

Princípio da insignificância, irregularidade administrativa e improbidade administrativa

Carlos Henrique Bicalho

Analista do Ministério Público de Minas Gerais

17ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público

Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional

Em matéria penal, o princípio da insignificância vem conseguindo acolhida em inúmeros julgados, funcionando como interpretação restritiva do tipo penal. Nesse sentido, acolhido o princípio da insignificância (ou da bagatela), afasta-se a tipicidade material, não se considerando criminosa a conduta que afeta minimamente o bem jurídico. Enfim, já na primeira fase de análise, a do tipo penal, o crime deixaria de se configurar. Em última análise, referido princípio coloca-se como importante instrumento de política criminal, uma vez que sua aplicação restringe a tramitação de inúmeros processos criminais na esfera judiciária.

Já na seara de punições decorrente da Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/92) o princípio da insignificância não vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores, sob o argumento de que o que se tutela é a moralidade pública, que não é passível de graduação, não sendo possível, destarte, improbidade administrativa insignificante.

Interessante trazer à baila que referido entendimento foi adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 892.818-RS, considerando que, quando o fato já foi tachado de ímprobo (juízo de improbidade da conduta), seria impossível o juiz deixar de aplicar as sanções da LIA, na fase denominada pelo eminente relator do acórdão, Ministro Herman Benjamin, de “juízo de dosimetria das sanções”. Ou o fato é ímprobo, aplicando-se com proporcionalidade e razoabilidade as sanções, ou não é, constituindo irregularidade administrativa. Não há meio-termo. Assim, resta inócua a aplicação do princípio da insignificância na seara ímproba, já que, se a conduta for considerada insignificante, será mera irregularidade administrativa. Noutros termos, não há improbidade insignificante, mas sim irregularidade insignificante (que não constitui improbidade).

É importante destacar que a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça não trata exatamente da possibilidade da utilização do princípio da insignificância na seara ímproba de uma maneira geral, mas sim se seria possível ao juiz, após declarar ímprobo o ato, afastar toda e qualquer sanção com base no retromencionado princípio, sendo negativa a resposta.

Dessa forma, sem entrar em conflito com a posição do Colendo Tribunal Superior, ao contrário, acatando os limites impostos pelo acórdão retromencionado (quando o juiz tacha o ato de ímprobo, não lhe é lícito deixar de fazer a dosimetria das sanções), somos a favor da aplicação do critério do conteúdo grave da conduta (improbidade material) para distinguir a mera irregularidade administrativa da improbidade administrativa, já na fase do “juízo de improbidade da conduta”. Com isso, não estamos discordando da posição do STJ, mas simplesmente procurando avaliar qual seria o conteúdo de uma irregularidade administrativa.

É importante destacar que a improbidade “material”, na caracterização de um ato ímprobo, é aferida em um terceiro momento, ou seja, após o cumprimento de requisitos – presença de agente público e do necessário elemento subjetivo apto a desencadear o ato ímprobo, avaliável pelo descumprimento da finalidade estatal, que é o interesse público.

Mister aduzir que não é pertinente adotar aqui a terminologia “insignificância”, por ser extremamente aberta e relativa. Mesmo na seara penal, a insignificância é trabalhada de maneira contida, tendo o Pretório Excelso, inclusive, estabelecido limites para ela (ausência de periculosidade do agente, mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica). Assim, aqui preferimos adotar um critério de “improbidade material” sob o viés de um atentado violento e expressivo à moralidade pública.

Não é qualquer conduta que ofende veementemente a moralidade pública, mas sim aquela expressiva.

Como considerar ímprobo um agente punível, por exemplo, com advertência no âmbito administrativo?

Assim, nessa ordem de idéias, não se pode, sob pena de subverter a mens legis, considerar improbidade administrativa uma conduta de servidor público que usa de um único papel timbrado de determinado órgão, verbi gratia, para fins particulares. Ofende o princípio da legalidade e da moralidade? Sim, ofende. Mas é apto a desencadear uma ação civil por improbidade administrativa? Pensamos que não, já que o agente público, diante do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e da inexpressividade da lesão jurídica, poderia ser penalizado de maneira mais coerente e proporcional em outra área, como a administrativa (por exemplo, recebendo uma advertência). Diferente seria a conduta de um chefe de setor que disponibiliza para terceiros dados sigilosos da administração pública.

Ou de um administrador público que incrementa substancialmente seu patrimônio ao longo dos anos, enriquecendo-se ilicitamente, ou, ainda, de um agente público que nitidamente favoreça determinadas pessoas em certames licitatórios. Nesses casos, as condutas assumem gravidade suficiente para desencadear ação civil pública por improbidade administrativa.

É importante destacar que não necessariamente poderíamos deixar de tachar de ímprobo condutas de pequena expressão econômica. Ser de pequena expressão econômica não significa que não atenta contra a moralidade pública. Por exemplo, servidor que detém senha de sistema de pagamentos de uma secretaria de fazenda. Caso esse servidor, reiteradamente, todos os meses, desviasse 30 reais e, ao final de 12 (meses), fosse descoberto, mesmo com o baixo valor apurado (360 reais ao final do período), ele deveria ser tachado de ímprobo, já que é gravíssimo e atenta contra a moralidade pública um servidor desviar todos os meses dinheiro para sua conta particular. A boa-fé objetiva (lealdade e confiança) foi ferida de morte. São vários peculatos com suficiente gravidade para causar sua demissão do serviço público, gerando, em continuidade de raciocínio, improbidade administrativa.

Enfim, o ato, para ser grave, deve ser imoral e molestar de forma veemente a moralidade pública. Um proceder de leveza extrema, não pode ser tachado de ímprobo, devendo ser considerado mera irregularidade administrativa. Nesse caso, o agente sofre as sanções disciplinares, não havendo sentido movimentar o Judiciário – aplicação dos princípios da economia processual, razoabilidade e proporcionalidade.

Mas, advirta-se: só os atos de leveza extrema, de pouca repercussão até mesmo no âmbito administrativo, poderiam ser considerados irregularidades administrativas. E, uma vez mais, não se pode confundir leveza extrema com pequena expressão econômica. Muitas vezes atos de pequena expressão econômica possuem suficiente gravidade para atacar a moralidade pública, conforme ressaltado em exemplo acima detalhado.

Essas são as linhas-mestras para distinguir uma conduta irregular de uma ímproba. Enfim, só será ímproba uma conduta que tenha agente público envolvido, comportamento em desacordo com a finalidade estatal (interesse público) e a boa-fé objetiva (lealdade e confiança) e que tenha conteúdo grave apto a gerar abalo à moralidade pública de forma contundente.■