente

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo permear a doutrina do Direito Administrativo Sancionador, fixando uma proximidade com o Direito Penal, em razão da sua característica de limitação dos direitos e garantias fundamentais por meio de uma punição estatal. Com isso, como corolário protetivo do indivíduo no Estado Democrático de Direito, desvela-se necessária a observância de todos os direitos e garantias aplicáveis nos procedimentos penais (normas materiais e procedimentais), em razão da existência de uma vasta gama de institutos de proteção do indivíduo. Entretanto, essa aplicabilidade não se dá de forma mecânica, sendo imperiosa a modulação de acordo com as características específicas dos

procedimentos administrativos. Feito este primeiro paralelo, pretende-se desbravar pela teoria da sujeição especial, identificando que a punibilidade administrativa depende necessariamente de um vínculo que liga o indivíduo à Administração, seja ele de caráter geral ou especial. Por fim, será investigada a aplicação do princípio da insignificância nos procedimentos administrativos sancionatórios, averiguando, em especial, os entendimentos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; sanções; sujeição especial; princípio da insignificância.

ABSTRACT: *This article aims to investigate the doctrine of Sanctioning Administrative*

¹ Especialista em Direito Público: controle de contas, transparência e responsabilidade pela PUC-Minas e TCEMG, Mestre em Direito Público pela PUC-Minas (Pesquisador Bolsista Fapemig), Diretor do Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência – IDCT, Advogado, Procurador Chefe da Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais, Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman – Seção Minas Gerais e Professor do Centro Universitário Newton Paiva.

Law, establishing a close proximity to the Criminal Law, because of its characteristic of limitation of fundamental rights and guarantees through a state punishment. Thus, as a corollary protective of the individual in a Democratic State of Law, unveils be necessary to observe all the rights and safeguards applicable in criminal proceedings (material and procedural rules), due to the existence of a broad range of individual protection institutes. However, this applicability does not happen mechanically, being imperious modulation according to the specific characteristics of administrative procedures. Moreover, we intend to analyze the theory of special subjection, identifying that the administrative punishment necessarily depends on a link that connects the individual to Government, be it general or special subjection. Finally, we will investigate the application of the principle of insignificance in sanctioning administrative procedures, checking particularly some cases decided by the Brazilian tribunal "Superior Tribunal de Justiça – STJ".

KEYWORDS: *Administrative Law; sanctions; special subjection; principle of insignificance.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Administrativo Sancionador e a sujeição especial; 2 Princípio da insignificância; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Sanctioning Administrative Law and Special Subjection; 2 Principle of Insignificance; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O Direito, devido à sua cogência universal² e à possibilidade do uso dos meios de coerção para o seu cumprimento, desvela-se como mecanismo apto a ser utilizado pelo Estado para direcionar o agir humano por meio da síntese das experiências compartilhadas intersubjetivamente, transformando-as em normas jurídicas.

Essas descrições e/ou prescrições³ normativas são construídas tendo como parâmetro os bens jurídicos que se pretende proteger, sendo que a violação

² É condição de possibilidade do Direito a pretensão de verdade, de modo que os seus postulados e dispositivos estão alicerçados na busca por uma normatização adequada e, assim, possui a expectativa de observância por todos os seus destinatários. Com isso, o fato de haver o descumprimento não implica na ausência de cogência, mas sim a quebra da expectativa de adimplemento. Do mesmo modo, a construção normativa se dá no intuito de regulamentação intersubjetiva, o que lhe dá a condição de universalidade. Obviamente a universalidade está condicionada ao grupo de destinatários. Ora, o Estatuto do Servidor Público Federal, a princípio, não será utilizado em uma relação celetista, o que não lhe retira o caráter de universalidade pretendida.

