



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

FRANCIS DE PAULA MAXIMO E SOUZA

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
PECULATO**

BRASÍLIA

2014

FRANCIS DE PAULA MAXIMO E SOUZA

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
PECULATO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Humberto Fernandes de Moura

BRASÍLIA

2014

FRANCIS DE PAULA MAXIMO E SOUZA

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
PECULATO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Humberto Fernandes de Moura

Banca Examinadora:

Professor Humberto Fernandes de Moura
Orientador

Examinador

Examinador

Aos meus pais,

Senhor Ivaci Souza e Senhora Vilma Maximo, pelo amor, carinho e educação que sempre me deram. Por me ensinarem o valor do estudo e do trabalho, na vida de um homem, sempre me incentivando a ser alguém melhor do que sou. Por jamais desistirem de mim, mesmo nos momentos de dificuldades.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido fé, força e sabedoria para nunca desistir dos meus objetivos. Sem Ele, nenhuma de minhas conquistas seriam possíveis.

Ao meu professor orientador, Humberto Fernandes de Moura, por ter sido um dos responsáveis pela minha preferência acadêmica pelo Direito Penal. Por ter aceitado me orientar, apesar do pouco prazo para a elaboração do projeto. Por ter indicado o melhor caminho para o desenvolvimento do trabalho.

Ao amigo Lauro Vinícius, por ter me ajudado na difícil missão da delimitação temática dessa monografia.

Aos meus pares de estudo da Turma "C", por terem tornado esses anos de estudos mais agradáveis do que poderiam ser, pela ajuda e companhia de cada um.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise da incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato. A matéria ainda não foi pacificada nos Tribunais brasileiros, existindo controvérsias em todo o âmbito do Poder Judiciário. Para a análise do tema, será exposta, ao longo do texto, a conceituação de termos fulcrais que envolvem a matéria (funcionário público, peculato, princípio da moralidade e princípio da insignificância), pois somente com o entendimento de tais termos será possível alcançar a avaliação sistêmica do tema proposto. Logo após, passar-se-á para a realização do exame de entendimentos firmados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal – exame esse que será realizado por meio de uma metodologia de análise de decisões. Ao final, através da concretização de toda a pesquisa, deseja-se ser possível emanar um posicionamento sobre o tema.

Palavras-Chave: Princípio da Insignificância. Princípio da Moralidade. Peculato. Funcionário Público. Metodologia de Análise de Decisões. Supremo Tribunal Federal Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The present paper aims at analyzing the incidence of the principle of insignificance on embezzlement crimes. The matter has not been yet consolidated in Brazilian Courts, what generates controversies within the judicial branch. In order to analyses this theme, it will be exposed, throughout the paper, the conceptualization of core terms that involve this topic (civil servant, embezzlement crimes, principles of morality and insignificance), for only with the clarification of these terms it will be possible to reach a systematic evaluation of the proposed theme. Subsequently, it will be approached the consolidated understanding within the Superior Court of Justice and the Supreme Court – the study will be carried out through a methodology of decisions analysis. Finally, under the concretization of the research, it is intended to emanate a position on the theme.

Keywords: Principle of insignificance; Principle of morality; Embezzlement crimes; Civil Servant; Methodology of decisions analysis; Supreme Court; Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DEFINIÇÃO DE CONCEITOS LIGADOS AO TEMA	12
1.1 Funcionário público	12
1.2 Peculato.....	16
1.2.1 Objetividade jurídica.....	17
1.2.2 Sujeito ativo	18
1.2.3 Sujeito passivo.....	18
1.2.4 Tipo objetivo.....	19
1.2.5 Tipo subjetivo.....	21
1.2.6 Consumação e tentativa	21
1.3 Peculato furto	22
1.4 Peculato culposo	23
1.5 Classificação doutrinária	24
1.6 Princípio da Moralidade.....	24
2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	28
2.1 Panorama geral.....	28
2.2 Da análise principiológica	29
2.3 Critérios de reconhecimento da conduta penalmente insignificante.....	32
3 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DA PRÁTICA DE PECULATO.....	34
3.1 Metodologia de análise.....	34

3.2 Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato – Superior Tribunal de Justiça	36
3.3 Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato – Supremo Tribunal Federal	44
3.4 Das considerações finais.....	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Observa-se que algumas condutas cometidas por servidores, comissionados, estagiários e todos os equiparados à figura do funcionário público, nos moldes do artigo 327, Código Penal (CP), configurariam o crime de peculato tipificado no artigo 312 e seguintes do CP.

O ato de apropriar-se de uma caneta, de uma pasta, ou até mesmo utilizar-se da máquina de Xerox e dos seus componentes para reproduzir um livro particular, assim como outras condutas- que ao ver de quem as praticam, parecem ser normais- tipifica o crime de peculato descrito no Código Penal.

Esses funcionários estariam vendo essas ações como algo não significativo, que não precisa ser corrigido por meio do Direito Penal, pois parte da doutrina e, até, o Supremo Tribunal Federal coadunam que essa esfera do Direito não deve ser ocupada por matérias tão insignificantes, mesmo que a ação tenha ocorrido contra a Administração Pública, devido ao fato da conduta realizada pelo infrator ser considerada atípica, por falta de tipicidade material?

