

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

THAÍS SEBBA NOLASCO MARINHO GODOY

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**BRASÍLIA,
MAIO 2014**

THAÍS SEBBA NOLASCO MARINHO GODOY

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Trabalho de Monografia apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Administrativo como requisito parcial para
obtenção do título de especialista.

**BRASÍLIA,
MAIO 2014**

THAÍS SEBBA NOLASCO MARINHO GODOY

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Trabalho de Monografia apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Administrativo como requisito parcial para
obtenção do título de especialista.

Brasília/DF, 28 de maio de 2014.

Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar. Buscam-se na doutrina e jurisprudência do Direito Penal os conceitos, institutos e princípios necessários para compreensão da aplicação do princípio da insignificância no âmbito da seara penal. O estudo da aplicabilidade desse princípio no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar tomará como pressuposto a semelhança que esse ramo jurídico possui com o Direito Penal, enquanto ramos do direito público punitivo do Estado. Nesse sentido, serão apresentados os elementos que integram o conceito de crime e, posteriormente, os elementos da infração disciplinar, bem como noções de processo disciplinar para, ao final, analisar a aplicação de tal princípio penal no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: Ilícito penal. Infração disciplinar. Lei nº 8.112/90. Princípio da insignificância.

ABSTRACT

This work aims to examine the application of the principle of insignificance under the Disciplinary Administrative Law. Search in the doctrine and jurisprudence of criminal law concepts, institutions and principles for understanding the application the principle of insignificance under the penal law. The study of the applicability of this principle in the context of the Disciplinary Administrative Law take for granted the similarity with this law has with the Criminal Law, while branches of the punitive public law of the State. In this sense, will be presented the elements that integrate the concept of crime and then the elements of the disciplinary infraction, as well as notions of disciplinary proceedings and at the end analyze the application of this principle under the Public Administration.

Keywords: Penal infraction. Disciplinary infraction. Administrative Disciplinary Process. Law n. 8.112/90. Principle of insignificance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
2. INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DIREITO PENAL.....	13
3. ILÍCITO PENAL.....	18
4. DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	22
4.1. Infração disciplinar.....	25
4.1.1. Elementos da infração disciplinar.....	28
4.1.1.1. Fato típico.....	29
4.1.1.2. Antijuridicidade.....	30
4.1.1.3. Culpabilidade.....	31
4.2. Processo disciplinar.....	32
5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	42
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

O Poder Disciplinar, dentre outros Poderes conferidos à Administração Pública, permite que a autoridade competente exerça seu mister de punir os infratores, na forma da lei. Esse mister possui seu fim último em garantir a regularidade na prestação dos serviços públicos, bem como a satisfação dos interesses da sociedade – finalidade esta primordial da Administração Pública.

A atividade disciplinar é indispensável a qualquer entidade pública, tendo em vista a garantia da boa gestão da máquina administrativa. Nesse contexto, cumprirá ao órgão correcional receber representações contra agentes públicos, avaliar a fluência dos serviços públicos e instaurar, quando for o caso, procedimentos disciplinares para apuração de práticas irregulares.

Ocorre que nem sempre a infração funcional praticada pelo agente público lesiona de forma relevante o bem público protegido pela norma. É o caso das condutas que se enquadram perfeitamente em um tipo administrativo disciplinar, no entanto, causaram uma ínfima lesão à Administração. Neste caso, indaga-se: é eficiente a Administração Pública provocar a seara correcional com instauração de procedimentos disciplinares?

A fim de responder a esse questionamento o presente trabalho apresentará, preliminarmente, em capítulo próprio, breves comentários acerca do ilícito penal, onde serão expostas noções dos elementos que constituem o crime com a finalidade de buscar, especificamente, no elemento tipicidade a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal.

Posteriormente, será exposto o ponto comum que o Direito Administrativo Disciplinar possui com o Direito Penal e em razão das similitudes entre esses dois ramos jurídicos demonstrar que princípios e institutos do Direito Penal também podem ser aplicados ao Direito Administrativo Disciplinar, ramo jurídico ainda carente de normas claras, jurisprudência e doutrina robusta, não se podendo desprezar, portanto, a contribuição que se pode obter com a conexão aos sedimentados princípios e institutos do Direito Penal.

Partindo desse pressuposto, o foco da análise será no princípio da insignificância, princípio este aplicado no âmbito do Direito Penal com respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no intuito de excluir, já na fase da análise da tipicidade, o crime e, conseqüentemente, eventual punição penal.

O que se defende nessa obra é a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar com a finalidade de impedir a instauração pela Administração Pública de procedimento disciplinar, quando a lesão causada ao bem jurídico tutelado pela norma administrativa seja inexpressiva.

Os órgãos correccionais não podem sujeitar os servidores públicos a procedimentos constrangedores por questões irrelevantes disciplinarmente e de sacrificar os recursos públicos com apurações desnecessárias. A ideia é poupar a Administração de dispêndios desnecessários e eleger vias mais eficientes de controle da conduta dos agentes públicos a depender da ofensividade da falta funcional em função do princípio da proporcionalidade.

Não se defende a condescendência da autoridade, mas a possibilidade de correção das condutas funcionais por meio de atos de mero gerenciamento, nos casos em que estas não apresentam lesividade material à regularidade do serviço público, inclusive em obediência aos princípios da eficiência e razoabilidade.

No decorrer do trabalho será exposto também, além das noções de ilícito penal e aplicação do princípio da insignificância na seara penal, noções de infração e processo disciplinar, o suficiente para compreensão dos fundamentos expostos para atingir a questão fundamental debatida no presente trabalho, qual seja, aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, a fim de impedir a instauração de procedimento disciplinar pela Administração Pública quando a lesão causada pelo agente público for inexpressiva.

O interesse pelo tema adveio do cotidiano enquanto servidora atuante em Órgão Correccional. Lotada na Controladoria-Geral da União, Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, há tempo, no exercício do ofício, venho me deparando com questões que se resolveriam sem adentrar na seara

correcional, questões cuja lesividade não é tamanha a ponto de exigir a provocação da máquina administrativa com instauração de procedimento disciplinar, provocação esta que demanda recursos financeiros e humanos, recursos esses, como bem sabido, escassos na Administração Pública.

1. O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é dotada de Poderes que lhe são indispensáveis à consecução de sua finalidade primordial – a satisfação do interesse público. Constituem eles os Poderes Administrativos, sem os quais a Administração não conseguiria sobrepor a vontade da lei à vontade individual, bem como o interesse público ao privado.

O administrador só poderá usar estes poderes para preservar os interesses públicos. Se ultrapassar os limites haverá abuso de poder e desvio de finalidade, e conforme o caso, tipificar crime de abuso de autoridade.

Nas lições do renomado administrativista Hely Lopes:

Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições. Esse poder é de ser usado normalmente, como atributo do cargo ou da função, e não como privilégio da pessoa que o exerce.¹

No entanto, ao mesmo tempo em que são denominados Poderes, também são “deveres”, ou seja, estes Poderes são impostos à Administração Pública de tal forma que lhe é vedada a inércia, ou seja, a Administração não possui a faculdade de atuar, e sim, a obrigação de atuar. Nos ensinamentos de Hely Lopes, “se para o particular o *poder de agir* é uma faculdade, para o administrador público é uma *obrigação de atuar*, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.”² Por isso são chamados de “poder-dever”.

Dentre os Poderes conferidos à Administração Pública (discricionário, vinculado, regulamentar, hierárquico, polícia, disciplinar), cumpre, dentro do objetivo proposto neste trabalho, explicitar o que vem a ser o Poder Disciplinar.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106.

² *Ibid.*, p. 107.

Poder Disciplinar é o poder-dever da Administração Pública de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades aos agentes pelas faltas disciplinares cometidas.

Na doutrina de Hely Lopes Meirelles:

poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.³

Para o professor e Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado:

O poder disciplinar corresponde à atividade administrativa do Estado por meio do qual são aplicadas sanções àqueles que violem esses deveres ou que pratiquem ato vedado pela legislação ou pelo contrato.⁴

Para o autor Antônio Carlos Carvalho:

O poder disciplinar é exercitado no âmbito da função administrativa do Estado sobre as pessoas que se vinculam à Administração Pública por um elo jurídico especial (estatutário) e decorre da quebra das normas de disciplina na função pública, sendo manejado por autoridades administrativas hierarquicamente superiores ao acusado e inserido no campo do direito administrativo.⁵

Nas lições da renomada administrativista Maria Sylvia Zanella:

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da

³ MEIRELLES, op. cit., p. 127.

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 677.

⁵ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. Brasília: Fortium, 2008. p. 75.

Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.⁶

O Poder Disciplinar funciona como meio de conduzir a atuação funcional dos servidores públicos de acordo com as normas estabelecidas, meio este necessário para a efetiva proteção do interesse público e da boa gestão da máquina administrativa.

A Administração, por meio da autoridade competente para aplicação de penalidade deve exercer seu mister de punir os infratores, na forma da lei, para preservar os bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo disciplinar. Reveste-se, pois, o Poder Disciplinar de caráter sancionatório.

Importante destacar que o Poder Disciplinar não se confunde com o Poder Hierárquico, apesar de relacionar-se a ele. Por meio do Poder Hierárquico, distribui-se e escalonam-se funções executivas, enquanto que no Poder Disciplinar a Administração Pública controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, aplicando sanções quando necessário.

O exercício do Poder Disciplinar é um “dever” da autoridade. Esse dever está insculpido no artigo 143, da Lei nº 8.112/90, lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.⁷

A autoridade ao tomar conhecimento de elementos que indiquem a ocorrência de infração funcional é obrigada a promover sua apuração imediata, não comportando discricionariedade. Não a promovendo estará praticando crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320, do Código Penal.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo: atualizada até EC n. 62/09**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

⁷ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Quanto ao tema, preleciona o Hely Lopes:

Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este der ensejo, ou, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.⁸

O exercício do Poder Disciplinar pressupõe a previsão dos fatos puníveis e o rol das penalidades pertinentes, previsão essa em regramento estabelecido no estatuto do funcionalismo, norma que estabelece direitos e deveres do servidor público, procedimento para apuração de infrações funcionais e demais regras disciplinares.