³ A pretensão aqui não é de fazer um fechamento conceitual de que as normas jurídicas são expressas exclusivamente por meio de estruturas linguísticas descritivas ou prescritivas. Apenas vislumbra-se posicionar no sentido de que as normas jurídicas não são somente prescritivas, como assevera Von Wright e Kelsen, podendo assumir outras formas, sendo as mais comuns a descritiva e a prescritiva.

e a intensidade da violação irá determinar a sanção a ser aplicada. Quando, por exemplo, por um ato ilícito, provoca-se um dano patrimonial a alguém, nasce a obrigação de reparar o dano. A sanção aqui é puramente reparatória e visa recompor a relação interpessoal.

Entretanto, além dessa reparação, caso a ação tenha sido direcionada a ocasionar o dano patrimonial, de modo que há uma violação que transcende a esfera das relações privadas e atinge a propriedade enquanto o bem jurídico protegido pela sociedade, ocorrendo uma transgressão ao pacto social, mostra-se necessária uma maior intervenção do Estado, que aplicará uma sanção punitiva⁴, exercendo, assim, o seu *ius puniendi*⁵.

O poder punitivo estatal, com efeito, é exercido com o objetivo de reafirmar o pacto social, garantindo a proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes e reforçando os alicerces que fundam aquela sociedade.

O que se está em jogo, assim, não é a relação privada entre os indivíduos, mas a relação destes com o Estado e com a própria sociedade, sendo que a sanção imposta visa retribuir o mal feito e/ou prevenir que não aja a nova prática de ato lesivo, seja em uma perspectiva individual (prevenção especial) ou coletiva (prevenção geral).

Nesse mister, a sanção cominada pelo descumprimento do comando comportamental que lesa o pacto social visará à punição do infrator e lhe fixará uma limitação a um direito fundamental. Nessas hipóteses, o Estado age com todo o seu poder, sendo imprescindível a observância das garantias individuais que obstaculizam o sancionamento exacerbado. Essas garantias legitimam o procedimento sancionador, impedindo que a pena transborde os limites expressos pelas normas constitutivas do Estado e que representam uma proteção individual face à sua recorrente fúria.

⁴ Não obstante o presente artigo não esteja alinhado teoricamente com o positivismo, vale destacar que essa característica também foi identificada por Kelsen, como aduz o jurista argentino Carlos Santiago Nino (2010, p. 204): “Kelsen oferece alguns critérios para distinguir as sanções civis das penais (sobretudo da multa, que apresenta profunda analogia com a execução forçosa). Afirma que, em geral, ocorrem estas diferenças [...] 3) Enquanto a sanção penal tem uma finalidade retributiva ou preventiva – conforme as teorias sobre a finalidade da pena –, a sanção civil tem o propósito de ressarcir o dano produzido e seu valor total é dado pela extensão deste último”.

⁵ Não se busca aqui realizar uma distinção ontológica entre a sanção decorrente do poder punitivo estatal e a sanção que visa recompor as relações sociais. A pretensão é apenas a de mencionar que no caso da sanção punitiva há um desequilíbrio de forças, mostrando-se forçosa a existência de garantias individuais aptas a equilibrar o pêndulo da justiça.

Dentro do poder punitivo estatal, o ramo que apresenta uma sanção mais abrupta – atingindo a liberdade individual – e que há uma maior reprovabilidade da conduta é o Direito Penal, que, em razão disso, possui uma gama mais extensa de institutos e garantias jurídicas que visam a uma maior proteção do indivíduo.

Contudo, não é só este ramo que permite o exercício do poder punitivo, sendo passível de ocorrência no Direito Tributário, no Direito Administrativo, no Direito Ambiental, no Direito Coletivo e Difuso, entre outros. Quando isso acontece, isto é, quando há o sancionamento nestes ramos, por ocorrer também um cerceamento a um direito individual em razão da punição, apresenta-se como inexorável a aproximação com as normas protetivas penais e processuais penais⁶, exigindo-se que o procedimento esteja acautelado por todas as garantias individuais previstas no sistema jurídico⁷.

Isso porque há uma unidade repressiva estatal, sendo que o poder punitivo, em razão da sua fundamentação e do seu modo operacional, não é individualizado de acordo com o objeto tutelado pelo ramo do Direito, existindo uma integração normativa do *ius puniendi*⁸.