O Direito Penal deve ser utilizado apenas em último caso. Condutas minimamente ofensivas não devem ser resolvidas por meio desse Direito. O Estado, por meio de ações diversas, deve encontrar o ponto crucial entre a justiça e a injustiça, o justo e o injusto. O direito de liberdade é primórdio mor de qualquer indivíduo, direito esse que foi conquistado durante anos de lutas e sacrifícios. A condenação de um indivíduo devido à prática de uma conduta ínfima, por menor que seja a pena imposta, será desproporcional à ação do mesmo, pelo simples fato de ser uma pena.¹

Para encontrar o equilíbrio entre a tipificação penal e a correta prestação do serviço jurisdicional, ao decorrer dos anos, criou-se o princípio da insignificância. Cabe ressaltar que o instituto não é uma forma de impunidade, mas uma política criminal muito aceitável pela doutrina e pelos Tribunais pátrios. A utilização do princípio da insignificância pelo Poder Judiciário já está massificada. O Supremo Tribunal Federal disciplinou esse instituto para utilização em alguns crimes em que

¹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2005.

não há violência e que sejam de pequena monta. Conforme o Pretório Excelso, caso uma conduta seja realizada com nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; mínima ofensividade da conduta do agente; e haja inexpressividade da lesão jurídica provocada, tal ação deverá ser considerada atípica.²

Porém, não há unanimidade sobre a incidência desse princípio nos crimes de peculato, disciplinado no artigo 312 e seguintes do Código Penal. A discussão gira sobre os eixos da moralidade administrativa e o da liberdade. O entendimento que se tem formado nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que a moralidade administrativa não pode ser rompida para salvaguardar uma conduta que foi considerada típica pelo legislador. A sua preservação é um dos pilares que sustentam o serviço público. Se esse instituto for devassado, poderá comprometer as relações entre o administrador e os administrados. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal (STF) sinalizou que os bens maiores do ser humano, a vida e a liberdade, devem encontrar guarida no princípio da insignificância, quando preenchidos os requisitos dos vetores por ele estabelecidos.³

As duas grandes questões a serem indagadas são: O ato do funcionário público de apropriação, desvio ou subtração de objetos ou serviços, de pequeno valor, das repartições públicas, sem o uso de violência ou grave ameaça, deve ser visto como ato ínfimo ao Direito Penal, devendo ser aplicado o princípio da insignificância? Ou o princípio da moralidade, com base constitucional, norteador dos atos da administração pública, deve ser sobreposto à insignificância delitiva e o ato deve ser punido para que não haja a quebra da confiança do administrado com o administrador?

Esta pesquisa tem como fator motivador o fato de eu ser servidor público federal. Observa-se que algumas condutas cometidas por servidores, comissionados, estagiários e todos os equiparados à figura do funcionário público, nos moldes do art. 327, Código Penal, configurariam a figura tipificada no artigo 312 e seguintes do CP, o crime de peculato. Além disso, existe controvérsia de

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 84412 / SP - SÃO PAULO**. Min. Rel. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. DJ 19/11/2004. No mesmo sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 122213 / PR - PARANÁ**. Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI. Segunda Turma. DJe 12/06/2014.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 112.388/SP, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe 14/09/2012).

posicionamento existente entre o STJ e o STF, no que tange a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato. E, ainda, existe uma relevância do tema no caso concreto, tendo em vista o elevado número de condutas que ocorrem no dia-a-dia dentro do funcionalismo público que configuraria o crime de peculato e que não são analisadas como deveriam ser.

Tem por objetivo a avaliação dos fatores que envolvem a incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato e a sua aplicabilidade. Para isso, se faz necessário entender com afinco o significado dos termos chave da situação problema- funcionário público, peculato, princípio da insignificância e princípio da moralidade-, assim como, a aplicação prática do instituto do princípio da insignificância no STJ e no STF nos casos da prática de peculato.

No primeiro capítulo, serão analisadas as definições de termos ligados ao tema, o que proporcionará um melhor entendimento sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato.

No segundo capítulo, será analisado o princípio da insignificância, termo central do tema proposto.

No terceiro capítulo, será analisada, com a ajuda dos termos que serão estudados no primeiro e segundo capítulos, a aplicabilidade prática do instituto do princípio da insignificância pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos da prática de peculato.

A metodologia da pesquisa será embasada primordialmente em materiais bibliográficos. Serão utilizadas doutrinas e jurisprudências sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. No primeiro momento, foram definidos, por meio de pesquisas doutrinárias, contemporâneas e modernas, como as doutrinas de Ivan Luiz da Silva, Márcia Noll Barboza, José Henrique Guaracy Rebêlo, Cleber Masson, Luiz Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci, Julio Fabbrini Mirabete, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Damásio de Jesus, Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Celso Antonio Bandeira de Mello, Ricardo Antonio Andreucci, Claus Roxin, entre outros, os termos chave para o entendimento do tema proposto. Depois de compreendido o significado dos termos, será analisada a aplicação

prática do instituto do princípio da insignificância pelo STJ e pelo STF nos casos de peculato.

1 DEFINIÇÃO DE CONCEITOS LIGADOS AO TEMA

As definições das expressões funcionário público, peculato e moralidade administrativa proporcionarão um melhor entendimento sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato, pois a compreensão dos termos isolados permitirá, posteriormente, a análise sistêmica do tema proposto.

1.1 Funcionário público

A Constituição Federal de 1988 abandonou esse termo do seu texto. A figura do funcionário público é utilizada pelo Código Penal de forma abrangente, buscando enquadrar qualquer pessoa que esteja a serviço da Administração Pública, mesmo que transitoriamente e sem remuneração. A definição de funcionário público na seara penal é muito mais abrangente do que na esfera administrativa⁴

“Art. 327: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”⁵

No âmbito administrativo, não há consenso entre a definição do termo. Várias teorias são utilizadas na tentativa de uma definição do termo, mas duas merecem destaque: a teoria ampliativa, a qual insere na conceituação o agente que exerce função pública, realiza ato de império, ato técnico ou ato de gestão; e a teoria restritiva, que conceitua o agente como aquele que, na execução de norma jurídica,

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método. 2011.