Para o presente trabalho será considerado o estatuto do funcionalismo no âmbito da União, que é regulamentado por meio da Lei nº 8.112/90, lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 128.

2. INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DIREITO PENAL

Conforme visto no capítulo anterior, Poder Disciplinar corresponde à atividade administrativa por meio do qual o Estado apura ilícitos administrativos e aplica penalidades aos agentes públicos pelas faltas disciplinares cometidas. Reveste-se, portanto, de caráter punitivo.

Assim preleciona Antônio Carlos Alencar acerca do caráter punitivo do Poder Disciplinar:

O poder disciplinar tem feição essencialmente apenadora, pois é destinado a reprimir os desvios de comportamento dos servidores públicos por meio da imposição de correspondentes sanções aos transgressores. A punição dos culpados é fundamental, porquanto atua como fator de exemplo para os demais agentes públicos e termina por desencorajar o descumprimento das regras de conduta funcional.⁹

O ramo do direito que tem como objeto o conjunto de normas que regula o procedimento de apuração dos ilícitos administrativos disciplinares, bem como a aplicação das penalidades disciplinares é o Direito Administrativo Disciplinar, o qual possui ampla aproximação com o Direito Penal, enquanto ramos do direito público de caráter punitivo.

O poder punitivo do Estado se utiliza basicamente do Direito Penal e do Direito Administrativo Disciplinar. Ambos os ramos de direito, dado o caráter punitivo que possuem, expressam o *ius puniendi* do Estado.

Conforme menciona Fábio Medina¹⁰, há outros ramos jurídicos que também trabalham com as noções de “penas” ou “sanções”, como ocorre com os direitos civil e trabalhista, no entanto não se inserem no campo do Direito Público Punitivo, dado que ambos integram o direito privado. O Direito Público Punitivo do Estado, mais especialmente o Direito Sancionador se subdivide nos ramos penal e administrativo,

⁹ CARVALHO, op. cit., p. 72.

¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 138.

com suas funções de regulação global dos valores sociais. Os dois mecanismos básicos de que o Estado dispõe para garantir a ordem pública e o ordenamento jurídico globalmente considerados: os direitos penal e administrativo.

Cabe citar as palavras de Egberto Maia Luz ao fazer analogia do Direito Penal com o Direito Administrativo Disciplinar:

A ciência penal deseja, em última análise, prevenir o crime ou a contravenção e, pela ocorrência de qualquer deles, reintegrar a ordem jurídica social naquela normalidade propícia ao interesse e às felicidades coletivas. Ora, guardadas as proporções, não vemos como encontrar outra analogia senão nesta mesma finalidade penalista para o Direito Administrativo Disciplinar, que tem a sua existência justificada, repetimos, na perfectibilidade do comportamento físico e individual dos servidores, para o crescente bem estar coletivo do organismo estatal.¹¹

Imperioso ressaltar que não se defende aqui a máxima semelhança entre estes dois ramos de direito. Há sim diversas diferenças entre estes. No entanto, o caráter punitivo os aproxima, no sentido de que ambos visam inibir determinadas condutas nocivas à ordem social ou ao desenvolvimento da administração pública, no caso do direito disciplinar, bem como reprimir quando essas condutas forem praticadas pelo agente e, no caso do direito administrativo, pelo agente público.

Nesse sentido preleciona Mônica Nicida:

Efetivamente, a maior parte da doutrina atribui a ambos os delitos – administrativos e penais – a mesma natureza jurídica, sustentando haver não uma diferença ontológica, mas sim de grau. Todo o ato contrário à ordem dos serviços, ao bom funcionamento da Administração Pública, em que se revele o não cumprimento, pelo agente público, das obrigações e deveres previamente estatuídos, será considerado como ilícito administrativo, desde que previsto como tal. O ato pode se revestir, porém, de tamanha gravidade, que acaba por ofender não apenas a ordem interna da Administração Pública, mas transcende os limites da administração, para colher a própria sociedade, e, portanto, o próprio interesse público. Tratando-se de ofensa mais ampla, que tem repercussões externas ao seio da máquina administrativa, o legislador alça o ato à categoria de crime.¹²

¹¹ LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 76.

¹² GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 180.

Fábio Medina Osório ao defender a semelhança entre Direito Penal e Direito Administrativo Disciplinar, também disserta sobre os critérios que distinguem ambos:

Um dos mais significativos critérios diz respeito ao conteúdo das normas penais e administrativas, conteúdo supostamente distinto numa e noutra esfera. Nas normas administrativas, o que se buscaria proteger seriam os interesses e valores da própria Administração, ao passo que o Direito Penal teria uma vocação mais geral e global.¹³

Observa-se que a diferença traçada pelo autor diz respeito ao conteúdo das normas e não ao caráter punitivo, caráter este que os fazem semelhantes na essência. Nota-se que tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Disciplinar, com o caráter punitivo que possuem, previnem condutas contrárias ao ordenamento jurídico a fim de restabelecer a ordem social e coletiva, no caso do direito penal e a ordem interna no organismo estatal, no caso do direito administrativo disciplinar. Ressalta-se ainda que tanto o ilícito administrativo como o ilícito penal precisam estar previamente definidos em lei, para que se caracterizem.

O mesmo autor reafirma em suas lições a identidade entre os dois ramos jurídicos:

Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos.¹⁴

Conforme preleciona Lucas Furtado¹⁵, há que se ressaltar dois aspectos básicos que o Direito Administrativo Disciplinar se distingue do Direito Penal enquanto manifestação do poder punitivo do Estado: 1. a autoridade competente para aplicar sanções, que no caso do Direito Penal é a autoridade judiciária e, no Direito Administrativo, autoridade administrativa; e em razão da natureza das penas, que no Direito Administrativo não pode importar em restrição à liberdade de locomoção das pessoas.

¹³ OSÓRIO, op. cit., p. 122.

¹⁴ OSÓRIO, op. cit., p. 124.

¹⁵ FURTADO, op. cit., p. 676.

Nas lições de Fábio Medina:

Ambos os ramos jurídicos, no entanto, se aplicam a setores cada vez mais disseminados pela sociedade, donde a redução dessa distância tem sido tônica, invalidando-se semelhante critério histórico de diferenciação. Aliás, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador talvez possua um campo mais largo de alcance nas relações sociais, invertendo-se uma lógica teórica que preconizaria maior abrangência abstrata ao Direito Penal.¹⁶

Hely Lopes Meirelles ressalta a diferença de abrangência entre os dois ramos jurídicos:

Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário.¹⁷

Em que pese as citadas diferenças de abrangência, o direito administrativo voltado para a Administração Pública e o Direito Penal voltado para a coletividade em geral, abrangência esta mais ampla, não se pode negar a semelhança do caráter punitivo, que visa tanto a prevenção como a repressão de condutas contrárias ao ordenamento jurídico, bem como o restabelecimento da ordem jurídica violada.

Nesse sentido expõe Fábio Medina:

A sanção administrativa *lato sensu*, ora examinada, resulta de um exercício de pretensão punitiva do Estado, com finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada. Inibindo a possibilidade de novas infrações, dentro dos limites formais e materiais do Direito Administrativo, no que se encontram, em termos nucleares, este ramo jurídico e o Direito Penal, ambos com idênticas finalidades em sentido amplo. De um ponto de vista de eficácia, o Direito Administrativo é um instrumento tão legítimo quanto o direito penal para a garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico, porém com uma área de incidência mais limitada em termos de valores, dado que exige a presença

¹⁶ OSÓRIO, op. cit., p. 144.

¹⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 127.

intervencionista estatal ou a existência de relações de especial sujeição, subordinando-se, nesse passo, a um exame crítico concreto em termos de resultados.¹⁸

Conforme Fábio Medina a sanção disciplinar tem por objetivo assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa, ao passo que as sanções penais teriam uma funcionalidade distinta, qual seja, assegurar a paz social e valores sociais mais amplos. Nas sanções disciplinares o elemento finalístico haverá de ser bastante restrito e concentrado, tendo seu foco voltado à ordem interna, ao bom andamento da organização, aos valores específicos de disciplina, hierarquia, eficiência, moralidade que se reproduzem no interior da Administração Pública.

Enquanto o Direito Administrativo Disciplinar se restringe ao âmbito interno da Administração Pública, abrangendo tão somente infrações cometidas por agentes públicos no desempenho de função pública típica, o Direito Penal exorbita tal limitação e é exercido com base na Justiça Penal, por meio de punições voltadas à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, aplicadas pelo Poder Judiciário com vistas à finalidade de busca da paz social. Logo, punições disciplinares e criminais são diversas em relação à natureza peculiar de cada uma das penas impostas, não entanto, não deixam de ser semelhantes em relação à essência punitiva.

Não obstante as diferenças que se pode perceber entre os dois ramos do direito, cumpre realçar a finalidade das sanções administrativas e das sanções penais: ambas buscam restaurar a paz no ordenamento jurídico, reprimindo o infrator e tutelando determinados valores sociais, sejam eles internos ou não à Administração.

¹⁸ OSÓRIO, op. cit., p. 150.

3. ILÍCITO PENAL

O atual Código Penal Brasileiro não fornece um conceito de crime, somente dispondo, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Esse seria o conceito de crime, utilizando-se do critério legal.

Não tendo sido o conceito de crime expressamente definido na legislação brasileira, a doutrina fez esse trabalho e conceituou crime levando em conta três aspectos: legal, material e analítico. O conceito legal, como já citado, seria o descrito na Lei de Introdução ao Código Penal.

De acordo com o critério material, “crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena.”¹⁹

Para Rogério Greco, “considerando-se o seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.”²⁰

Nos ensinamentos de Cleber Masson, no aspecto material, “crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.”²¹

Já o critério analítico se funda nos elementos que compõem a estrutura do crime, quais sejam, fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. No entanto, a corrente que inclui no conceito de crime os quatro elementos citados (posição quadripartida) é claramente minoritária. A corrente mais aceita, adotada por doutrinadores como Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Luiz Regis Prado, Cezar Bitencourt e outros é a que considera os seguintes elementos para definir crime: fato típico, ilicitude e culpabilidade (posição tripartida).