A própria técnica utilizada pelo legislador e pelo intérprete na construção dos dispositivos jurídicos relacionados às sanções punitivas, adotando-se uma terminologia que remete à disciplina penal (como pena, tipo administrativo, ilícito etc.)⁹, evidencia que o sancionamento realizado pelo Estado se firma na mesma base estruturante, estando, portanto, em uma perspectiva de unidade.

⁶ “Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre ‘ilícitos’, ‘sanções’, litígios ou ‘processos sancionadores’ e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos ‘acusados’ e aos ‘sancionados’ em geral, como inculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances, porque retratam o poder punitivo estatal.” (Ferreira, 2012, p. 177/178)

⁷ “O Direito Penal procura absorver com seus princípios, sob a influência, aliás, de ideias autoritárias, outras disciplinas jurídicas, especialmente o Direito Administrativo e o Disciplinar, procurando uniformizar o regime de sanções e penetrando na vida administrativa, no campo das contravenções e das infrações administrativas, de um modo geral.” (Cavalcanti, 1960, p. 110)

⁸ “Isso deriva da adesão à posição prevalente, que identifica ilícito penal e ilícito administrativo, quanto à sua natureza e regime jurídico. Como ensina George Dellis ‘a ideia clássica de autonomia pura e simples da ação administrativa e da ação penal está muito bem ultrapassada: a concepção da unidade do domínio repressivo ganha progressivamente terreno’. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo.” (Justen Filho, p. 236)

⁹ Mello, 2007, p. 104.

Essa técnica, além de absorver a maturidade e o maior avanço teórico do Direito Penal (Nieto, 2005, p. 86), expressa a preocupação do legislador em nortear o processo sancionador a absorver as garantias já consolidadas neste ramo jurídico¹⁰.

Evidente que essa permeabilidade das normas penais exige uma adequação, ajustando-se às particularidades trazidas por cada ramo. Em cada um destes, o mesmo dispositivo pode ganhar uma “tonalidade” diferente (García de Enterría e Fernandez, 2004, p. 168), de modo que a sua aplicação se dê de forma mais efetiva.

Diante disso, antes de analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância para o Direito Administrativo Sancionador, vale realizar algumas considerações sobre este ramo do Direito.

1 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A SUJEIÇÃO ESPECIAL

A permissibilidade punitiva exige a existência de um vínculo que ligue o Estado ao indivíduo, o que se dá por meio da imposição legislativa. Somente o legislador pode exigir a adoção de um comportamento que, em caso de não observância, pode ensejar a aplicação de uma sanção punitiva.

Nessas hipóteses, o estado encontra-se na condição de ente regulamentador das relações sociais e que possui a atribuição de tipificar as condutas proibidas, protegendo o pacto social. A atuação estatal aqui deve ser vislumbrada como a de guardião da sociedade e de seus bens jurídicos mais relevantes.

Quando essas tipificações tiverem como balizamento a relação do indivíduo com a Administração Pública, estar-se-á diante de um ilícito administrativo, que pode se dar pela sujeição geral (ou das denominadas sanções de polícia) ou pela sujeição especial.

No caso da sujeição geral, a obrigação do indivíduo com a Administração Pública se dá de forma involuntária e decorre diretamente da atribuição estatal de regulamentar o comportamento do administrado. Não há uma manifestação

¹⁰ Nesse diapasão, vale colacionar as palavras do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no Mandado de Segurança nº 18.666/DF, quando discorria sobre a permeabilidade das normas penais nos procedimentos administrativos disciplinares: “Estou em que essa tendência mereça e deva mesmo ser maximamente prestigiada, para se criar a mentalidade de preservação dos direitos, liberdades e garantias individuais, que são, em última análise, as características e os fundamentos do Estado Democrático”.

de vontade por parte deste sobre aderir ou não àquela relação jurídica, sendo esta compulsória e concernente à vida em sociedade¹¹.

