

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE PECULATO

José Arruda de Miranda Pinheiro *

1. Introdução

O presente artigo constitui um estudo a respeito da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato.

A escolha do tema ocorreu em decorrência da relevância que ele apresenta no Direito Penal moderno, direcionado ao seu caráter fragmentário e orientado para a tutela de bens jurídicos penalmente relevantes.

Será feita uma conceituação dos institutos jurídicos necessários à compreensão do problema, iniciando-se o exame do tema, com a explicitação dos aspectos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que o informam.

Em contexto dialético, proceder-se-á à contraposição das linhas de pensamento e fundamentos científicos que orientam a discussão da matéria e provocam divergências quanto à possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato.

Ao final, diante dos argumentos expostos, haverá posicionamento crítico do autor.

2. O Crime de Peculato

Previsto no Art. 312, do Código Penal, inserto no Título XI, Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral, a conduta que descreve o Crime de Peculato está assim tipificada:

Peculato.

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Trata-se de ilícito penal praticado por Servidor Público contra o Estado ou particular que detém a posse de bem móvel, em razão do cargo.

O bem jurídico penalmente tutelado (objeto material) é qualquer bem móvel que esteja sob os cuidados do Estado.

* Defensor Público da União no Distrito Federal. BRASÍLIA/2008.

3. O bem jurídico penalmente tutelado

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, conceituam bem jurídico, fazendo-o nos seguintes termos:

Se tivéssemos que dar uma definição a ele, diríamos que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam. (ZAFFARONI, 2007, P. 462)

Claus Roxin entende bens jurídicos da seguinte forma:

pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente..." (ROXIN, s/d, p. 27-28)

O bem jurídico penalmente tutelado também pode ser conceituado como sendo o objeto ao qual o Estado destina proteção na seara criminal por entender a sua necessidade de proteção/preservação.

Percebe-se que não são todos os bens que merecem proteção por meio do Direito Penal, mas somente aqueles que se mostrem importantes para os indivíduos e para a sociedade, a exemplo da vida, da liberdade, da honra e do patrimônio.

É nesse contexto que se mostra a característica fragmentária do Direito Penal:

O ordenamento jurídico se preocupa com uma infinidade de bens e interesses particulares e coletivos. Como ramos desse ordenamento jurídico temos o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Tributário etc. Contudo, nesse ordenamento jurídico, ao Direito Penal cabe a menor parcela no que diz respeito à proteção desses bens. Ressalte-se, portanto, a sua natureza fragmentária, isto é, nem tudo lhe interessa, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade (GRECO, 2006, p. 65/66)

No mesmo sentido, Muñoz Conde:

este caráter fragmentário do direito penal aparece sob uma tríplice forma nas atuais legislações penais: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da comissão imprudente em alguns casos, etc.; em segundo lugar, tipificando somente uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico; (CONDE, 1975, p. 72)

A idéia de bem jurídico penalmente tutelado está ínsita na Constituição, que materializa as linhas gerais da política criminal, adotada pelo Estado, a selecionar os bens jurídicos penalmente relevantes.

Nessa linha de raciocínio, Luiz Regis Prado, em Bem Jurídico-Penal e Constituição, assinala:

Para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico –, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer um *núcleo* gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal. Princípio e fim. A idéia de princípio não pode ser entendida enquanto fim, objetivo a alcançar, no sentido legitimador, como muitas vezes ocorre, visto que ele não representa intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, mas fundamente e conforma o Direito Penal, delinea sua constituição e seus limites. (PRADO, 2003, p. 66)

Nesse mesmo contexto, Sidnei Agostinho Boneti pondera:

A Constituição é um instituto jurídico idealizado e criado pelos homens para a organização básica das regras de convivência social, política e jurídica de um povo. Consiste na carta de intenções fundamental das regras de convivência de um país. Em sendo assim, esses preceitos de convivência têm de se preocupar com algumas regras de convivência de especial importância no seu elenco de suas normas jurídicas, que são as regras que interessam à Lei Penal. (BONETI, 1992, p. 155)

3.1. Princípios que determinam o bem jurídico penalmente tutelado

Além do Princípio da Insignificância, que será estudado com maior profundidade, mais adiante, outros Princípios norteiam o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados, a exemplo da Intervenção Mínima, da Lesividade, da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Segundo o Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal somente deve ser utilizado como *ultima ratio*, quando se mostrarem ineficazes, na solução do caso concreto, os demais ramos do Direito.

Cezar Roberto Bitencourt pontifica:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios

de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 1995, p. 32)

De acordo com o Princípio da Lesividade, de origem iluminista, o Direito Penal somente tem permissão para atuar quando a conduta praticada ferir com alguma gravidade o bem jurídico.

Esse Princípio revela estreita relação com o Princípio da Intervenção Mínima.