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 210.

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 153.

²¹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado - parte geral – vol. 1**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010. p. 157.

Há ainda uma corrente minoritária que considera crime como fato típico e ilícito (posição bipartida). Adotam essa corrente Damásio de Jesus, Júlio Fabbrini Mirabete, entre outros.

Considerando o objetivo do presente trabalho não será realizada análise aprofundada sobre os elementos do crime. Será exposto aqui neste tópico o suficiente para compreender adiante as questões sobre o princípio da insignificância.

O fato típico, primeiro elemento do crime é conceituado pelo penalista Fernando Capez como “o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal.”²² O fato típico é composto pelos seguintes elementos:

- a) conduta (dolosa ou culposa – comissiva ou omissiva): é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade;
- b) resultado: é a consequência provocada pela conduta do agente;
- c) nexos de causalidade: é o vínculo formado entre a conduta praticada por seu autor e o resultado por ele produzido;
- d) tipicidade: é a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal.

Conforme exposto, a tipicidade é adequação perfeita da conduta do agente ao tipo penal. No entanto, segundo grande parte da doutrina, formada por renomados autores penalistas, somente essa adequação não é suficiente para concluir pela existência de tal elemento. Além dessa adequação, a que se dá o nome de tipicidade formal (ou legal), é necessário que a conduta do agente seja *antinormativa*, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por outra norma do Estado, bem como *ofensiva a bens de relevo* para o Direito Penal, que se traduz na tipicidade material.

A conjugação dessa *antinormatividade* e *ofensividade a um bem relevante* para o Direito Penal é o que se define como tipicidade conglobante, conceito este criado pelo renomado professor penalista argentino e Ministro da Suprema Corte

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte geral – vol.1.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136.

Argentina, Eugenio Raul Zaffaroni. Tipicidade conglobante = conduta antinormativa + tipicidade material.

Para o renomado penalista, “a tipicidade penal requer que a conduta, além de enquadrar-se no tipo legal, viole norma e afete o bem jurídico.”²³ Ou seja, tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante.

Assim preleciona Zaffaroni acerca da tipicidade material como parte da tipicidade conglobante:

fica claro que a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limitando. Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação do tipo legal, pode acontecer que o tipo legal tenha se configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante.²⁴

Assim ensina o citado penalista acerca da antinormatividade:

pode ocorrer o fenômeno de que a fórmula legal aparente abarca hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva considerada isoladamente, mas que de modo algum podem incluir-se na sua proibição quando considerada conglobadamente, isto é, formando parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal não se reduza à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), mas que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante.²⁵

O nome “conglobante” deriva da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral, conglobado, e não apenas ao Direito Penal. Não basta a violação da lei penal. Exige-se ofensa a todo o ordenamento jurídico.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997. p. 459.

²⁴ Ibid., p. 563.

²⁵ Ibid., p. 551.

Ademais, deve haver um critério material de seleção do bem a ser protegido. É pelo critério da tipicidade material que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que se possa concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. A exigência de que o bem ofendido seja relevante para o Direito Penal é o que se chama de tipicidade material, sendo, portanto, afastados do âmbito penal aqueles considerados inexpressivos.

Em suma, tem-se que a tipicidade penal resulta da conjugação da tipicidade formal e da tipicidade conglobante, sendo esta a junção da antinormatividade da conduta do agente e da tipicidade material. Portanto, inexistindo a antinormatividade ou a ofensa a um bem jurídico relevante – tipicidade material, não haverá tipicidade conglobante, e, conseqüentemente, não haverá tipicidade penal e muito menos crime.

A ilicitude, segundo elemento do conceito de crime, é a contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito é, necessariamente, típico.

Somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Além dessas excludentes legais, a doutrina menciona causas supralegais, como o consentimento do ofendido.

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São elementos integrantes da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Ausente um desses elementos, ou seja, se o agente que praticou a conduta for inimputável ou não tiver potencial consciência da ilicitude do fato ou não lhe for exigível conduta diversa, sua conduta não será reprovável e, conseqüentemente não haverá crime.

4. DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Conforme mencionado no capítulo 2, o ramo do Direito que tem como objeto o conjunto de normas que regula o procedimento de apuração dos ilícitos administrativos, bem como a relação da Administração Pública com seu corpo funcional é o Direito Administrativo Disciplinar. Foi visto que o Direito Administrativo Disciplinar possui natureza semelhante à de direito penal, enquanto visa a inibir determinadas condutas nocivas ao desenvolvimento da administração pública, bem como reprimir quando essas condutas forem praticadas pelo servidor público. Reveste-se, portanto, assim como o direito penal, de caráter punitivo.

A finalidade do Direito Administrativo Disciplinar está respaldada na manutenção da ordem interna da Administração e na necessidade de aprimoramento progressivo do serviço público. As normas disciplinares obrigam os servidores a cumprirem seus deveres e, no caso de descumprimento, há previsão de procedimento específico para apuração da infração cometida pelo servidor, bem como previsão de aplicação de penalidade. Somente pelo fato de existirem as normas disciplinares muitas irregularidades são evitadas.

José Armando da Costa define Direito Disciplinar como “o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar a manter a normalidade do Serviço Público.”²⁶

Para Marcos Salles Teixeira:

Direito Administrativo Disciplinar, como ramo do Direito Público, decorre da competência de a administração pública impor modelos de comportamento a seus agentes, com o fim de manter a regularidade, em sua estrutura interna, na execução e prestação dos serviços públicos. Nesse objetivo, o processo administrativo disciplinar é o instrumento legalmente previsto para o exercício controlado deste poder, podendo, ao final, redundar em sanção administrativa. A sanção legalmente prevista funciona para prevenir ostensivamente a ocorrência do ilícito e, acaso configurada, para reprimir a conduta irregular. Ou seja, o objetivo da sede

²⁶ COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009. p. 32.

administrativa disciplinar é manter e retomar o regular e eficiente funcionamento da administração pública federal.²⁷

O Direito Disciplinar é o mesmo independente da esfera administrativa, o que diferencia é a lei que rege a matéria acerca da relação da Administração e seu corpo funcional. O agente público sujeita-se à legislação editada pelo respectivo ente federativo. Não há um regime único uniforme para todos os servidores públicos da União, Estados e Municípios. Cada um desses entes legisla para si, fixando as normas que melhor lhes pareçam para organização da atividade funcional de seus agentes. No âmbito da União, a principal fonte legal do Direito Administrativo Disciplinar é a Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União). Ressalta-se que o presente trabalho focará o estudo no âmbito União.

Da mesma forma que em outras áreas do Direito, o Direito Administrativo Disciplinar é composto de parte material e processual. No âmbito da Lei n. 8.112/90, a parte material é regulada pelo Título IV (Regime Disciplinar), artigos 116 a 142, onde encontra-se consubstanciadas questões como o rol de infrações e penalidades aplicáveis, competência e prazos prescricionais; e a parte processual, regulada, precipuamente, no Título V (Processo Administrativo Disciplinar), artigos 143 a 182, onde é definido o rito processual, os quais podem se desenvolver sob três diferentes formas, conforme o tipo de infração cometida: a) processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (rito ordinário); b) processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (rito sumário) e c) sindicância contraditória.

O regime disciplinar, bem como o processo disciplinar somam-se para compor o meio que o Estado dispõe para exercer seu *jus puniendi*, reprimindo, mas também prevenindo as infrações capazes de abalar o regular desenvolvimento do serviço público.

José Armando da Costa conceitua regime disciplinar:

²⁷ TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**. 2013. p. 23. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Outros-Arquivos/RFB-AnotacoesSobrePAD.pdf>. Acesso: 24/03/2014.

É o conjunto sistemático de normas substantivas definidoras de vedações, deveres, proibições, responsabilidades, transgressões, garantias e recompensas, cuja observância e aplicação objetivam resguardar a normalidade, a eficiência e a legalidade do desempenho funcional da administração pública.²⁸

Acerca do tema, merece citar as lições de Antônio Carlos Alencar Carvalho:

O cidadão empossado em cargo público contrai uma relação jurídica de natureza institucional com o Estado, com direitos e deveres recíprocos disciplinados em lei, e sujeita-se a obedecer às normas jurídicas reguladoras do exercício da função pública, cujo conjunto forma o que se chama de regime disciplinar.

A transgressão desses parâmetros de comportamento na função administrativa rende ensejo a que a Administração Pública exerça seu direito de punir os desvios de conduta praticados pelos seus servidores.²⁹

Ainda o mesmo autor:

A existência de regras disciplinares, portanto, colima prevenir irregularidades no serviço público e preservar os valores e interesses superiores da coletividade confiados à Administração Pública, a qual atua mediante atos praticados por seus agentes, daí a importância do regramento da conduta destes.³⁰

O Direito Administrativo Disciplinar, no âmbito federal, também utiliza-se de outras fontes legais, como a norma geral de processo administrativo federal, Lei n.º 9.784/1999, que é aplicada ao processo administrativo disciplinar quando a lei especial (Lei 8.112/90) não instituir o contrário. Há também disposições sobre direito disciplinar na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992).

Aplica-se ainda aos processos disciplinares os princípios regentes da Administração Pública, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, finalidade, além de princípios processuais constitucionais, tais como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de não culpabilidade. As normas do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil podem valer

²⁸ COSTA, op. cit., p. 39.

²⁹ CARVALHO, op. cit., p. 104.

³⁰ Ibid., p. 70.

subsidiariamente no direito disciplinar, ou seja, desde que não haja norma especial regendo a matéria.

O tema Direito Administrativo Disciplinar é amplo e complexo. Não se propõe abarcar todos os aspectos desse ramo do Direito Administrativo, senão o suficiente e necessário à complementação dos argumentos colacionados até aqui e que darão guarida aos fundamentos subsequentes.