⁵ BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

desempenha poder de império e os atos realizados promulgam autoridade, ou no mínimo, alguma parcela de discricionariedade.⁶

Para não deixar margem para dúvidas, o legislador penal adotou a noção ampliada de funcionário público, bastando para tanto que o agente exerça a função pública, mesmo que transitoriamente. Não se exigiu o exercício profissional ou permanente da função⁷. Nas palavras de Luiz Regis Prado “Verifica-se, portanto, que o conceito de funcionário público não mais advém do conceito de autoridade, mas sim do exercício de função pública”.⁸

O dispositivo legal, artigo 327 do CP, traz como funcionário público o agente que exerce cargo, emprego ou função pública. A lei 8112/90, regime jurídico dos servidores públicos federal, em seu artigo 3º, define cargo público como sendo “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”⁹. No mesmo artigo, em seu parágrafo único, a lei também define o termo cargos públicos, sendo eles “acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”.¹⁰

Entende-se por emprego público aquele que é exercido por empregado público, regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas. No que diz respeito ao agente público, a lei de improbidade administrativa, na definição do artigo 2º, o traz como:

“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo,

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 540.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

¹¹

Por outro lado, diz-se por função pública o conjunto de atribuições conferido aos agentes público pela Administração Pública ¹². Ao designar o termo funcionário público “*in genere*” ¹³, alcança-se os agentes públicos em sua generalidade, abrangendo os 03 (três) Poderes da República, compreendendo até mesmo aqueles que exercem as suas atividades em caráter transitório e/ou sem remuneração. Portanto, a definição de funcionário público se dá pelo exercício da função pública, independentemente da forma em que ela é prestada¹⁴. Sendo assim, o Código Penal brasileiro adotou, por conseguinte, “um conceito unitário de funcionário público, que não opera distinções entre funcionário, encarregado de serviço público, agente público, [...] ou qualquer indivíduo que exerça função pública”. ¹⁵

Esse é um conceito próprio do Direito Penal. Diferentemente do conceito do Direito Administrativo, busca-se, aqui, a proteção da função pública, dos interesses da Administração, em suas mais variadas formas. Deve-se ressaltar que aqueles que exercem um *múnus* público (representação pública), não são funcionários públicos. São exemplos dessa figura os tutores dativos, inventariantes judiciais, entre outros em que prevaleça o interesse privado. ¹⁶

A descrição feita pelo Código Penal aumentou, ainda mais, a definição de funcionário público ao introduzir a figura da equiparação, no parágrafo primeiro do artigo 327. Equiparam-se a eles os que exercem “cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração

¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹² BONESSO, Allaymer. **Distinção entre cargo público e função pública e direito do titular do cargo público.** Disponível em: <<http://direitoadministrativomoderno.blogspot.com.br/2010/10/distincao-entre-cargo-publico-e-funcao.html>>. Acesso em: 30 ago.2014.

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 542.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 542.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Pública”¹⁷. O dispositivo jurídico em questão não realiza referência explícita às autarquias- entes administrativos com patrimônio próprio, atribuições típicas de Estado, autônomas, com personalidade jurídica de Direito Público¹⁸- e às fundações públicas- instituídas por lei, podem ser de personalidade jurídica de Direito Pública ou Privada, com previsão de atuarem em atividades do Estado na ordem social¹⁹. Importante frisar que a definição de fundação pública não é nítida nem mesmo no Direito Administrativo, muita das vezes, sua natureza é confundida com as das autarquias.²⁰

O legislador penal não fez distinção entre autarquia e ente paraestatal. Sobre o enfoque da definição do último termo citado, dar-se-á natureza jurídica de Direito Privado, implementada por lei, “para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”.²¹

Na concepção de Luiz Regis Prado²², a modalidade de entes paraestatais abrange: as sociedades de economia mista- pessoa jurídica de Direito Privado, criadas na forma de sociedade anônima, por lei, com capital público e privado, cabendo ao ente estatal a maior parte das quotas parte, com objetivo de realização de serviços privados e públicos²³; as empresas públicas- pessoa jurídica de Direito Privado, criadas sob qualquer forma admitida no direito, nos moldes da lei, seu capital é composto somente pelo do Estado, com objetivo de encadear atividade econômica ou atividade estatal²⁴; o terceiro setor- entes da sociedade civil, com fins públicos, sem interesse em lucros, realizam atividades de interesse da coletividade, sem, no entanto, ser Estatal, não sendo inseridos no âmbito da Administração Indireta ou Direta; e os serviços sociais autônomos- possui natureza jurídica de

¹⁷ BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁸ MUKAI, T. apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²¹ MEIRELLES, H.L. apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 544.

²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Direito Privado, criados por lei, tem como finalidade dar assistência ou ensino a determinados grupos/categorias profissionais, sem o intuito de lucro, a exemplo do que ocorrem no SESC, SENAI e SENAC.²⁵

Em relação ao parágrafo segundo do artigo 327 do Código Penal, foi instituída uma majorante a ser aplicada no último momento do sistema trifásico, previsto no artigo 68 do Código Penal (primeira fase, circunstâncias judiciais, artigo 59 do Código Penal; segunda fase, circunstâncias agravantes e atenuantes; e terceira fase, casos de aumento e diminuição da pena), da aplicação da lei penal²⁶. Essa hipótese será aplicada no caso em que os funcionários públicos forem ocupantes de cargo em comissão.

Entende-se por cargo em comissão, nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, aqueles que são:

“vacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”.²⁷

Realizada a análise do conceito de funcionário público, em sua acepção penal, a qual é considerada muito mais abrangente do que o conceito dado pelo Direito Administrativo, percebe-se a importância do aprofundamento dos termos que envolvem a o tema proposto. Da mesma maneira, deve-se examinar a conceituação do crime de peculato, levando em consideração que a falta do conhecimento do termo, prejudicará a sistemática que a incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato se reveste.

1.2 Peculato

É um crime contra a Administração Pública, que, em regra, somente pode ser praticado por uma qualidade de pessoa, o funcionário público. A palavra tem como origem o Direito Romano, época que crimes contra o patrimônio era

²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

denominado de *peculatus* ou *depeculatus*. Naqueles tempos, o crime era definido somente pela qualidade dos bens protegidos, os do Estado, pouco importando a qualidade das pessoas que o cometiam²⁸. No decorrer da Idade Média, essa prática era comumente punida com penas severas, como a morte e a infâmia.²⁹

Segundo o Código Penal atual, o crime de peculato divide-se em quatro espécies, sendo uma culposa e três dolosas: Peculato-apropriação (caput, 1ª parte); Peculato-desvio (caput, parte final); Peculato-furto (§ 1º); Peculato culposo (§ 2º).³⁰

“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 dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

Peculato culposo

“§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”.³¹

As quatro espécies serão analisadas, partindo-se dos pontos comuns afeitos a todas elas, aos pontos mais detalhados de cada uma. O estudo das classificações realizadas pela doutrina é importante para que se possa usar de forma mais técnica o termo peculato.