É o caso, por exemplo, das infrações de trânsito, nas quais há a tipificação de condutas proibidas visando garantir uma mobilidade urbana segura e ordenada. Outro exemplo seria o sancionamento decorrente do não recolhimento de um imposto, impedindo que o estado cumpra com suas políticas públicas de interesse da coletividade.

Por sua vez, a sujeição especial¹², erigida na doutrina alemã do século XIX¹³ e capitaneada precipuamente por Otto Mayer, surgiu com o objetivo de remodelar o princípio da legalidade, os direitos fundamentais e a proteção judicial.

Para essa corrente de pensamento, algumas relações específicas, concernentes à atividade habitual da Administração Pública, não deveriam conter uma limitação legal de atuação, sendo relevante a abertura regulamentar que se desse por meio de atos normativos expedidos pela própria administração. A atuação deveria se nortear pelo *standard* principiológico de que “a ação administrativa há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito”¹⁴.

¹¹ “As pessoas naturais ou coletivas se obrigam perante a Administração Pública de forma compulsória ou por vontade própria. Involuntariamente, a sujeição se dá por força de lei (de sujeição geral), de sorte que as infrações administrativas gerais (ou de polícia) contrastam com obrigações ou proibições para as quais não há um fator volitivo de aproximação (como o fiscal, e.g.)” (Ferreira, ob. cit., p. 174)

¹² O instituto também é corriqueiramente nomenclaturado como “relações especiais de poder”, buscando fugir da concepção de hierarquia entre a Administração Pública e o indivíduo. Apesar de filarmos a essa perspectiva, preferimos adotar o termo “sujeição especial” como mais comumente é utilizado. Para saber mais sobre as controvérsias acerca da utilização do termo, ler: WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista de Direito Público*, Doutrina Brasileira, n. 18, 2007.

¹³ Segundo a Professora Wimmer, “a doutrina das relações de sujeição especial, originada na Alemanha do século XIX, surgiu para fundamentar a existência de um poder administrativo especial que legitimaria a imposição de determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situações diferenciadas em relação ao Poder Público. Entre os exemplos tradicionalmente apontados, estão às relações que se desenvolvem entre o Estado e funcionários públicos, estudantes de escolas públicas, militares e presos – relações marcadas por uma acentuada dependência em relação ao Estado. Trata-se de uma construção jurídica, que busca justificar a minoração dos direitos dos cidadãos, ou dos sistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como consequência de uma “relação qualificada com o poder público” (idem).

¹⁴ “[...] a administração, para fazer-se ‘conforme ao direito’, deve estar vinculada pelas regras jurídicas. A Constituição criou com essa finalidade a forma da lei, e isso basta. Não obstante, é fácil ver que a atividade do Estado não pode circunscrever-se à simples execução das leis existentes; a ele é necessário viver e trabalhar, ainda que não haja normas para dirigir sua atividade; há na administração uma

Nessa visão clássica da sujeição especial, haveria um grau de liberdade regulamentar da administração, que poderia criar obrigações e impor sanções sem a devida previsão legal e sem que se pudesse haver a intervenção jurisdicional. Nas palavras de Wimmer (2007, p. 38/39):

Dessa definição depreende-se que as relações de sujeição especial tinham o condão de colocar o indivíduo numa situação de especial dependência em relação ao Estado. Afastava-se o princípio da reserva legal para a imposição de restrições aos direitos fundamentais, podendo o Executivo mover-se de forma livre e autônoma para determinar os termos e condições da relação especial em causa. Mayer menciona como exemplos de relações de sujeição especial as obrigações do funcionário público, o poder disciplinador (*Dienstgewalt*), o poder de direção nos estabelecimentos públicos (*Anstaltsgewalt*) e o poder das corporações públicas sobre seus membros (*Vereinsgewalt*). A instauração de uma relação de sujeição especial poderia, para Mayer, decorrer de lei, como no caso das relações involuntárias, como o serviço militar, ou de um ato de consentimento voluntário, como ocorre na nomeação para um cargo público. Assim, a diferenciação entre relações especiais e relações gerais servia de instrumento legitimador da modificação da vigência geral de três institutos jurídicos: (i) o princípio da legalidade; (ii) os direitos fundamentais; e (iii) a proteção judicial.