4.1 Infração disciplinar

Antes de adentrar no tema da infração disciplinar, necessário registrar um breve conceito de “ilícito”. Ilícito é todo comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, seja ela civil, administrativa, penal.

Nas lições de Cleber Masson:

Illicitude é a relação de contrariedade entre o fato praticado por alguém e o ordenamento jurídico como um todo. Há, nesse contexto, ilícitos de natureza penal, civil, tributária, administrativa, ambiental etc, não existindo diferenças entre eles quanto à origem.³¹

No Código Civil, o ilícito possui definição genérica: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”³² No âmbito civil, acarreta para o agente o dever de indenizar, não tendo, portanto caráter punitivo.

O ilícito penal é a conduta descrita no Código Penal (e leis especiais), acarretando responsabilização pessoal do agente.

O ilícito administrativo-disciplinar é a conduta contrária aos dispositivos estatutários praticada pelo servidor no âmbito de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

³¹ MASSON, op. cit., p. 165.

³² BRASIL, Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002.

De acordo com a preferência de cada autor são utilizadas como variações da terminologia “ilícito disciplinar” as seguintes expressões: transgressão disciplinar, infração disciplinar, delito disciplinar e falta disciplinar.

Jose Armando define transgressão disciplinar “como proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, além de pôr em descrédito a administração, redunde em detrimento da regularidade do serviço público.”³³

Para Mauro Roberto:

O ilícito administrativo consiste em um comportamento reprovado pelo código de conduta funcional, estabelecido na lei para os servidores públicos. Ou seja, não se pode criar tipos infracionais através de atos administrativos. A responsabilidade administrativa, portanto, é gerada por um comportamento irregular do servidor público, quando no exercício de uma função ou em decorrência da mesma. É excluído, para fins de responsabilidade disciplinar, a atividade privada do servidor, que não guardar correlação com o seu vínculo público.³⁴

Conforme Francisco Xavier³⁵ o ilícito caracteriza-se pela ofensa a um bem jurídico relevante para o Estado, que é o funcionamento normal, regular e ininterrupto das atividades de prestação de serviços públicos. No ilícito administrativo, agride-se o funcionamento interno do Estado.

Praticada a infração funcional pelo servidor público, surge a responsabilidade disciplinar, que dá ensejo à aplicação de penalidade administrativa, pelo superior hierárquico, no devido processo legal. A pena é um recurso extremo de que se vale o legislador quando de outro modo não lhe seria possível assegurar a manutenção da ordem jurídica.

Na doutrina de Antônio Carlos Alencar:

A responsabilidade administrativa nasce do comportamento irregular do servidor público, do desregramento, da desobediência ao código de conduta na função pública, do desacato ao conjunto de deveres e

³³ COSTA, op. cit., p. 187.

³⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei n. 8112/90 interpretada e comentada**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 942.

³⁵ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 42.

proibições estabelecidos em lei, voltados a preservar o bom procedimento funcional dos que servem à coisa pública.³⁶

No âmbito da Lei nº 8112/90, os ilícitos administrativos disciplinares englobam o descumprimento dos deveres insculpidos no art. 116, a violação das proibições constantes no art. 117 e as condutas previstas no art. 132. A infração disciplinar surge quando há violação da norma disposta num desses artigos, que será passível de aplicação, mediante prévio processo disciplinar, de penalidade administrativa.

Ressalte-se que a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional mediante procedimento administrativo disciplinar, o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor. Assim prevê o artigo 126 da Lei nº 8.112/90: “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”³⁷

Cabe destacar que o comportamento ilícito do servidor pode projetar efeitos nas esferas disciplinar, civil e penal. A apuração do ilícito em uma esfera não afasta a apuração em outra esfera, podendo, o servidor faltoso ser responsabilizado tridimensionalmente. Assim é o preceito legal insculpido no art. 121, da Lei nº 8.112/90: “O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.”³⁸ Já o artigo 125, proclama o princípio da independência das instancias: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”³⁹

O próximo tópico versará sobre os requisitos que deverão ser atendidos para que determinada conduta praticada pelo servidor público possa ser considerada uma

³⁶ CARVALHO, op. cit., p. 123.

³⁷ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

³⁸ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

³⁹ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

infração disciplinar prevista na lei. Para isso, necessário analisar os elementos da infração disciplinar.

4.1.1 Elementos da infração disciplinar

Conforme visto no capítulo 2, o Direito Administrativo Disciplinar, embora independente e com objeto específico voltado para o bom funcionamento da estrutura interna da Administração, se aproxima do Direito Penal, enquanto ramos do direito público de caráter punitivo. Cabe citar as lições de Mauro Roberto ao comparar o Direito Administrativo Disciplinar ao Direito Penal:

O Direito Administrativo Sancionador/Disciplinar é apenas mais umas das condições jurídicas de manifestação do *ius puniendi* do Estado. Sua diferença para o Direito Penal é apenas de grau ou, em algumas situações, mera opção legislativa.⁴⁰

Ainda o mesmo autor:

O Direito Penal cumpre importante papel no âmbito do direito sancionatório, incluindo o disciplinar, pois exterioriza muitas garantias aos acusados, para estabelecer a certeza na repreensão à prática de uma infração disciplinar legalmente prevista e tipificada em lei. Por isso é que muitos dos princípios legais que regem o Direito Penal estão também presentes no Direito Administrativo Disciplinar, tais como os princípios da tipicidade, prescrição intercorrente, isonomia, proporcionalidade, proibição da *reformatio in pejus*, *non bis is idem*, presunção de inocência, inversão do ônus da prova, direito à ampla defesa e ao contraditório, legalidade, dentre outros.⁴¹

Tendo em vista a semelhança no objeto dessas duas áreas no que se refere à previsão da conduta ilícita, à apuração dessas condutas, mediante processo em que seja assegurado ao acusado ampla defesa e contraditório, à aplicação de penalidade previamente cominada em lei, recorre-se às lições de Direito Penal para

⁴⁰ MATTOS, op. cit., p. 1092.

⁴¹ MATTOS, op. cit., p. 1092.

o estudo dos elementos que caracterizam a infração disciplinar, especialmente no tocante a teoria do crime.

Em razão dessa similitude entre os dois ramos jurídicos, que muitos princípios e teorias que se aplicam ao Direito Penal são aplicados ao Direito Disciplinar. Os próximos tópicos tratarão acerca dos elementos da infração disciplinar. Para isso recorrer-se-á teoria do crime. Os elementos apontados para o crime, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, serão os mesmos apontados aqui para a infração disciplinar. O ilícito administrativo disciplinar é decorrência de um fato típico, antijurídico e culpável, a exemplo do ilícito no direito penal.

4.1.1.1 Fato típico

Como visto no capítulo 3, que tratou dos elementos do crime, o fato será típico quando comprovado que o agente atuou dolosa ou culposamente, que em virtude de sua conduta adveio o resultado e, por fim, que o seu comportamento se adequa perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei, adequação esta a que se dá o nome de tipicidade.

A tipicidade é a adequação da conduta praticada pelo agente ao tipo previsto na lei. No âmbito do direito disciplinar tipicidade é o enquadramento da conduta do agente público a uma das hipóteses previstas nos arts 116, 117, 132, da Lei nº 8.112/90. A tipicidade é consequência dos princípios da segurança jurídica e da legalidade. Ressalta-se que, assim como no direito penal, a conduta do agente deve ter sido praticada com dolo ou culpa. Assim preleciona Mauro Roberto acerca da tipicidade no direito administrativo disciplinar:

A tipicidade, no Direito Administrativo Disciplinar, segue salutar influência do Direito Penal, exigindo-se da comissão disciplinar e autoridade julgadora, a verificação dos elementos objetivos do tipo, bem como dos subjetivos (dolo ou culpa) e normativos, para efetuarem a devida subsunção do fato praticado pelo servidor público ao tipo (sua descrição) previsto na lei, “corolário da observância do princípio da culpabilidade e do instituto da imputação objetiva.
(...)

Deve a ação ser típica e antijurídica, ou seja, adequando-se com a descrição feita pela lei, objetivando subsumir na mesma a conduta de quem praticou um ato ilícito, para fundamentá-lo.

(...)

Dessa forma, a tipicidade, como característica do Direito Penal moderno, totalmente extensível ao Direito Administrativo Disciplinar, segundo Beling, é a necessidade de que os delitos sejam catalogados, ou correspondam, aos tipos descritos em lei, para que eles não fiquem expostos a vagas e genéricas definições.

Por essas razões, não há plausibilidade jurídica em impor-se uma punição disciplinar se a mesma não está fulcrada em um tipo legal, previamente estabelecido, através de lei formal e em vigor antes da prática da conduta infracional do servidor público.⁴²

Assim como no Direito Penal, somente essa adequação da conduta do agente à lei, à que se dá o nome de tipicidade formal (ou legal), não é suficiente para concluir pela existência da tipicidade. Além dessa adequação é necessário que haja a tipicidade material, ou seja, a conduta do agente deve afetar de maneira significativa o bem jurídico protegido pelo tipo administrativo disciplinar. A lesão do bem jurídico, seja ela moral ou material, deve ser relevante, a ponto de surgir a necessidade de invocar a seara disciplinar. Não ocorrendo relevante afetação ao bem jurídico, inexistirá tipicidade material e, conseqüentemente, não haverá infração disciplinar.

Ora, se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Conseqüentemente, para que uma conduta seja típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico de forma significativa, configurando assim a tipicidade material, requisito imprescindível para caracterização da infração disciplinar. Portanto, são afastadas do âmbito disciplinar aquelas condutas com ofensividade inexpressiva.

4.1.1.2 Antijuridicidade

Antijuridicidade é a contrariedade da conduta do agente ao ordenamento jurídico. No direito penal será antijurídico um fato definido na lei penal sempre que

⁴² MATTOS, op. cit., p. 1098.

não for protegido por uma causa excludente de ilicitude, quais sejam, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Assim como preleciona José Armando⁴³, praticando o agente qualquer fato típico nessas circunstâncias descritas na lei, não há de se falar em crime ou transgressão disciplinar. Tais excludentes acobertam de juridicidade a conduta praticada pelo agente e não chega sequer constituir um ilícito.