1.2.1 Objetividade jurídica

A tipificação do ilícito de peculato tem por objetivo a tutela da Administração Pública no que se refere ao patrimônio público, à probidade administrativa e ao interesse do Estado³². Pode ser considerada uma modalidade especial de

²⁸ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial, art. 213 a 359-h. São Paulo: Método. 2011.

²⁹ STEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁰ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, art. 213 a 359-h. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011.

³¹ BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

apropriação indébita praticada por um determinado grupo de pessoas, os funcionários públicos, “*ratione officii*”³³.

Conforme ensina Mirabete:

“A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano, mais do que material, é moral e político”.³⁴

O legislador buscou tutelar muito mais do que o patrimônio, conforme o fez na tipificação do furto, buscou tutelar a probidade administrativa e a fidelidade da administração.

1.2.2 Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime em comento é a figura do funcionário público trazida pelo artigo 327 do Código Penal, em sua acepção mais ampla. Nada obsta que um particular também pratique o crime, desde que praticado em concurso de agentes com um funcionário público, na figura do artigo 30 do Código Penal, tendo em vista que a condição de funcionário público é elementar do crime.³⁵

Observa-se que é imperioso que o particular saiba da especial qualidade do funcionário público, caso contrário, responderá por crime diverso do peculato, atuando na chamada cooperação dolosamente diversa.³⁶

1.2.3 Sujeito passivo

Por se tratar de um crime contra Administração Pública, o sujeito passivo do crime é o Estado, em sua total abrangência, envolvendo além da União, Estados, DF e Municípios, as entidades paraestatais e as autarquias.³⁷

³³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial, arts. 235 a 361 do CP**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 263.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial, arts. 235 a 361 do CP**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Os atos contra o patrimônio realizados em desfavor de associações sindicais também passaram a ser equiparados ao crime de peculato. Antigamente, o ato era considerado crime contra a economia popular. Essa modificação somente foi possível devido à alteração do artigo 522 da CLT, dada pelo Decreto-lei nº 925, de 10-10-1969.³⁸

1.2.4 Tipo objetivo

A descrição do crime previsto no artigo 312 do Código Penal é conhecida, doutrinariamente, como peculato próprio, tendo em vista que o agente já possui a posse da *res*, em decorrência do cargo que ocupa³⁹, constituindo-se nas condutas de apropriação ou de desvio.⁴⁰

No primeiro caso, apropriação, da mesma forma que ocorre no crime de apropriação indébita, o agente já está na posse do objeto e se apodera da coisa como se fosse sua. Portanto, o desígnio material do crime é a situação de posse. Em relação ao conceito de posse, as palavras de Fragoso são muito esclarecedoras:

“A posse aqui deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada, disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha”⁴¹.

É importante frisar que a posse da coisa deve ser lícita e a mesma deve acontecer em razão do cargo que o agente ocupa. A posse pode ser de valores, dinheiro ou qualquer outro bem móvel público ou particular- desde que esteja na guarda da Administração Pública.⁴²

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴¹ FRAGOSO apud Mirabete, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 264.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

No segundo caso, desvio, a conduta do agente público reside na ação de desviar, desencaminhar, deslocar, alterar o destino ou aplicação, destinando a coisa, diversamente, em proveito (material ou moral) próprio ou alheio. Em um caso de desvio de verba pública, se a ação for em proveito do próprio órgão público, não há que se falar em peculato-desvio, mas sim na figura típica do emprego irregular de verbas ⁴³. Da mesma forma, entende-se que o uso de máquinas públicas não configura o crime de peculato, mas um ato de improbidade administrativa, devendo ser punido pela legislação civil e/ou administrativa. ⁴⁴

Nesse sentido, tem-se o entendimento do Egrégio TJSP:

“A utilização de veículos ou máquinas da Prefeitura Municipal na realização de serviços particulares, ainda que acarrete natural consumo de combustível, constitui mero peculato de uso, não punível em nosso ordenamento jurídico, apenas passível de sanções administrativas (TJSP – RT, 383/71)”.⁴⁵

“Não se caracteriza o crime de peculato, em face da atipicidade da conduta, se o agente utiliza de mão-de-obra pública, veículos e equipamentos pertencentes à Administração Pública, uma vez que o tipo penal previsto no art. 312 e seus parágrafos tem como pressuposto a apropriação ou desvio de coisa móvel, inexistindo, também, a figura do peculato de uso (TJSP – RT, 749/669)”.⁴⁶

Isso porque a figura do peculato de uso - a qual se amoldaria como crime pela utilização momentânea do objeto material do peculato pelo funcionário público que detém a posse do objeto sob sua proteção, o qual utilizaria o objeto, sem *animus domini*, e o devolveria de forma intacta⁴⁷ - não encontra arrimo no código penal brasileiro. “O peculato de uso é impunível criminalmente, somente suscetível de sanções administrativas (TJSP – RT, 541/342)”⁴⁸.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143.

⁴⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143.

Apesar da falta de disciplina no Código Penal, a doutrina⁴⁹ nominou a conduta disciplinada pelo artigo primeiro, inciso segundo, do Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967, “Utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”,⁵⁰ de peculato de uso. Sendo essa conduta, a única que poderia ser enquadrada no caso do chamado peculato uso.