Entretanto, essa possibilidade de limitação a direitos fundamentais sem a previsão legal não pode vigorar na sistemática de um Estado de Direito Constitucional¹⁵, em que se sustenta a irrenunciabilidade dos direitos

multitude de coisas que não podem ser previstas por regras estritas que as encadeariam. O *Rechtsstaat* deve, por conseguinte, restringir suas exigências ao que seja possível; portanto, seu princípio pode formular-se assim: a ação da administração há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito.” (Mayer *apud* Wimmer, op. cit., p. 37 – tradução livre)

¹⁵ “Nesse contexto, a teoria das relações de sujeição especial revelou-se anacrônica e nitidamente incompatível com o novo quadro constitucional. Todavia, não foi de imediato abandonada. A entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn não provocou a imediata superação dos conceitos jurídicos ancorados em estruturas constitucionais pretéritas, mas contribuiu para sua gradual obsolescência e/ou transformação.” (Wimmer, op. cit., p. 42)

fundamentais¹⁶. Não seria lícito conceder à Administração Pública a prerrogativa de suprimir direitos basilares do indivíduo, criando-se, assim, uma relação desequilibrada e autoritária entre administração e administrado.

Nessa trilha, o Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento BBVGE 33,1 de 14 de março de 1972¹⁷, asseverou que a mera existência de uma relação especial não poderia legitimar a limitação de direitos fundamentais, sendo imperioso que essas limitações detivessem expressa previsão legal.

Nada obstante isso, não significa, como querem alguns, que ocorreu a morte do instituto. A sujeição especial se mostra de extrema relevância para permitir que a Administração Pública, alicerçada por um diploma legal, adequue o texto normativo a uma determinada realidade.

É extremamente palatável que um instrumento convocatório de uma licitação pública melhor delineie as infrações administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993, adaptando-as de acordo com o objeto licitado. O que se mostra inviável é a criação de novos tipos infracionais, estabelecendo novas hipóteses punitivas.

Ainda, vale ressaltar que esse vínculo especial de sujeição pode ser formado de forma voluntária ou involuntária, como bem expressa Daniel Ferreira (2009):

¹⁶ “Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (irrenunciabilidade dos direitos fundamentais) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitii deminutio*. Trata-se tão somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional, desde logo porque as pessoas sujeitas a estatutos especiais mantêm a titularidade de direitos [...]. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, devendo encontrar seu fundamento na Constituição (ou estar pelo menos pressuposto).” (Canotilho, 2003, p. 466/467).

¹⁷ “A doutrina aponta a decisão BVGE 33, 1 do Tribunal Constitucional alemão, de 1972, como o grande catalisador para a metamorfose da doutrina das relações especiais de sujeição, após o advento da Lei Fundamental de Bonn. O recurso foi motivado pela restrição à liberdade de expressão de um preso, com fundamento em uma disposição administrativa. Na decisão, o Tribunal afirmou a vigência dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade no âmbito das relações especiais de sujeição, determinando que (i) os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos por intermédio ou com base em uma lei; (ii) as intervenções nos direitos fundamentais dos presos, sem fundamento legal, somente podem ser de caráter provisório; (iii) a limitação dos direitos fundamentais dos presos somente pode ser considerada quando tal for indispensável para alcançar os fins da sociedade, abrangidos pela ordem de valores da Lei Fundamental; (iv) cabia ao legislador expedir uma lei de execuções penais em conformidade com a concepção moderna de direitos fundamentais, que contemplasse critérios rigorosos sobre as circunstâncias nas quais poderia haver intervenções nos direitos fundamentais.” (Wimmer, op. cit., p. 43)

Configuram infrações administrativas especiais as que se constituem em razão de um vínculo de especial sujeição, que pode ser voluntário (contratuais [decorrentes de vínculo originado por conta de licitação, por exemplo], disciplinares [face ao regime funcional]) ou involuntário (transgressão em sede de regime militar obrigatório e outras passíveis de cometimento pelos encarcerados).