O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato ilícito é, necessariamente, típico.

4.1.1.3 Culpabilidade

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São elementos integrantes da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Tais elementos quando inexistentes, pelo menos um, fazem com que a conduta não seja considerada reprovável, ou seja, quando o agente for inimputável, não tiver potencial consciência sobre a ilicitude do fato ou dele for inexigível conduta diversa. Inexistente um dos elementos não restará, portanto, caracterizada a infração disciplinar.

A exclusão de ilicitude e culpabilidade, assim como no direito penal, também pode ser aplicada quando da análise do ilícito administrativo disciplinar. Como se sabe, o princípio da culpabilidade, regra geral na Constituição República, não permite a responsabilidade objetiva, mormente, em se tratando de sanção penal e disciplinar. Outrossim, somente se pode responder por uma infração quer penal quer administrativa se houver tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

⁴³ COSTA, op. cit., p. 191.

4.2 Processo disciplinar

O cidadão empossado em cargo público sujeita-se a obedecer às normas jurídicas reguladoras do exercício da função pública, cujo conjunto forma o que se chama de regime disciplinar ou estatutário.

A transgressão dessas normas constantes do regime estatutário rende ensejo a que a Administração exerça seu direito de punir o servidor faltoso. Para o exercício desse direito, deve se valer de um instrumento de apuração em que se conceda ao servidor acusado o amplo direito constitucional de defesa. Esse instrumento de apuração é o processo administrativo disciplinar.

Não fosse a utilização desse instrumento, a Administração estaria punindo de forma arbitrária, ato inconcebível num Estado Democrático de Direito. Como decorrência evidente da aplicação de toda e qualquer pena, impõe-se a apuração regular da falta disciplinar por meio de procedimento administrativo, para assegurar a legalidade de eventual punição interna da Administração.

Nesse sentido, leciona Antônio Carlos Alencar:

Não se tolera que a mera notícia de irregularidades ou o conhecimento direto ou indireto de ilícitos permita a imediata apenação de agentes públicos, na medida em que penalidades disciplinares existem de tamanha gravidade a ponto de extinguir o vínculo jurídico entre servidor e ente estatal, como é o caso da demissão.

(...)

Daí que, em razão de que aos acusados em processo administrativo são asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa e de que os servidores não poderão sofrer punições senão por intermédio do devido processo legal (art. 5º, Carta Magna de 1988), surge a figura do processo administrativo disciplinar como o meio que o Estado deve observar para exercer seu direito de punir, obedecendo-se a um rito e a princípios jurídicos.⁴⁴

Nas lições do administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

⁴⁴ CARVALHO, op. cit., p. 104.

processo administrativo disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas.⁴⁵

Assim preleciona José Armando da Costa acerca do processo administrativo disciplinar:

Pode-se afirmar que processo administrativo é a sucessão formal de atos que são realizados, por determinação legal ou em atendimento a princípios sacramentados pela ciência jurídica, com vistas a dar sustentação à edição do respectivo ato administrativo. Se esses atos são dinamizados com vistas a concretizar imposição de pena disciplinar, estar-se-á, então, diante do processo administrativo disciplinar.⁴⁶

Para Vinícius de Carvalho Madeira:

O processo disciplinar é, destarte, o instrumento do qual se vale a administração pública para buscar a verdade dos fatos relacionados a uma determinada irregularidade ocorrida no seio da administração. O processo disciplinar é, então, um instrumento apuratório.⁴⁷

Segundo o mesmo autor “o processo disciplinar não pode ser visto como um meio de punição, mas um meio de descobrir e documentar a verdade. Esta sim poderá resultar numa punição.”⁴⁸

Destaca-se que o processo disciplinar não tem por objetivo punir. Sua finalidade é alcançar a verdade. Se desta verdade sobressai a culpa de um servidor público, como consequência haverá uma penalidade a este. É, portanto, um instrumento apuratório, por meio do qual se concede ao servidor acusado a oportunidade de oferecer suas justificativas e sua versão sobre os fatos imputados visando, por fim, a busca da verdade. Note-se que a aplicação de penalidade será

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 939.

⁴⁶ COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 31.

⁴⁷ MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de Processo Disciplinar**. Brasília: Fortium, 2008. p. 17.

⁴⁸ Ibid., p. 18.

uma consequência da apuração da verdade, quando esta revelar a prática de uma infração disciplinar por um servidor público.

Conforme reza o art. 148, da Lei nº 8.112/90:

o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.⁴⁹

A apuração das infrações disciplinares deve ser feita de forma regular, mediante processo administrativo disciplinar, em que sejam seguidas as formalidades legais, seja conferido ao servidor acusado sempre a ampla possibilidade de defesa, a fim de eximir-se da acusação a ele oferecida.

Ressalte-se que é arbitrária e ilegítima toda e qualquer punição que não respeite ao devido processo legal, ou que cerceie do acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa, sendo também invalidável pelo Judiciário, haja vista que viola os princípios constitucionais inseridos no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal.

O processo disciplinar é um importante marco na evolução do direito disciplinar, anteriormente marcado pelo arbítrio da autoridade administrativa. Conforme expõe Antônio Carlos Alencar Carvalho⁵⁰, deixar o servidor público ao alvedrio das autoridades superiores, as quais poderiam punir injustificadamente seria desastroso para a tutela do interesse da coletividade.

Ainda nos ensinamentos de Antônio Carlos Alencar:

A atuação da Administração Pública mediante processo representa a incidência da regra da isonomia, pondo o particular e Poder Público sob uma mesma relação jurídica disciplinada em lei e numa pretendida situação de igualdade processual, num contexto de paridade de armas entre defesa e acusação, com igualdade de possibilidade de influenciar na formação do ato administrativo decisório.⁵¹

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

⁵⁰ CARVALHO, op. cit.

⁵¹ Ibid., p. 108.

Não pode, portanto, a autoridade administrativa punir de maneira arbitrária o servidor público faltoso, sem a instauração do devido processo legal em que esteja presentes os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Será inconstitucional o procedimento disciplinar, sem que haja a observância absoluta das garantias constitucionais e legais.

Convém ressaltar que a aplicação da pena disciplinar possui o caráter de poder-dever. Logo, a autoridade, uma vez tendo conhecimento da falta praticada pelo servidor, deve imediatamente instaurar o respectivo procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, a consequente aplicação das penas cabíveis. Não procedendo dessa forma, incide o superior em crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal) e ainda em improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei nº 8.429/92).

Conforme prevê o art. 149, da Lei nº 8.112/90, o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Os trabalhos são desenvolvidos pela Comissão com a finalidade de investigar se houve ou não a prática de infração disciplinar. Caso reste provada a responsabilidade funcional do servidor acusado, após todo o procedimento legal, ao mesmo será imposta uma penalidade compatível com a norma infringida, que poderá ser, conforme previsão do art. 127, da Lei nº 8.112/90, advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada. Todavia, em caso contrário, a autoridade instauradora arquivará o processo, absolvendo o servidor.

Conforme Mauro Roberto⁵², a comissão possui como compromisso legal conferir ao acusado todas as garantias legalmente estabelecidas pela Constituição Federal e pela lei, para que o mesmo possa demonstrar, através de todos os meios

⁵² MATTOS, op. cit., p. 975.

de provas admitidos, que não é responsável pela prática dos fatos infracionais que lhe são imputados. Justamente porque o objetivo maior do procedimento é a busca da verdade real, pois a ninguém interessa a condenação de um servidor público inocente.

Deve a Comissão exercer suas atividades com independência e imparcialidade, assegurando o sigilo necessário à elucidação do fato infracional investigado, bem como permitindo ao servidor acusado a utilização de todas as garantias constitucionais e legais ao exercício de sua ampla defesa.

Segundo Mattos, “essa independência e imparcialidade são de crucial importância no decurso da investigação disciplinar, uma vez que, se inexistentes, poderá ser imposta uma injusta e descabida punição ao servidor.”⁵³

A infração a ser investigada em processo administrativo disciplinar é aquela que decorre de um descumprimento de deveres e das responsabilidades funcionais, ligadas ao exercício das funções desempenhadas pelo servidor público.

Conforme se depreende do art. 148, da Lei nº 8.112/90, o processo disciplinar é um instrumento pelo qual a Administração Pública exerce seu poder-dever para apurar a responsabilidade funcional e aplicar penalidades aos seus agentes públicos quando do cometimento de infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Como o foco deste trabalho é a matéria disciplinar no âmbito federal, a apuração, neste caso, recai sobre o quadro de servidores públicos federais e restringe-se às infrações funcionais listadas nos artigos 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90, bem como em leis específicas, no caso de determinadas carreiras.

Conforme art. 143, da Lei nº 8.112/90, a apuração de irregularidade funcional pode se dá mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, em ambos respeitados o contraditório e ampla defesa.

Portanto, processo administrativo disciplinar lato sensu é toda a espécie de procedimento tendente a apurar algum ilícito disciplinar praticado no âmbito da

⁵³ MATTOS, op. cit., p. 976.

Administração Pública. Dessa forma, tanto a sindicância quanto o processo administrativo disciplinar stricto sensu são espécies de um mesmo gênero que é o processo disciplinar (ou o processo administrativo disciplinar latu sensu). O processo administrativo disciplinar stricto sensu pode ser conduzido sob o rito ordinário ou sumário. O sumário é utilizado apenas para apuração das seguintes infrações: acumulação ilegal de cargos, abandono de cargo e inassiduidade habitual.

A sindicância é instaurada quando a infração disciplinar for punível com advertência ou suspensão por até 30 dias. Se a punição aplicável for suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou a destituição de cargo em comissão, a legislação estatutária prevê, em seu artigo 146, a obrigatoriedade de instauração de processo administrativo disciplinar. Assim dispõe a citada norma:

Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.⁵⁴

Ocorre que, na prática, dificilmente a autoridade instauradora terá elementos suficientes que permitam concluir que a penalidade não ultrapassaria, a advertência ou a suspensão por até 30 dias, haja vista que somente com a instrução probatória é que o objeto de apuração vai sendo esclarecido, e, conseqüentemente, a possibilidade de aplicação de eventual penalidade.