1.2.5 Tipo subjetivo

A conduta dolosa do crime de peculato-desvio consiste na finalidade de tirar proveito próprio ou alheio do bem. No que se refere ao peculato-apropriação, basta a intenção de não restituir a coisa que está em sua posse⁵¹, *animus rem sibi habendi* (intenção de tornar-se proprietário da coisa)⁵². Em todas as modalidades do crime, “é indispensável a presença do elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir”.⁵³

1.2.6 Consumação e tentativa

Na hipótese do desvio, a consumação do peculato ocorre quando o agente dá fim diverso à coisa daquele que foi originalmente eleito pela Administração Pública. Em relação à apropriação, a consumação do peculato se configura no momento em que o agente se assenhora de bem, objeto ou valores da Administração Pública, que detinha a posse licitamente com vontade de assenhoreamento.⁵⁴

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. No mesmo sentido: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2004; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acessado em: 24 de ago. 2014.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Mirabete diz, ainda, que o crime de peculato por ser:

“um crime contra a Administração Pública e não contra o patrimônio, o dano necessário e suficiente para a sua integração é o inerente à violação do dever de fidelidade para a mesma administração, quer associado, quer não, ao patrimônio (...) De qualquer forma, pouco importa que o agente tenha obtido a vantagem do crime e não é necessário que se fixe o montante dos valores assenhorados ou extraviados”⁵⁵.

Utilizando-se da mesma linha de pensamento de Mirabete, Damásio de Jesus, explanando sobre a consumação e tentativa do crime de peculato, realiza um questionamento respondido por ele mesmo: a aprovação das contas do funcionário pelo órgão responsável pela fiscalização contábil e financeira impediria a existência do crime? “Não, caso contrário, a aprovação de contas constituiria requisito do direito. E a norma do art. 312, como vimos, não a contém como elementar”.⁵⁶

A constatação e eventual aprovação/reprovação das contas não constituem elementar do crime de peculato. O legislador não teve como intuito, na descrição do tipo, proteger somente o patrimônio público, mas, acima de tudo, a fidelidade administrativa. Da mesma forma, será incurso no tipo o funcionário que deixar fiança ou caução para cobrir eventuais danos causados, pois essas garantias não farão que a conduta deixe de ser criminosa⁵⁷. O legislador buscou tutelar algo a mais do que o patrimônio da Administração, buscou integrar ao respaldo patrimonial, prioritariamente, o respaldo moral.

1.3 Peculato furto

A tipicidade agora não se encontra mais em desviar ou apropriar-se de bem público ou particular, desde que sob a guarda da Administração Pública, mas sim na subtração de objetos, bem e valores. Neste caso, o agente público não possui a

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 267.

⁵⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

posse da *res* pública ou particular sob guarda, mas a sua condição de funcionário público é usado como um facilitador para a obtenção da coisa ⁵⁸.

O peculato-furto, artigo 312, § 1º do CP, também conhecido como peculato impróprio ⁵⁹ ocorre de duas formas. Na primeira, o próprio agente se vale das facilidades da sua qualidade de funcionário público e subtrai a coisa. Na segunda, o agente, de forma consciente, facilita a subtração da *res* por um terceiro, que age em concurso com o mesmo ⁶⁰.

1.4 Peculato culposo

No crime em comento, artigo 312, § 2º, CP, o funcionário público cria uma oportunidade, culposamente, agindo com negligência, imprudência ou imperícia ⁶¹, para que um terceiro subtraia, desvie bens, objetos ou valores da Administração Pública. O aperfeiçoamento do crime ocorre na prática da conduta dolosa do terceiro, devendo existir nexó entre as condutas criminosas do funcionário público e do terceiro ⁶². Assim sendo, a conduta dos dois agentes se caracteriza como um concurso não intencional, tendo em vista que não há vontade em concorrer ⁶³. Cabe ressaltar que o simples descumprimento das normas regulamentadoras da guarda dos objetos não configura, por si só, o crime por hora discutido. Deve-se provar a falta de cautela especial e ordinário a que o funcionário público estava comprometido, em razão da função pública que exerce .

Especificamente no caso do peculato-furto, o legislador previu um caso de extinção da punibilidade. Trata-se da restituição da coisa perdida por parte do funcionário público, antes do trânsito em julgado da ação. Se a reparação do dano

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶² JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

for ulterior à sentença irrecorrível, diminui-se a pena para a metade. Em ambos os casos, o funcionário não ficará isento da punição administrativa ⁶⁴.

1.5 Classificação doutrinária

O peculato é um crime próprio (exige condição especial do sujeito); material (exige resultado naturalístico); comissivo (todas as condutas representadas pelos verbos nucleares necessitam de ação); doloso (é a regra. Excepcionalmente pode ser praticado culposamente, na figura descrita no parágrafo 2º do artigo 312 do Código Penal); de forma livre (pode ser praticado de qualquer forma); instantâneo (resultado se dá de forma imediata, sem prolongamento no tempo); unissubjetivo (pode ser praticado por um único agente); plurissubsistente (em regra, pode ser constituído de mais de um ato) ⁶⁵.

A definição do crime de peculato se fez necessária, pois esse crime é um dos pontos fulcrais de toda a problemática proposta. Sem um bom entendimento sobre o assunto, a análise do tema apresentado se daria de forma superficial. Da mesma forma, deve-se examinar o princípio da moralidade, tendo em vista que ele é a fundamentação teórica de alguns Tribunais para não aplicar o princípio da insignificância no crime acima conceituado.

1.6 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade é um instituto de difícil definição. Sua aceção vai variar conforme o tempo e a forma como ele é utilizado. Isoladamente, pode-se entender moralidade, nas palavras de Rangel Júnior, “como o conjunto de instrumentos que se oferecem para evitar-se sejam a subjetividade, individual, e a objetividade, coletiva, arbitrárias, uma em relação à outra”. ⁶⁶

⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁶ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**: conceito, aplicabilidade e controle na constituição de 1988. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. p. 27.