Sobre o tema, Oscar Emilio Sarrule escreve:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito. (SARRULE, 1998, p. 98)

Quanto ao Princípio da Proporcionalidade é de sua gênese que deve haver um equilíbrio entre conduta, tipo e sanção penal, na medida em que somente aquelas ações ou omissões que se mostrarem potencialmente lesivas devem ser penalmente tuteladas, havendo uma pena adequada ao descumprimento da norma jurídica proibitiva.

Acerca do assunto, Ribeiro Lopes registra:

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 desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma 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 proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor de delito têm de ser proporcionais à sua concreta gravidade)”. (LOPES, 2000, p. 421)

Enquanto isso, o Princípio da Razoabilidade mostra-se um norte condutor da tipicidade, que, diante do caso concreto, possibilita ao intérprete e aplicador da norma, a valoração e adaptação do tipo penal à realidade, evitando-se que uma pena desproporcional seja aplicada a uma conduta insignificante.

4. O princípio da insignificância

4.1. A importância dos Princípios para o Direito

A importância principiológica ganhou força a partir do Pós-Positivismo.

Os valores decorrentes dos Princípios, na realidade do ordenamento jurídico atual, constituem-se verdadeiros indicadores de nortes, vetores da aplicação e da interpretação do Direito.

Miguel Reale conceitua-os:

Verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*. (Reale, 1994, p. 299)

Ivan Luiz da Silva, analisando a definição e a função dos princípios, assevera:

(...) mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema normativo que irradiam comandos que vão influenciar a composição e aplicação de outras normas jurídicas, objetivando, assim, estabelecer a lógica e racionalidade do ordenamento jurídico.

No que tange à natureza jurídica dos princípios jurídicos, não obstante a grande polêmica sobre esse ponto, firmou-se o entendimento de que são espécies de normas jurídicas, uma vez que, segundo a corrente pós-positivista, são o fundamento do sistema constitucional e possuem caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos. (SILVA, 2006, p. 167)

4.2. Breve panorama histórico do Princípio da Insignificância

Diverge a doutrina a respeito da origem do Princípio da Insignificância, havendo duas correntes de posicionamento a respeito da matéria.

A primeira corrente entende que esse Princípio já existia no Direito Romano, época em que o pretor não se atinha a infrações penais que se mostrassem insignificantes, com base no brocardo *minima non curat pretor*.

A segunda corrente assinala que a origem do Princípio da Insignificância está es-

tritamente ligada à questão patrimonial, tendo origem no contexto pós primeira guerra mundial, quando, diante da situação econômica precária vivida na Europa, vários crimes de insignificante potencialidade lesiva eram praticados.

Nessa linha de raciocínio é o pensamento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

O princípio da insignificância, ou, como preferem os alemães, a “criminalidade de bagatela” – *Bagatelledelikte*, surge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Ao terminar esta, e em maior medida ao final do segundo confronto bélico mundial, produziu-se, em virtude de circunstâncias socioeconômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico e, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela”.

Nasceu, assim, ungido pelo caráter da patrimonialidade de seu destino.

(LOPES, 2000, p. 42/43)

Revela essa corrente forte carga do pensamento liberal-iluminista, considerando o Princípio da Insignificância um desdobramento do Princípio da Legalidade.

4.3. Conceitos do Princípio da Insignificância no Direito Penal

Inicialmente desenvolvido e estudado por Claus Roxin¹, o Princípio da Insignificância, tem por objetivo auxiliar o intérprete e aplicador da norma jurídica na identificação e resolução de situações que revelam condutas de bagatela, cuja lesividade é nula ou ínfima, a ponto de não merecer a proteção do ramo mais repressivo do Direito.

Claus Roxin, de forma pioneira, arremata:

Sob o ângulo do princípio *nullum crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realize a função da Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da

¹ Política criminal e sistema jurídico penal. Rio de Janeiro: 2000, p. 52/53.

mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível” para adentrar no marco da criminalidade. (ROXIN, 2000, p. 47)

Francisco de Assis Toledo conceitua-o nos seguintes termos:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. (TOLEDO, 1994, p. 133)

Deve-se frisar que o Princípio da Insignificância deve ser aplicado levando-se em consideração a função teleológica do bem jurídico, norteando o aplicador do Direito na busca do alcance de proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados.

É nesse contexto que se insere Dionar Ackel Filho:

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e à concreta interpretação do direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do direito, que não pode ater-se a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças. (ACKEL Filho, 1998, p. 73/74)

Em que pese não estar expresso em norma jurídica positivada, tendo em vista ser fruto de construção dogmática, é inegável que o Princípio da Insignificância, assim como outros Princípios, faz parte, de maneira implícita, do ordenamento jurídico, conforme restou assinalado em julgado do Supremo Tribunal Federal:

(...) Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam do texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. (...) Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio.