Assim é a orientação exposta no Manual de Processo Administrativo de Disciplinar da Controladoria-Geral da União:

Assim sendo, a instauração da sindicância contraditória deve cingir-se às situações em que se tem preliminar convicção de que os fatos não são demasiadamente graves ao ponto de ensejar as penalidades para as quais a lei exige o processo administrativo disciplinar. Na dúvida, ou sendo verificada eventual gravidade para os fatos, é

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

recomendável a instauração, de plano, do processo administrativo disciplinar.⁵⁵

Imperioso ressaltar que para tornar efetivo e legítimo o poder-dever da Administração Pública de promover a apuração de responsabilidade do servidor autor de uma infração disciplinar é necessário que o fato por ele tido como infracional esteja previsto em lei e que haja indícios suficientes de autoria e materialidade da conduta. Nesse sentido cabe citar as palavras de Mauro Roberto:

A subjetividade da instauração do processo administrativo disciplinar não poder ser um ato inconsequente e imprudente do acusador, em razão da necessidade de estar motivado por questões imperiosas de direito e previsão constitucional.⁵⁶

Ainda para o mesmo autor:

A justa causa necessária para a instauração do processo administrativo disciplinar se subsume à legalidade e legitimidade próprias da investigação, visto que a mesma somente se torna obrigatória quando existir fundamento jurídico para a acusação.⁵⁷

A ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade, que será objeto de uma futura investigação, retira o *ius perseguendi* do Estado.

Ainda acerca do tema, preleciona Mauro Roberto:

Sendo certo que, por procedibilidade entende-se a condição estabelecida pela lei para dar início à persecução disciplinar. Assim, para se instaurar o processo administrativo disciplinar é necessário que haja uma causa justa e certa, estabelecida pela lei como condição *sine qua non* para o exercício do poder-dever do *ius puniendi* disciplinar do Estado.

Essa limitação, legalmente estabelecida, possui como finalidade proteger a sociedade de ser ilegalmente afligida pelo Estado.

⁵⁵ Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo de Disciplinar**. 2013. p. 85. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf> Acesso: 20/03/2014.

⁵⁶ MATTOS, op. cit., p. 981.

⁵⁷ Ibid., p. 981.

Por essa razão, é que existem limites à concretização do *ius puniendi* do Estado, que deve, antes de mais nada, sujeitar-se às condições estabelecidas pelo ordenamento jurídico para a sua própria validade. Essa observância das mínimas condições legais para o exercício do direito de instauração do processo administrativo disciplinar é umas das consequências do Estado Democrático de Direito.⁵⁸

Convém ressaltar que o processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112/90 não alcança os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista. Tais agentes são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT e se submetem aos normativos internos que tais entidades venham adotar. Geralmente essas entidades costumam adotar procedimentos disciplinares bem semelhantes ao da Lei nº 8.112/90.

Os agentes temporários, regidos pela Lei nº 8.745/93 também não se submetem ao rito de apuração disciplinar previsto na Lei nº 8.112/90. Esses agentes não são estatutários. Aquela lei prevê em seu artigo 10 que as faltas disciplinares destes agentes temporários serão apuradas por meio de sindicância, com ampla defesa e em 30 dias. No entanto, essa sindicância não é conduzida pelo rito previsto na Lei nº 8.112/90. O art. 11 da Lei nº 8.745/93 remete apenas a aplicação dos tipos disciplinares previstos na Lei nº 8.112/90, não fazendo referência aos normativos que tratam acerca do rito do processo. Portanto, os agentes temporários podem cometer ilícitos previstos na legislação estatutária, no entanto, a apuração desses ilícitos não segue o rito do processo disciplinar previsto nesta Lei.

Dessa forma, os sujeitos que interessam ao presente estudo são os ocupantes de cargos públicos. A abrangência subjetiva do processo disciplinar, no âmbito da Lei nº 8.112/90, são os servidores públicos federais.

O conceito de servidor público está ligado ao de cargo público. Conforme art. 2º, da Lei nº 8.112/90, servidor é todo aquele que exerce um cargo público. Portanto, se a pessoa exerce um cargo público, é um servidor público e poderá responder e ser condenado por meio de um processo disciplinar.

Cargo público, conforme prevê o art. 3º da Lei nº 8.112/90 “é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser

⁵⁸ MATTOS, op. cit., p. 982.

cometidas a um servidor.”⁵⁹ O parágrafo único do art. 3º da citada legislação prevê que o provimento do cargo público poderá ser dar em caráter efetivo ou em comissão.

Portanto, não será considerado servidor somente aquele que ocupa um cargo efetivo, mas também aqueles que, mesmo sem ter vínculo efetivo e estável com a administração pública, foram nomeados para um cargo em comissão.

Ressalte-se que o servidor ocupante de cargo em comissão deve responder por ato praticado no exercício desse cargo, mesmo que no momento da instauração do processo disciplinar ele já tenha pedido exoneração ou sido exonerado.

O conceito de agente público é muito mais amplo do que o de servidor público, inclui quem não ocupa cargo público e muitas vezes inclui quem sequer tem vínculo permanente com a Administração Pública. Para fins de apuração disciplinar no âmbito da Administração Pública Federal, somente interessa aqueles que ocupam cargos públicos regidos pela Lei nº 8.112/90.

Diante das considerações trazidas acerca da abrangência subjetiva do processo disciplinar, pode-se afirmar que o polo passivo será ocupado por servidor público, estável ou em estágio probatório, em cargo efetivo, ou ocupantes de cargo em comissão e função comissionada.

Por fim, faz-se imprescindível a presença de motivação da punição como requisito de validade da aplicação da pena disciplinar, nos termos do artigo 128, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90. A autoridade deve, com isso, apresentar a justificativa de punição, assim como expor claramente o motivo que a embasou e os meios regulares utilizados para a verificação da falta observada.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁶⁰, a motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e permitir que se confirmem a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Assim, ao motivar a imposição da pena o administrador legaliza o exercício de sua discricionariedade. Ressalte-se que o Poder Judiciário não poderá interferir no

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

⁶⁰ MEIRELLES, op. cit.

tocante ao mérito da decisão administrativa, somente podendo avaliar o exame jurídico dos motivos invocados.

5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

O princípio da insignificância, originário do direito romano, surgiu inicialmente no Direito Civil, derivado do brocardo de *minimus non curat praetor*. Em outras palavras, o pretor não cuida de coisas pequenas. A formulação teórica do referido princípio com a possibilidade de restringir o alcance da tipicidade penal se deve aos estudos de Claus Roxin, na década de 70.

O princípio da insignificância não tem previsão legal no direito brasileiro, sendo uma criação doutrinária, que atualmente está concretizada na jurisprudência brasileira, descriminalizando condutas, que embora sejam adequadas à descrição típica, não afetam de maneira significativa o bem jurídico protegido pela norma.

No entanto, alguns poderão dizer que é muito subjetivo o critério para que se possa concluir se a lesão é significativa ou não. E realmente é. Há que se buscar fundamento em outros princípios jurídicos para aplicação do princípio da insignificância. Dá-se, contudo, especial destaque a dois deles, quais sejam, o da proporcionalidade e o da intervenção mínima.

O princípio da proporcionalidade não se encontra exposto na Carta Magna. É um princípio implícito, cuja atuação consiste em limitar a atuação do Poder Público frente aos direitos fundamentais do indivíduo. Ele comporta um juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos, partindo-se de uma hierarquia de valores que o legislador, bem como o intérprete da lei devem, necessariamente, respeitar.

Acerca do tema Mariângela Gama expõe:

A proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam contrabalançadas com a necessária tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade com o que ela determina.⁶¹

⁶¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

Ainda a mesma autora:

O princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do sistema penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem *dignidade penal*, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.⁶²

Segundo Magalhães Gomes⁶³, a origem do conceito de proporcionalidade é penal, e este conceito foi, posteriormente, repassado à doutrina do direito administrativo. O conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, foi desenvolvido a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo. Diante disso, o princípio da proporcionalidade converteu-se em regra geral administrativa, sempre atuando diante de circunstâncias onde o legislador ou o administrador não tenha fixado uma medida adequada.

Acerca do tema preleciona Bitencourt:

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática de atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada.⁶⁴

⁶² Ibid., p. 60.

⁶³ Ibid., p. 50.

⁶⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 24.

Para Alberto Silva:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um equilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).⁶⁵

O princípio da proporcionalidade comete ao Estado a obrigação de adequar os seus atos aos fins concretos que se visam atingir, adequando as limitações impostas aos direitos e interesses de outras entidades ao necessário e razoável. É um princípio que tem subjacente a ideia de limitação do excesso, de modo a que os atos emanados dos Poderes não ultrapassem o indispensável à realização dos objetivos públicos.

Conforme Bitencourt⁶⁶, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Inexistente essa proporção ilegítimo será o ato estatal.

Portanto, para que se possa chegar à conclusão de que uma lesão não afetou de forma significativa um bem protegido pelo Direito Penal, imprescindível lidar com o conceito de proporcionalidade. No âmbito penal, o juiz, em cada caso concreto, mediante o critério da proporcionalidade, deverá realizar um exame valorativo, concluindo ou não pela insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado.

O princípio da intervenção mínima, também denominado *ultima ratio*, preconiza que só se deve recorrer ao Direito Penal quando este for o único meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

⁶⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

⁶⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 21.

Conforme ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt⁶⁷, se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para tutela do bem jurídico sua criminalização será desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas deve-se empregar estas e não as medidas penais. O Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve atuar somente quando os demais ramos do direito se mostrarem incapazes para a tutela do bem jurídico.