Ele é um constructo teórico evolutivo do direito francês. Foi, primeiramente, citado nos aportes do juiz francês Maurice Hauriou⁶⁷. Um de seus principais ensinamentos sobre o assunto pode ser encontrado no *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*:

“Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de que todo ser possuidor de uma conduta pratica forçosamente a distinção entre o bem e o mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica distinção, ao mesmo tempo que aquela do justo e do injusto, do lícito e do ilícito, do honrado e do desonrado, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é seguidamente mais exigente que a legalidade. Nós veremos que a instituição do excesso de poder, com base na qual são anulados muitos atos administrativos, é fundada tanto na noção de moralidade como na noção de legalidade, de sorte que a Administração está vinculada em certa medida pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder”⁶⁸

Na França, a concreta apreciação do controle do desvio de poder, pontuado por Hauriou como um dos principais fatores de rompimento da moralidade administrativa, aconteceu no caso *Lesbats*, em que o Conselho de Estado francês decidiu que o excesso de poder abrangia a hipótese de desvio de finalidade. E, ainda, possui como marco do controle dos fatos motivadores do ato o acórdão do caso *Gomel*, em que o Conselho de Estado francês deixou de analisar apenas a correção dos fundamentos jurídicos da Administração e passou a incorporar na apreciação à qualificação dos fatos, no caso concreto⁶⁹.

O princípio da moralidade foi muito bem incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Já em 1930, foi feita referência à moralidade administrativa no decreto número 19.398, o qual designava o Governo Provisório da República, onde em seu artigo sétimo disciplinava que:

“Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito

⁶⁷ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁶⁸ HAURIOU, Maurice. **apud em Barboza, Márcia Noll. O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.: 92-93.**

⁶⁹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos à revisão, contravenham ao interesse público e à **moralidade administrativa**⁷⁰ (grifos nossos).

Constitucionalmente, esse princípio, primeiramente abordado por meio do instituto da ação popular, foi destinado à anulação de atos lesivos ao patrimônio público, na constituição de 1934, em seu artigo 113. O instituto da ação popular não foi previsto na Constituição de 1937, voltando a ser disciplinada na Carta de 1946, tendo as suas delimitações previstas na lei nº 4.717/1965. Na Constituição de 1988, o instituto da ação popular, artigo 5º, LXXIII, faz menção expressa à moralidade administrativa.⁷¹

“Art. 5º, LXXIII) qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”⁷²

A Constituição Federal destacou a moralidade como um dos princípios norteadores da Administração Pública:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência.”⁷³ (grifo nosso).

Os administrativistas brasileiros ao tratarem do princípio da moralidade, cuidaram para não fazer uma especificação restritiva do conceito de moralidade administrativa, com o intuito de não esvaziar os efeitos que o princípio pretende alcançar.⁷⁴

⁷⁰ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.: 97

⁷¹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.: 97-98

⁷² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁷⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Márcia Barboza discorre que a Constituição Federal de 1988 emoldurou, por meio dos princípios da legalidade e do Estado Democrático, o princípio da moralidade, dando força a sua aplicabilidade e ao seu campo de aplicação.⁷⁵

Conforme entendimento de Barboza, o princípio em tela atua em três vertentes: a) na função conformadora e formação ético-profissional do agente público; b) na função repressiva; c) na função corretiva. Explica, ainda, que “a primeira e mais importante função do princípio da moralidade é a da orientação, da conformação da atividade administrativa”⁷⁶. Essa orientação deverá ser feita com os ocupantes dos cargos públicos para informá-los da importância do cargo que ocupam, da importância de sua atividade para o desenvolvimento do povo, sendo suas ações pautadas muito além da legalidade, buscando a moralidade. A função repressiva consiste na punição do agente que cometeu o ato que infringiu a moralidade administrativa. A função corretiva encontra guarida no momento de invalidação do ato eivado de vício.⁷⁷

Após o seu início no direito francês e a sua adoção no direito brasileiro, já está arraigado que o princípio da moralidade é um instrumento de controle e moralização dos atos praticados pelos agentes públicos. Assim sendo, pode-se observar que os atos da Administração Pública devem se valer de elementos que vão além da legalidade. Por isso a importância desse princípio. Ele exerce um parâmetro comportamental da conduta dos administradores. Tais condutas devem ser pautadas na ética, probidade, lealdade e boa-fé. Dada a sua importância na manutenção de ações dos administradores para com os administrados, fez-se necessário a inclusão desse princípio na ordem constitucional brasileira e a sua fiel execução por todos os integrantes da Administração Pública⁷⁸. A exegese desse princípio será confrontada, posteriormente, com o princípio da insignificância, assim sendo, serão realizadas considerações sobre o segundo princípio em comento.

⁷⁵ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁷⁶ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.: 129-130

⁷⁷ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No capítulo anterior, foram apresentadas as definições das expressões funcionário público, peculato e moralidade administrativa, com o intuito de permitir, posteriormente, uma análise sistêmica da incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato. Neste capítulo, o termo central do tema proposto será analisado: o princípio da insignificância.

2.1 Panorama geral

O tipo penal é descrito pelo legislador de forma a proibir ou abster a pessoa de cometer determinadas condutas, tudo de forma abstrata. Todas as condutas devem ser descritas da melhor forma possível para que se possa enquadrar a conduta como um fato típico.⁷⁹

O legislador busca, da melhor forma, enquadrar as ações que lesam a sociedade, as quais devam ser protegidas pelo Direito Penal. Mas durante a formação dessa tipificação penal, devido o caráter abstrato do fato abarcado como crime, acaba-se por descrever ações que não deveriam ser consideradas criminosas, dado seu caráter insignificante.⁸⁰

No intuito de diminuir a gama de crimes abarcados pela norma abstrata, a doutrina brasileira busca atribuir o caráter material ao tipo, excluindo as condutas insignificantes ao direito penal.⁸¹

Dessa forma, afirma Ivan Silva:

“O juízo de tipicidade penal, em razão da concepção material do tipo, apenas considerará típica a conduta que concretamente lesionar o bem jurídico-penal tutelado, não sendo suficiente para configurar o delito a simples tipicidade formal, que consiste na mera adequação do fato realizado com a descrição abstratamente prevista”.⁸²

⁷⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁸⁰ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

⁸¹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁸² SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 81.