A existência de uma sujeição (geral ou especial) com a Administração Pública, portanto, caracteriza-se como condição de possibilidade de fixação do ilícito administrativo e da consequente aplicação da sanção punitiva.

Esse sancionamento, contudo, somente será factível diante da já mencionada observância das garantias individuais que norteiam o procedimento sancionador, entre elas, a do consagrado princípio da insignificância, que passamos a analisar.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A execução da conduta tipificada como proibida pelo sistema jurídico não conduz necessariamente à prática de um ilícito, sendo imperiosa a averiguação no caso concreto da ocorrência dos demais elementos indispensáveis para sua caracterização.

Entre eles, encontra-se a significância lesiva ao bem jurídico protegido. Se o objetivo da norma é protegê-lo, não teria sentido a punição quando a conduta do agente não é capaz de lesioná-lo concretamente.

Com efeito, em determinadas situações, a lesão ao bem jurídico não passa de um mero arranhão, mostrando-se incapaz de atingi-lo em uma perspectiva real. Nesses casos, sob o manto do *mínima non curat praetor*, o estado deve se abster de aplicar a sanção.

Note-se que, ao contrário do princípio da lesividade, na insignificância, há a lesão ao bem jurídico, mas, de tão minúscula, não alcança a relevância necessária para aplicar a punição. A ausência de lesão significativa torna injustificável a busca punitiva¹⁸, uma vez que não houve a efetiva quebra do pacto social.

¹⁸ “A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.” (Prado, 2006, p. 148)

Sob essa perspectiva, o alemão Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, de 1964, teria sugerido a introdução do princípio da insignificância na determinação geral do injusto e na interpretação das normas penais¹⁹. Nas palavras do jurista alemão:

[...] a esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio de poca importancia [...] Como fuerza debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia. Igualmente también la amenaza debe ser sensible para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país. (Roxin apud Toledo, 1994, p. 133/134)

O princípio da insignificância, portanto, visando impedir a desproporção entre a lesão do bem e a intervenção estatal (Bitencourt, 2008, p. 21), excluirá a tipicidade material da conduta, tornando-a irrelevante para fins punitivos. Em outras palavras, não obstante o agente tenha praticado o comportamento previsto na norma proibitiva (tipicidade forma), a sua ação (ou omissão) não foi suficiente para afetar significativamente o bem protegido (tipicidade material).

A sua aplicabilidade, contudo, vem sendo amplamente vergastada sob o fundamento de que não é possível construir critérios claros para identificar a insignificância, de forma que a sua parametrização fica ao alvedrio do intérprete que irá valorar no caso concreto se a lesão foi ou não significativa. Segundo esses opositores, esse princípio traz uma carga de subjetivismo extrema que pode afetar a segurança jurídica, devido à vagueza conceitual da sua expressão.

Essa corrente de pensamento, entretanto, baseia-se em uma perspectiva de fechamento conceitual a partir da estrutura semântica da linguagem, acreditando na existência de um conceito jurídico determinado *a priori*. Não se observa, assim, os ganhos trazidos pela filosofia analítica, principalmente pela

¹⁹ “Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância.” (Toledo, 1994, p. 133)

ideia de estruturação conceitual a partir da dimensão pragmática da linguagem e da noção de jogos de linguagem defendidos pelo segundo Wittgenstein²⁰. Assim, não é possível albergar tais críticas, uma vez que a construção conceitual sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto e isso não implica no subjetivismo, mas na formação do conceito – provisório e precário – a partir da intersubjetividade.

No âmbito do Direito Administrativo, erige outra crítica, asseverando-se que este ramo defende a coletividade e que o cometimento do ilícito necessariamente irá atingir o interesse público, pilar estruturante do Direito Administrativo e que prevalece ante o interesse privado.