Acerca do tema expõe Cleber Masson:

Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.⁶⁸

Ainda o mesmo autor:

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do Direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. (...) Mas não é só. Ao operador do Direito exige não proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador.⁶⁹

Pelo princípio da intervenção mínima do direito penal, o legislador seleciona os bens de maior relevo que merecem a atenção do direito. Uma vez escolhidos estes bens, estes passarão a integrar os bens tutelados pelo direito penal, em virtude do seu caráter fragmentário. No entanto, certas condutas direcionadas a estes bens já protegidos pelo direito penal, não são capazes de afetá-los significativamente, não havendo uma lesão efetiva do bem jurídico tutelado. Neste caso, não haverá necessidade de invocar o sistema penal para o restabelecimento

⁶⁷ BITENCOURT, op. cit.

⁶⁸ MASSON, op. cit., p. 34

⁶⁹ MASSON, op. cit., p. 34

da ordem minimamente violada. Invoca-se, neste caso, outros ramos jurídicos ou outras formas de controle social.

Segundo Rogério Greco⁷⁰, quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens, como a integridade física e o patrimônio, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor. O bem juridicamente protegido pelo Direito Penal deve, portanto, ser relevante, ficando afastados aqueles considerados inexpressivos.

Rogério Greco ao citar Claus Roxin:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a 'ultima ratio da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.⁷¹

Tendo o direito penal a finalidade de proteger os bens jurídicos mais relevantes, sempre que a ofensa a estes bens forem diminutas, a ponto de não chegar a atingir o interesse resguardado, não haverá adequação típica. O princípio da insignificância funciona como causa de exclusão da tipicidade, mais especificamente, da tipicidade material. Para análise do princípio da insignificância faz-se necessário lembrar onde reside a tipicidade material, considerando os elementos que constituem o conceito de crime.

Conforme visto no capítulo 3, a tipicidade como elemento do fato típico divide-se em formal e conglobante. A tipicidade formal é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente e o modelo descrito pelo tipo penal. No entanto, conforme já exposto no citado capítulo, além dessa subsunção do fato à norma é necessário que a conduta do agente seja antinormativa, isto é, contrária à norma

⁷⁰ GRECO, op. cit., p. 70.

⁷¹ ROXIN, 1997 apud GRECO, 2003, p. 51

penal, e não imposta ou fomentada por outra norma do Estado, bem como que tenha causado uma lesão relevante ao bem protegido pelo direito penal.

Assim, a tipicidade conglobante é a conjugação dessa *antinormatividade* e a *ofensividade relevante* do bem protegido pela norma. A exigência que se lesione significativamente o bem protegido pelo direito penal é o que se denomina de tipicidade material. Condutas que não atingem de maneira significativa o bem protegido pela norma não merecem atenção do direito penal, excluindo-se, assim a tipicidade material. Portanto, tipicidade conglobante = conduta antinormativa + tipicidade material. E tipicidade penal = tipicidade formal + tipicidade conglobante.

Ausente, portanto, a tipicidade material, exclui-se a tipicidade penal. Não havendo tipicidade penal, não haverá fato típico e como consequência lógica não haverá crime. O princípio da insignificância reside, portanto, na tipicidade material.

Ao discorrer sobre o assunto Rogério Greco cita Carlos Vico Manas:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.⁷²

O princípio da insignificância tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de bagatela. Percebe-se, portanto, que este princípio é um instrumento de interpretação restritiva do direito de exclusão da tipicidade, que está intimamente ligado ao conceito de proporcionalidade, uma vez que para apuração da insignificância da conduta, necessária análise da gravidade da ação/omissão que se pretende punir.

⁷² MANAS, 1994 apud GRECO, p. 72.

Ocorrendo conduta típica, todavia, lesionando de modo desprezível o bem jurídico protegido, não há que se falar em tipicidade material, o que transforma o comportamento em atípico, ou seja, indiferente ao Direito Penal e incapaz de gerar condenação.

O princípio da insignificância tem o sentido 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 da pena ou na sua não aplicação.

A aplicação do princípio da insignificância decorre no sentido de que o direito penal não deve ocupar-se de condutas que não produzam lesão significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal, ou melhor, o direito penal não deve ocupar-se de bagatelas.

Ao contrário de fomentar a prática de crimes, como insinuam alguns, a aplicação do princípio da insignificância tem a finalidade de ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a invocação do sistema penal para proteção de bens cuja lesão ocorreu de forma inexpressiva.

Há corrente mais radical da doutrina penal que entende que todo e qualquer bem merece a proteção do Direito Penal, desde que haja previsão legal para tanto, não se cogitando, em qualquer caso, do real valor da lesão.

No Brasil, o princípio da insignificância não tem previsão legal, no entanto é consolidado em jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal vem aplicando tal princípio em seus julgados. Entretanto, para aplicação, a Corte Suprema estabelece a existência de quatro requisitos cumulativos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo o STF, o ato com lesividade insignificante poderia até configurar tipicidade formal, mas não configuraria a tipicidade material, pois o bem tutelado não foi efetivamente lesado, ou, ao menos, lesado a ponto de se justificar a imposição de sanção penal.

Nos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça prevalece a exigência da cumulação de todos os critérios acima elencados para a aplicação do princípio da insignificância.

Além da exigência de concomitância dos requisitos acima elencados, a análise das particularidades de cada caso concreto é de fundamental importância para a aplicação de tal princípio. O juiz deve analisar as circunstâncias do caso concreto, tais como: análise do bem jurídico ameaçado ou lesado, dimensão da lesão, extensão do perigo, vítima, local, momento, dentre outros.

Abaixo o teor dos julgados do STF e STJ:

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da conseqüente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. 2. Em determinadas hipóteses, aplicável o princípio da insignificância, que, como assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.412-0/SP, deve ter em conta a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. Tratando-se de furto de peças de carnes bovinas e de um pacote de camarão de um supermercado, avaliados em R\$ 60,00 (sessenta reais), não revela o comportamento da agente lesividade suficiente para justificar a intervenção do Direito Penal, sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 4. Ademais, segundo os precedentes desta Corte, a existência de maus antecedentes não impedem a aplicação do princípio da insignificância, ficando, caracterizado, portanto, o evidente constrangimento ilegal a que está submetida a paciente. 5. Habeas corpus concedido para absolver a paciente na ação penal de que se cuida.⁷³

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE FURTO. LIVROS DE BIBLIOTECA DE UNIVERSIDADE FEDERAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160.095/MG, Relator: Min. Haroldo Rodrigues, 6ª Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 02/08/2010.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O valor irrisório dos bens furtados – cinco livros da Biblioteca de Universidade Federal –, a restituição do objeto do crime à vítima, a ausência de violência, de grave ameaça ou de circunstâncias desfavoráveis, autorizam, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância com o trancamento da ação penal. 3. Ordem concedida.⁷⁴

Habeas corpus. 2. Furto qualificado tentado. Produtos de perfumaria. Valor das mercadorias de aproximadamente R\$ 60,00 (sessenta reais). 3. Presença dos quatro vetores apontados no julgamento do HC 84.412/SP, Celso de Mello, para reconhecimento do princípio da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 4. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal na origem.⁷⁵

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTE PROCESSADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 334, § 1º, ALÍNEA “D”, C/C § 2º, DO CÓDIGO PENAL (DESCAMINHO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida.⁷⁶

Ambos os Tribunais, analisando as circunstâncias do caso concreto conjuntamente com os critérios determinados para aplicação do princípio da insignificância, decidiram pela não aplicação de tal princípio:

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 116.754/CE, Relator: Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 06/12/2013.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.738/MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 21/11/2013.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.661/PR, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 25/05/2011.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO CONSUMADO E TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa, cautelosa e casuística. Devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, requisitos de ordem objetiva: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. 2. A conduta reiterada do paciente não pode ser considerada como expressiva de mínima ofensividade. Seu comportamento também não pode ser tido como de reduzida reprovabilidade. Recurso não provido.⁷⁷

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO E TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. NOTÍCIA DA PRÁTICA DE VÁRIOS OUTROS DELITOS PELO PACIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 3. O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável. 4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 6. Ordem denegada.⁷⁸

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. FURTO SIMPLES.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 103.552/DF, Relator: Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 24/06/2010.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.088/RS, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 21/05/2010.

PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE

À luz do disposto no art. [105, I, II e III](#), da [Constituição Federal](#), esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Entretanto, esse entendimento deve ser mitigado, em situações excepcionais, nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada, situação incorrente na espécie.

3. Para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

4. Na hipótese, o paciente subtraiu um cavalo com arreio de montaria completo - avaliados em R\$ 50,00 (cinquenta reais) - e uma bolsa com R\$ 40,00 (quarenta reais) em espécie de vítimas diferentes.

5. Apesar de não constar o valor estimativo do cavalo no laudo de avaliação econômica indireta dos bens subtraídos, aquele animal, independentemente da raça, e ainda que estivesse em condições físicas precárias, tem valor significativo no mercado e não pode ser considerado bem de valor irrisório ou irrelevante para o ordenamento jurídico. Assim, não se pode aplicar ao caso o princípio da insignificância, ainda mais quando levado em consideração todos os bens subtraídos e o valor do salário mínimo à época do crime (R\$ 380,00).

6. *Habeas corpus* não conhecido.⁷⁹

Veja-se, portanto, que a conduta praticada pelo agente que tenha se adequado perfeitamente ao tipo previsto na norma penal, no entanto, não ocasiona lesão significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal não merece ser objeto da tutela jurídico-penal, haja vista que não haverá, neste caso, tipicidade material e, conseqüentemente, não haverá crime. Necessário, sobretudo, cautela na aplicação de tal princípio de forma que sejam analisadas as circunstâncias do caso concreto e, conforme jurisprudência consolidada, seja verificada a presença cumulativa dos citados requisitos estabelecidos pelo STF.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 247.586/MG, Relator: Min. Og Fernandes, 6ª Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013.

CONCLUSÃO

Conforme visto no capítulo 1, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover sua apuração imediata, mediante processo administrativo disciplinar ou sindicância, assegurados sempre ampla defesa e contraditório (art. 143, da Lei nº 8.112/90). Visto também que tais procedimentos somente serão instaurados diante da existência de indícios suficientes de autoria e materialidade.