Para afastar essas terminologias entre o concreto e o abstrato que o princípio da insignificância é usado em matéria penal, afastando do Direito Penal as condutas irrelevantes.⁸³

“Assim, toda conduta típica que não venha a concretizar o conteúdo material do tipo penal, ou seja, que não lesione materialmente o bem jurídico tutelado, deverá ser excluída do âmbito da lei criminal em razão da sua irrelevância jurídica para o Direito Penal, já que a sanção criminal deve ser empregada apenas contra as formas de mais graves aos bens jurídicos penalmente protegidos”.⁸⁴

O Direito Penal não deve se ocupar de condutas minimamente ofensivas à sociedade e ao bem jurídico tutelado. Para tais condutas, outras áreas do direito devem ser utilizadas. Toda essa sistemática que envolve o princípio da insignificância é utilizada com o fim de resguardar o bem maior da vida, a liberdade.

É importante observar que esse princípio, em sua história recente, deve-se à figura de Claus Roxin, conforme nos explica Ivan Silva:

“O recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é, inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou com base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *mínima non curat praetor*”.⁸⁵

Não há dúvidas que o princípio surgiu do brocardo *mínima non curat praetor* (o pretor não se preocupa de nimiedades), porém não há entendimento quanto à origem do próprio brocardo.⁸⁶

2.2 Da análise principiológica

Todo o emprego do princípio da insignificância possui fundamentação. Entre as principais encontram-se os princípios da igualdade, liberdade, intervenção mínima, fragmentariedade e proporcionalidade. É de primordial importância o entendimento de cada um dos princípios acima relacionados como forma de fundamentação da existência do princípio da insignificância

⁸³ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁸⁴ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 81.

⁸⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 87.

⁸⁶ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

Tratando-se do princípio da igualdade, não se deve analisá-lo apenas do ponto de vista formal, pois essa análise de igualdade perante as leis conduziria a sociedade a uma desigualdade plena.⁸⁷

Seu sentido deve ser adotado na forma material, analisando o caso concreto. Caso um ato de menor potencial ofensivo seja julgado no caráter estrito da legalidade, o julgador produzirá uma desigualdade jurídica, pois aplicará a mesma norma em casos de graus distintos de lesividade ao bem jurídico tutelado⁸⁸. Nessa ótica que o princípio da insignificância surge como um “mecanismo receptor e divulgador do princípio da igualdade no Direito Penal”.⁸⁹

O princípio da igualdade, na forma material, evita que a conduta seja sancionada de forma mais severa do que o grau de reprovação que a conduta exige, sendo um fundamento para o princípio da insignificância.⁹⁰

Em relação ao princípio da liberdade, tem-se que o mesmo é um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, sendo a sua restrição uma exceção à regra. Para evitar que qualquer tipo de conduta seja ensejadora da restrição de liberdade, o princípio da insignificância surge como um postulado para que a máxima da liberdade não seja afetada por condutas que são menos lesivas do que a própria punição.⁹¹

No que concerne ao princípio da intervenção mínima, o qual se apresenta como “uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material do Estado Democrático de Direito”⁹². Caso a sanção criminal passe a ser usada de maneira indiscriminada, essa ação não trará uma maior proteção do bem; o que ocorrerá é o efeito reverso, ou seja, existirá a condenação do sistema jurídico Penal a uma função simplesmente ilustrativa, onde o mesmo não será hábil para cumprir a sua função social. Dessa

⁸⁷ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁸⁸ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁸⁹ Maurício Antonio Ribeiro Lopes apud SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 121.

⁹⁰ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁹¹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 148.

forma, esse campo do Direito deve ser afastado quando houver outros meios idôneos para a proteção de um determinado bem.⁹³

Com relação ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal, corolário do princípio da intervenção mínima⁹⁴, dispõe-se que tal direito não deve se ocupar de matérias irrelevantes. Devem-se selecionar os bens jurídicos dignos de proteção e a forma que foram ofendidos.⁹⁵

Onde as outras esferas do Direito são capazes de definir o comportamento da vida em sociedade, o Direito Penal deve abster-se de qualquer ação. Sendo insuficientes as normas dos demais direitos, o Direito Penal é chamado para resolução dos problemas, desde que esses problemas constituam lesão ao bem jurídico tutelado e a forma em que ele foi devassado exija repressão por parte do Estado, agindo como a *ultima ratio extrema*.⁹⁶

Para Claus Roxin:

“O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se (...) conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar”.⁹⁷

As palavras de Roxin validam o caráter subsidiário do Direito Penal e reforçam a importância da sua utilização apenas em último caso, somente se indispensável para a manutenção do convívio em sociedade.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, observa-se que em um Estado Democrático de Direito, a aplicação de qualquer ramo do direito deve valer-se do uso da proporcionalidade. A aplicação da pena deve ser proporcional ao delito cometido. Se o delito é insignificante, a aplicação de qualquer pena traria a desproporcionalidade ao campo do Direito Penal, pois por menor que fosse a

⁹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁹⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁹⁶ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁹⁷ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1988. p. 28.

sanção, haveria uma desproporção entre a aplicação da norma abstrata e da aplicação da pena em concreto pelo julgador.⁹⁸

2.3 Critérios de reconhecimento da conduta penalmente insignificante

Para que o critério de utilização do princípio da insignificância não vire algo vago, arraigado de subjetividade, a doutrina pátria adota dois critérios: a avaliação do desvalor da conduta cometida pelo agente e a avaliação pelo desvalor do seu resultado, para se auferir o grau de lesividade ao bem jurídico tutelado. O critério do desvalor do resultado serve para diminuir o grau de subjetividade do desvalor da ação que, caso analisado isoladamente, pode ser interpretado como ínfimo, mas que após a análise do resultado da ação ao bem jurídico tutelado, pode-se entender que a ação, no contexto geral, foi ou não foi ínfima para a aplicação do Direito Penal.⁹⁹

Nas palavras de Ivan Silva:

“O índice de desvalor da ação refere-se ao grau de probabilidade da conduta para realizar o evento na concreta modalidade lesiva assumida pelo agente. O índice desvalor do resultado é inferido da importância do bem jurídico atacado e da gravidade do dano provocado. A insignificância concorrente desses índices qualifica o fato como irrelevante para o Direito Penal”.¹⁰⁰

Assim, em uma situação hipotética, caso um indivíduo subtraia para si, desvalor da ação, uma quantia de R\$ 10,00 (dez reais), desvalor do resultado, deve-se analisar não somente a ação e o resultado de forma genérica. Deve-se analisar a ação e o resultado sobre o bem jurídico tutelado, o patrimônio, da pessoa que teve a quantia subtraída. No caso em questão, se a ação fosse empregada em um trabalhador que auferisse ao final de cada mês 01 (um) salário mínimo e que tivesse que sustentar 14 filhos e a esposa, tudo indica que ação de subtração de R\$ 10,00 (dez reais) não seria ínfima ao Direito Penal, dada a situação da vítima da subtração.