Essa fundamentação é vazia na vigência do Estado Democrático de Direito, pois a Supremacia do Interesse Público possui um viés extremamente autoritário, inserindo o indivíduo na condição de súdito do estado²¹. Ao revés disso, o estado deve garantir os direitos fundamentais, não sendo lícita a supressão desses direitos com o argumento de defesa da coletividade. É imprescindível a avaliação, no caso concreto, se a ação do agente efetivamente foi capaz de lesionar significativamente o bem jurídico e se é merecedora de punição.

A aplicabilidade do princípio da insignificância, ainda, pode ser defendida com o fundamento de que, enquanto no Direito Penal, em razão da subsidiariedade e da fragmentariedade, há um quantitativo menor de condutas puníveis, no Direito Administrativo ocorre o oposto, com uma maior amplitude de condutas tuteláveis, o que indica a necessidade de uma aplicação mais acentuada deste princípio, fazendo com que a Administração não gaste recursos (físicos e financeiros) com comportamentos inexpressivos e incapazes de ocasionar um dano efetivo ao Erário ou à coletividade.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, parece não açambarcar esse posicionamento, mormente quando se trata de Improbidade Administrativa. No julgamento do REsp 892818/RS, o Ministro Relator Herman Benjamin afastou a aplicabilidade deste princípio, aduzindo que o bem jurídico protegido

²⁰ Para uma abordagem mais aprofundada sobre o assunto, sugerimos a leitura do livro *O Administrativismo do século XXI: Por uma Visão Renovada dos Conceitos Jurídicos Indeterminados*, de autoria do professor Leonardo de Araújo Ferraz.

²¹ Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se em uma compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos. (Sarmiento, 2007, p. 48)

era a moralidade administrativa, pouco importando o quantitativo recebido injustificadamente pelo agente.

A partir do momento em que há a valoração negativa da ação, resta-se caracterizada a conduta ímproba sujeita de punição, independentemente do quantitativo envolvido. Na visão do Ministro, a significância somente poderia ser aferida quanto à irregularidade cometida, pois, após constatada a ausência de eticidade da conduta, seria impossível caracterizá-la como insignificante, uma vez que já havia sido violada substancialmente a moralidade pública, objeto de proteção pela norma.

Como alicerce argumentativo, o Relator citou o julgamento do REsp 769317/AL, que trata da apuração de crime de responsabilidade por parte do chefe do executivo municipal. Neste, o Ministro Gilson Dipp não acatou a aplicação do princípio da insignificância, alegando que “não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto do ponto de vista ético e moral”.

Voltando ao caso específico do REsp 892818/RS, tratava o caso da utilização indevida de um veículo de propriedade do município e da força de trabalho de três guardas municipais para fins pessoais do chefe de gabinete do prefeito. Teria sido gasto de combustível o valor de R\$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos) e mais o equivalente à força de trabalho dos servidores envolvidos.

Evidentemente que a conduta do agente municipal, de quem se espera e confia a mais absoluta probidade e impessoalidade, estava carregada dos resquícios do patrimonialismo, sendo inegável a violação da moralidade administrativa em vista da confusão entre o público e o privado. Cuida-se de um comportamento deplorável em se tratando de servidor público e efetivamente ilegal. Disso não há dúvida.

O que se argumenta é que essa ação, apesar de ter afetado a moralidade administrativa, não teria sido capaz de lesionar o bem jurídico protegido de forma tão intensa que merecesse uma sanção punitiva. A sanção reparatória, visando tão somente à devolução dos valores, seria uma medida mais adequada.

Repare-se que, em nome deste punitivismo, no caso em questão, a movimentação dos órgãos estatais (Ministério Público, Judiciário e outros) ocasionou um dispêndio financeiro muito maior que o “desviado”. E não se

trata aqui de fazer uma análise econômica do direito²², mas de evidenciar que a movimentação dos órgãos estatais, bem como a sanção perquirida²³, foram desproporcionais em face do fato vilipendiado.