De fato, nesse ponto, inexiste controvérsia acerca da obrigatoriedade de instauração de procedimento disciplinar quando da ocorrência de infração funcional na Administração Pública e da inviabilidade da instauração de procedimento disciplinar sem um mínimo de suporte indiciário.

A celeuma, todavia, centra-se na necessidade de o Órgão sequer instaurar qualquer procedimento disciplinar diante de condutas que, embora formalmente enquadradas em norma definidora de infração disciplinar, carecem de adequação materialmente típica, haja vista não afetar significativamente o bem tutelado pela norma.

Cabe retomar que o Direito Administrativo Disciplinar assim como o Direito Penal, dado o caráter punitivo que possuem, expressam o *jus puniendi* do Estado. Ambos visam prevenir e reprimir condutas nocivas, no caso o Direito Penal, nocivas à ordem social e o Direito Disciplinar, nocivas ao desenvolvimento da administração pública, bem como reprimir quando essas condutas forem praticadas pelo agente e, no caso do direito administrativo, pelo agente público.

Tendo em vista essa semelhança que o Direito Administrativo Disciplinar possui com o Direito Penal, são vários os institutos aplicados no âmbito deste ramo jurídico de que também se vale aquele ramo. Os princípios consagrados constitucionalmente, como do devido processo legal, da ampla defesa, contraditório, proporcionalidade, assim como princípios específicos do direito penal, como o da intervenção mínima, os elementos definidores do conceito de crime, são todos estes, dada a peculiaridade punitiva/apenadora dos dois ramos, aplicados no âmbito do

Direito Administrativo Disciplinar. Partindo desse pressuposto podemos trazer para o campo do Direito Disciplinar o princípio da insignificância, que é aplicado no Direito Penal com respaldo jurisprudencial da Suprema Corte, como exposto no capítulo 5.

Conforme apresentado no capítulo 4, item 4.1.1, os elementos caracterizadores da infração disciplinar - mesmos que caracterizam o crime – são: fato típico, antijurídico e culpável. Reconhecendo, portanto, o elemento tipicidade no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, este, por conseguinte sofrerá afetado também pelo princípio da insignificância, haja vista que tal princípio, como visto, reside especificamente na tipicidade material.

No Direito Penal o princípio da insignificância está intimamente ligado com o princípio da intervenção mínima, no sentido de que não se pode invocar a tutela penal para coisas insignificantes, sendo este ramo jurídico o último dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, ou seja, somente será acionado quando não houver outros meios de solução social do problema. Nesse mesmo sentido, o Direito Administrativo Disciplinar deve também buscar a cautela proposta pelo princípio da intervenção mínima utilizado no âmbito do Direito Penal.

Da mesma forma que não se pode lançar mão do Direito Penal para coisas insignificantes, assim também para o Direito Administrativo Disciplinar "Não se mata um mosquito com um canhão."⁸⁰

Não significa que o fato não vá ser objeto de intervenção pela Administração. Não se defende aqui a condescendência da autoridade. Porém, outros mecanismos, jurídicos ou de gestão, devem ser buscados para solucionar o caso, sem carecer lançar mão do direito punitivo, como por exemplo, comissões de ética, procedimentos investigativos prévios, auditorias, Termo Circunstanciado Administrativo⁸¹. A seara disciplinar somente será provocada, com a instauração de processo, quando não houver outros meios de solução da desordem. No mesmo rumo do princípio da intervenção mínima no âmbito penal, a competência disciplinar

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 184.

⁸¹ A Instrução Normativa nº 04, da Controladoria Geral da União facilita a apuração dos casos de extravio ou de danos a bens públicos ocorridos em repartições públicas quando o valor for de até R\$ 8.000,00 e não houver dolo na conduta do servidor. Nestes casos, a apuração dos fatos poderá ser por meio de Termo Circunstanciado Administrativo. Não há necessidade de instauração de procedimento disciplinar.

deve ser vista como residual em relação às demais, mesmo considerando seu caráter vinculado.

Ignorar esses mecanismos invocando precipitadamente o direito administrativo disciplinar, atenta contra os princípios da eficiência e razoabilidade, ferindo garantias e direitos do servidor. Além do ônus material (recursos humanos, financeiros e estrutura) o processo desnecessário atinge aspectos imateriais da vida do servidor como honra, imagem e reputação.

O Poder Disciplinar no âmbito administrativo só deve ser exercitado em hipóteses com relevância, sob pena de intoxicação do serviço público com um remédio em dose amarga.

O princípio da insignificância se faz ainda mais necessário nos ilícitos administrativos, por compreender um espectro maior de lesividade do que nos ilícitos criminais. Enquanto o direito penal trata de apuração de condutas de maior grau de afronta aos bens jurídicos tutelados, o direito administrativo disciplinar cabe perquirir um amplo universo de gravidade de infrações, estando a analisar desde condutas que ensejam concomitância aos crimes, afrontosas à normalidade da administração até as de ínfimo grau, fronteiriças com atitudes irrelevantes.

É exatamente sobre a delimitação dessa fronteira que, utilizando-se do princípio da proporcionalidade juntamente com o da insignificância auxilia a definir a ilicitude material e enxergar os marcos demarcatórios que devem afastar da repercussão disciplinar hipóteses sem ou quase nenhuma lesividade.

Não pode a Administração Pública invocar a sede correccional de forma desarrazoada e antiefficiente, amparada apenas na ilicitude formal da conduta.

Assim como exposto no capítulo 3, a caracterização da ilicitude material, ocorre quando houver lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pela norma.

Acerca do tema, merece citar as palavras de Fábio Medina:

A tipificação do ato ilícito, na esfera do Direito Administrativo Sancionatório, passa por um dúplice estágio: formal e material. (...)

A tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente, fruto, via de regra, de uma leitura preliminar do texto legal, na perspectiva de incidência da norma. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas, causas e motivações específicas e relevantes do agir humano, fatores sociais complexos e influentes no resultado, enfim, um conjunto interminável de circunstâncias. Logo, a tipicidade formal é uma espécie de estágio preliminar no raciocínio jurídico da decisão, não o estágio definitivo.

O efetivo impacto da conduta formalmente típica no bem jurídico tutelado pela norma repressiva é pressuposto da adequação típica material. Trata-se de um processo que exige complexas valorações, notadamente do julgador, mas também da autoridade administrativa. (...). Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas, levando em conta padrões de conduta abstratos. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido.⁸²

José Armando da Costa⁸³ preleciona que apesar das infrações disciplinares não exigirem para sua configuração a ocorrência de danos e poderem ser punidas pelo mero risco de prejuízo à Administração Pública, a conduta do agente deve gerar ao menos uma potencialidade ofensiva à regularidade do serviço público, ainda que sejam legalmente tipificadas como violação de dever funcional previsto no artigo 116, da Lei nº 8.112/90, sob pena de o regime disciplinar se tornar ilógico e incoerente por apenar meras formalidades inofensivas.

Para Antônio Carlos Alencar:

O poder disciplinar da Administração Pública deve ser manejado para corrigir desvios de comportamento que infrinjam valores e princípios fundamentais para boa gestão da coisa pública, para o bom atendimento dos usuários dos serviços prestados pelo Estado, para a moralidade administrativa e para a intangibilidade do patrimônio público.

Não se amolda aos reflexos do princípio da proporcionalidade que se adotem medidas sancionadoras diante de condutas insignificantes, que reproduzam prejuízos extremamente pequenos para o erário, a ponto de estarem mesmo abaixo do mínimo legal para a propositura

⁸² OSÓRIO, op. cit., p. 246.

⁸³ COSTA, op. cit., p. 323.

da ação de cobrança, indenização ou de execução fiscal pelas Procuradorias de Estado, do DF ou pela Advocacia-Geral da União.⁸⁴

A apreciação do desvalor da ação supostamente irregular praticada pelo servidor é antecipada para fase inicial e não apenas quando da aplicação da penalidade. Assim, a apreciação da relevância da conduta deve ser realizada já no juízo de admissibilidade, a fim de excluir da seara disciplinar condutas materialmente insignificantes, ou seja, com lesividade inexpressiva, sempre amparados em princípios como da intervenção mínima, da insignificância e da lesividade.

A apuração deve ser realizada de acordo com a lesividade gerada pela conduta do agente, não sendo exclusivamente, por meio de sindicância ou procedimento administrativo disciplinar, podendo, em caso de ínfima lesão a ordem jurídica, lançar-se mão de sindicância investigativa, investigação preliminar ou outros meios oficialmente instituídos, que não poderão resultar em punição administrativa.

Toda ação da Administração Pública deve estar pautada no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, princípios estes expressos no art. 2º, da Lei nº 9.784/99. Assim, a Administração quando do exame de admissibilidade de um procedimento disciplinar deve obedecer a tais princípios. Os meios devem ser proporcionais aos fins a serem alcançados e, no caso em questão, a escolha do instrumento de apuração de irregularidade funcional deve ser adequado à lesividade da conduta do servidor público. Não necessariamente o instrumento utilizado para apuração será o processo disciplinar. A Administração poderá se valer de outros meios de apuração de irregularidade funcional que não o processo disciplinar.

Apurar a Administração deverá fazer sempre, todavia, nem sempre será mediante processo disciplinar. Deverá escolher a forma mais eficiente e econômica para tal fim. Em casos de condutas com lesividade mínima/insignificante não haverá justa causa para instauração de processo, em face do princípio da razoabilidade e, conseqüentemente, da insignificância.

⁸⁴ CARVALHO, op. cit., p. 285.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.
- BRASIL, Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.
- BRASIL, Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160.095/MG, Relator: Min. Haroldo Rodrigues, 6ª Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 02/08/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.738/MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 21/11/2013.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte geral – vol.1**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. Brasília: Fortium, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo de Disciplinar**. 2013. p. 85. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf> Acesso: 20/03/2014.
- COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo: atualizada até EC n. 62/09**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de Processo Disciplinar**. Brasília: Fortium, 2008.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado - parte geral – vol. 1**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei n. 8112/90 interpretada e comentada**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**. 2013. p. 23. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Outros-Arquivos/RFB-AnotacoesSobrePAD.pdf>. Acesso: 24/03/2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.