(STF, RE 160.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030)

4.4. Natureza jurídica do Princípio da Insignificância

Há divergência doutrinária, com reflexo jurisprudencial, no que diz respeito à natureza jurídica do Princípio da Insignificância quando aplicado aos ilícitos, existindo três correntes a respeito.

A primeira delas, majoritária, entende-o como causa de exclusão da tipicidade, na medida em que a conduta, mesmo sob o ponto de vista formal, não é materialmente típica, pois o bem jurídico, objeto de proteção, não chega a ser violado, ou o é atingido de forma insignificante, diante da ausência de gravidade, na ação ou omissão.

Julio Fabbrini Mirabete posiciona-se da seguinte forma:

Sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes. Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância. Não há crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário da coisa; não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc); (...). É preciso, porém, que estejam comprovados o desvalor do dano, o da ação e o da culpabilidade. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

A excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não *contra legem*.

Para os adeptos da teoria social da ação também não haveria nessas hipóteses uma conduta típica. A ação socialmente adequada não é necessariamente modelar, de um ponto de vista ético, dela se exigindo apenas que se situe dentro da moldura do comportamento social permitido e não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto.

Para alguns, entretanto, o princípio da insignificância é uma espécie do gênero “ausência de periculosidade social” e, embora o fato seja típico e antijurídico, a conduta pode deixar de ser considerada criminosa.

(Mirabete, 1993, p. 113/114)

Edílson Mougenot Bonfim e Fernando Capez argumentam:

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão

legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico. (BONFIM e CAPEZ, 2004, p. 121/122)

Uma segunda corrente de pensamento defende que a aplicação do Princípio da Insignificância implica em excludente de ilicitude ou antijuridicidade, conforme assinalado no seguinte aresto:

Apesar da manifestação em contrário da maioria da doutrina brasileira, não se pode atribuir ao conceito de antijuridicidade uma conotação exclusivamente formal, quaisquer que sejam os riscos que se insiram nesse posicionamento. (TACRIM, Apel. 283.949, Rel. Silva Franco, 23.11.1981)

A terceira e última corrente identifica-o como causa excludente de culpabilidade, eximente de pena.

A divergência doutrinária fica evidente no seguinte julgado:

Resp. Penal. Princípio da Insignificância. O princípio da insignificância, não obstante a divergência doutrinária, quanto à sua natureza jurídica (excludente de tipicidade, ou excludente de culpabilidade) significa a irrelevância jurídica do resultado, afetando, materialmente, a estrutura do delito. (STJ, REsp. 167.925/MG, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 01.02.1999)

4.5. Importância e fundamento do Princípio da Insignificância para o Direito Penal

Constitui-se causa de identificação das condutas que, em que pese serem formalmente, não se revelam materialmente típicas.

Trata-se de uma forma de seleção do tipo penal ao caso concreto, na medida em que não são consideradas criminosas condutas que, pela sua ínfima afetação ao bem jurídico, não merecem reprimenda penal.

José Henrique Guaracy Rebêlo preceitua:

Apesar de a preocupação do legislador dirigir-se a um número limitado de situações, o processo de tipificação carece de perfeição e pode vir a considerar formalmente típicas condutas que deveriam estar excluídas do âmbito de proibição da norma penal.

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento criminalizado pode causar à ordem jurídica e social, não dispondo de meios para evitar que a norma edificada abranja os casos leves.

O Princípio da Insignificância surge justamente para evitar situações de tal jaez, adequando a norma aos princípios básicos do Direito Penal anteriormente examinados, atuando como elemento de interpretação restritiva do tipo, para que, com base em critérios de razoabilidade, desconsidere-se um fato como crime, tendo-o como insignificante, e destarte, destituído de reprovabilidade.

O fundamento do Princípio da Insignificância está, também, na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *paethos* ético da pena, de sorte que a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato. (GUARACY, 2000, p. 37/38)

5. Requisitos para a aplicação do Princípio da Insignificância

A aplicação desse Princípio não pode ocorrer pela simples verificação da lesividade mínima da conduta, necessitando-se demonstrar, para sua verificação a ocorrência, de outros requisitos fundamentais, que evitem excluir a própria finalidade da tutela penal.

Dessa forma, impõe-se realizar uma análise interpretativa conglobada da conduta e da própria norma, tomando-se por norte a razoabilidade e a proporcionalidade.

Existem, basicamente, dois modelos de identificação da conduta insignificante.

O primeiro deles, o Clássico, avalia o desvalor da ação e do resultado, bem como leva em consideração a culpabilidade.

O segundo modelo baseia-se na gravidade da pena.