Ainda, vale dizer que o Relator caminha bem ao deixar implícito que o princípio da insignificância não está atrelado ao quantitativo financeiro, mas à intensidade da violação ao bem jurídico protegido. Apesar de aplaudível este ponto, ele equivoca-se ao mensurar a significância em momento anterior à ocorrência de ato tipificado como ímprobo. Não obstante este princípio exclua a tipicidade, a sua exclusão se dá no plano material, isto é, quando a conduta formalmente se caracteriza como ilícita, mas, materialmente, não foi capaz de lesionar significativamente o bem.

Em outro julgado, o MS 10.827/DF, que tratava do pedido de reintegração ao cargo de um policial rodoviário federal que fora demitido por receber indevidamente auxílio-transporte no montante de R\$ 36,80 (trinta e seis reais e oitenta centavos), o Ministro Relator Hélio Quaglio Barbosa, mesmo reconhecendo a insignificância da conduta e sua baixa lesividade, compreendeu que isso não implicaria na exclusão da penalidade, uma vez que não teria o condão de excluir a tipicidade do ato nem a sua reprovabilidade ético-moral. No caso, a Corte compreendeu que deveria apenas modificar a sanção imposta, aplicando uma menos severa.

Mais uma vez, o posicionamento do STJ não caminhou com a melhor técnica. Ao reconhecer a insignificância da conduta e a sua ínfima lesividade, a sanção imposta não estaria toldada pelo direito, tendo em vista que esses elementos ensejam a atipicidade material da conduta, contornando-a como não suscetível a sanções punitivas.

O princípio da insignificância, repisa-se, não é um elemento a ser considerado na dosimetria da pena, mas na ocorrência ou não do ilícito. A sua presença implica necessariamente na constatação de inexistência do ato antijurídico, tornando-se pusilânime a imposição de qualquer sanção com caráter punitivo.

²² A linha teórica aqui trabalhada em nada se confunde com o pragmatismo defendido por Richard A. Posner e a sua *Economic Analysis of Law*.

²³ Vale destacar que qualquer sanção imposta sob o fundamento de improbidade administrativa, mesmo que não acarrete severas restrições a direitos, possui um impacto muito grande ao condenado, que é, naturalmente, rotulado como corrupto.

CONCLUSÃO

A concepção de um Direito Administrativo Sancionador adequado aos ditames de um Estado Democrático de Direito perpassa necessariamente pela plena observância das garantias individuais, o que exige a interconectividade com as normas protetivas do Direito Penal e Processual Penal, trazendo ao processo administrativo princípios como o da insignificância.

Entretanto, ao realizar a transposição – buscando amoldá-lo à realidade e às peculiaridades do Direito Administrativo –, o intérprete tem desvirtuado o princípio da insignificância, retirando a sua característica principal de impedir um punitivismo injustificado. O manto da supremacia do interesse público parece pesar sobremaneira nas decisões do judiciário, que buscam a punição a qualquer irregularidade em nome da suposta moralidade administrativa.

O que não se percebe é que, por vezes, a perseguição implacável ao desviante acaba por gerar um dano maior ao Erário, que precisa dispor de recursos financeiros, físicos e de pessoal para punir uma conduta que não chegou a atingir substancialmente o bem jurídico, nem mesmo a moralidade.

Destarte, é preciso que se revise o princípio da insignificância na sua face administrativa, de modo que se perceba que não se trata de um culto à impunidade, mas de um instrumento jurídico que não só garante a razoabilidade e adequação da sanção imposta à conduta perpetrada, como também permite uma maximização da estrutura estatal para que se punam as condutas de maior lesividade à Administração e ao Erário.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, v. I, 1960.

DUTRA, Leonardo Eduardo. *Princípio da insignificância: instituto de direito material inibidor da persecutio criminis*. Curitiba: UFPR, 2010.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, v. 2, 2004.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte general. Tradução do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, t. I, 1949.

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

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs.* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista de Direito Público*, Doutrina Brasileira, n. 18, 2007.