Carlo Enrico Paliero escreve sobre esses modelos de identificação da conduta insignificante:

O enquadramento sistemático do crime bagatelar – ou, se assim se deseja, da **Geringfiigigkeit** vista como essência jurídica da categoria – deve ser portanto realizado segundo modelos dogmáticos consolidados. Nesse tema pode-se acenar apenas aos dois esquemas interpretativos atualmente preferidos pela doutrina, que exauem, verdadeiramente, as possibilidades de uma adequada tipificação dos **Bagatelldelikte**.

Por um lado o modelo- que se pode definir “clássico” neste campo – constituído por apenas três índices “desvalor da ação”, “desvalor do evento”, e “culpabilidade”, é direcionado à averiguação da global exequibilidade do fato usando as possibilidades de graduação do ilícito penal. Por outro lado o esquema dogmático – atualmente prevalente na doutrina de língua alemã – que utiliza, ao contrário, todos os critérios de uma “antecipada comensuração da pena” para estabelecer o merecimento da pena” (Strafwürdigkeit) do próprio fato. Segundo tal imposição apenas no caso em que todos os indícios de comensuração da pena se mantenham abaixo de um limite mínimo se deveria reconhecer que a conduta não merece ser punida com sanção criminal. (PALIERO, 1979, p. 943)

O Ministro Celso de Melo, em decisão liminar proferida no *Habeas Corpus* nº 92.463-MC/RS, elenca os vetores que devem nortear o intérprete na aplicação do Princípio da Insignificância, quais sejam: a) a mínima lesividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

6. Aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato

No que diz respeito à possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato, existem duas correntes de pensamento divergentes.

A primeira delas defende a impossibilidade de sua aplicação, fundamentando tal entendimento no fato de que o objeto de proteção do tipo vai além do aspecto patrimonial, abrangendo também a probidade e a moral administrativa.

A essa corrente filia-se o Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento extrai-se do aresto:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.
2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.
3. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação penal.

(REsp 655.946/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27.02.2007, DJ 26.03.2007 p. 273)

A segunda corrente posiciona-se favoravelmente à aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato em situações que revelam inexpressividade lesiva.

Esse é o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. Demonstra-o julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida.

HC 87478 / PA - Relator: Min. EROS GRAU - Julgamento: 29/08/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação - DJ 23-02-2007 PP-00025 - EMENT VOL-02265-02 PP-00283)

Frise-se que o Crime de Peculato, Art. 303 do Código Penal Militar, inserto no Título VII, Capítulo II – Dos Crimes Contra a Administração Militar, diferencia-se do tipificado no Art. 312, do Código Penal pela inexistência naquele da expressão funcionário público, não havendo razão para não se admitir a interpretação extensiva do acórdão suso referido ao peculato previsto na legislação penal comum. Veja-se:

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos.

Doutrina, a propósito, também se posiciona favoravelmente à aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato:

(...) no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, §1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria

cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; (TOLEDO, 1994, p. 133)

7. Conclusão

Diante dos argumentos acima expostos, percebe-se divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato.

Certo é que o tema envolve certa subjetividade, mas essa característica é da essência do próprio Direito, caracterizado por sua natureza dialética.

Deve-se deixar claro que o Princípio da Insignificância não pode ser aplicado a todo e qualquer crime, mas somente àqueles cuja conduta demonstra mínima lesividade, nenhuma periculosidade social, reduzidíssimo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica provocada, de acordo com as particularidades do caso concreto.

Orientando-se também pelos Princípios da Razoabilidade, Fragmentariedade e Proporcionalidade, não se vê, em que pese posicionamento respeitável em contrário, óbice para a aplicação do Princípio da Insignificância ao Crime de Peculato quando presentes os requisitos da mínima lesividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Não se trata, em nenhum momento, de se afirmar que determinadas condutas, pela sua insignificância, deixarão de ser tutelada, estimulando-se a impunidade.

O que se busca é que essa proteção não seja necessariamente prestada pelo Direito Penal, sendo que os demais ramos do Direito são capazes de prestar essa tutela, considerando o fato como ilícito civil ou administrativo.

8. Referências bibliográficas

ACKEL Filho, Dionar. O princípio da insignificância no direito penal. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: 1998, 2º Trimestre, abr./jun., v. 94, p. 72-77.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal – Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BONETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. Revista Ajuris. Porto Alegre, n. 156, 154/176, 1992, p. 155.

BONFIM, Edílson Mougenot e CAPEZ, Fernando. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual / 2. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 1993. v. I e III.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Barcelona: Bosch, 1975.

PALIERO, Carlo Enrico. Note sulla disciplina dei reati bagatellari. Revista Italiana di Dirritto e Procedura Penale. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, ano XXII, fasc. 3, p. 920-991, jul./set./1979.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 3. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, C. Problemas fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, s/d.

_____. Política criminal e sistema jurídico penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARRULE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o Justificación). Buenos Aires: Editora Universidad, 1998.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2006.

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

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.