Porém, se for analisada a mesma ação de subtrair, desvalor da ação, sobre a mesma quantia de R\$ 10, 00 (dez reais), desvalor do resultado, sobre o bem

⁹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁹⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

¹⁰⁰ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 152

jurídico tutelado de uma pessoa cujo patrimônio seja avaliado em bilhões de reais, tudo indica que a conduta do agente seria considerada ínfima para o Direito Penal, dada a situação da vítima da subtração.

A norma jurídica penal deve considerar que a privação da liberdade e a restrição de direitos somente se justificam quando estritamente necessárias para resguardar as pessoas, a sociedade e os bens jurídicos primordiais, especialmente nas situações em que os bens penalmente tutelados foram expostos a dano, mesmo que potencial, desde que dotados de lesividade. O Direito Penal não deve se ocupar de cuidar das condutas cujo desvalor não represente prejuízo significativo ao possuidor do bem juridicamente tutelado ou à sociedade, devendo, em tais situações, aplicar o princípio da insignificância como um postulado de política criminal, fazendo com que o Direito Penal haja somente em último caso, quando os outros ramos do direito não mais forem capazes de zelar pela sociedade.¹⁰¹

Realizada a análise do conceito do princípio da insignificância, assim como a dos demais termos estudados no capítulo anterior- funcionário público, peculato e princípio da moralidade- poder-se-á, no próximo capítulo, alcançar a análise da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

¹⁰¹ MELLO, Celso de. Voto proferido no deferimento do **Habeas corpus 98.152-6 MINAS GERAIS**. Segunda Turma. DJe 05.06.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+98152%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+98152%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9tf38u>. Acesso em: 31 ago. 2014.

3 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DA PRÁTICA DE PECULATO

No decorrer desse estudo, foram analisados os conceitos de funcionário público, peculato, princípio da moralidade e princípio da insignificância. Agora, neste capítulo, será analisada, com a ajuda dos termos acima considerados, a aplicabilidade prática do instituto do princípio da insignificância pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos da prática de peculato.

3.1 Metodologia de análise

Para a análise dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), será utilizado como metodologia de pesquisa e de análise o método criado por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima. Eles sugerem que com esse método é “possível a aplicação de uma forma instrumental de pesquisa em direito que permite comensurabilidade de resultados”¹⁰². Tal processo foi denominado de Metodologia de Análise de Decisões (MAD).

A MAD abrange três fases: a análise jurisprudencial, o estudo de caso e a análise de decisões. A análise jurisprudencial é descrita pelos autores como a metodologia de coletar decisões de um ou vários órgãos decisores sobre um determinado problema jurídico. O estudo de caso compreende a aquisição indutiva de conclusões por meio de observação e seleção de conteúdos de um determinado problema, com o intuito de fazer a identificação do momento decisório e realizar uma descrição sobre o assunto. Já o processo de análise de decisões, em si mesmo, divide-se em três momentos: a pesquisa exploratória, onde o pesquisador elege bibliografias básicas para estabelecimento de uma matriz sobre o tema; o recorte objetivo, onde se estabelece uma questão-problema jurídica relevante e a sua aplicabilidade no caso concreto; e o recorte institucional, o qual diz respeito sobre os

¹⁰² FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análise de decisões**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 01.

órgãos decisores que serão pesquisados, devendo, necessariamente, ser justificado pelos critérios de pertinência temática e relevância decisória.

Na análise do tema proposto, a incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato, acórdãos do STJ e STF foram coletados. Para a pesquisa exploratória, foram utilizados os magistérios de vários doutrinadores, os quais permitiram que se chegasse nesse momento da pesquisa com a definição dos conceitos de funcionário público, peculato, princípio da moralidade e princípio da insignificância, além de permitirem a visualização sistemática do problema como um todo. O recorte objetivo tem como questão-problema jurídica relevante a possibilidade de se resguardar a liberdade de um funcionário público que atentou contra o patrimônio público em detrimento do resguardo da moralidade administrativa, aplicando ou não o princípio da insignificância para fazer com que a conduta do agente deixe de ser crime. Para o recorte institucional, buscaram-se acórdãos do STJ e do STF, dado a pertinência temática do assunto nos Tribunais em questão e a relevância decisória dos mesmos- o primeiro é a última instância de julgamento de matérias legais, e o segundo é responsável pela última análise jurisdicional de um problema, desde que seja discutida matéria de ordem constitucional. No primeiro momento, serão explorados aqueles proferidos pelo STJ e, posteriormente, os proferidos pelo STF.

A pesquisa realizada no STJ teve como argumento de pesquisa as palavras “insignificância e peculato”. Foram listados 19 (dezenove) documentos. Desse número, 04 (quatro) serão analisados de maneira expositiva no corpo do texto, e os demais serão analisados de forma indireta.

Em relação aos acórdãos proferidos pelo STF que serão analisados, foram escolhidos 03 (três) casos em que os processos também foram julgados pelo STJ, tendo como réus os mesmos elementos dos casos analisados no tópico referente ao STJ, onde não se conformaram com a decisão proferida pelo STJ e buscaram um novo exame da matéria no STF. Ao final da exposição das ementas escolhidas para análise, será realizado o estudo de caso, descrevendo a situação do caso e o seu momento decisório.

A incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato não encontra passividade entre os Tribunais Superiores brasileiros, havendo, às vezes,

divergência da aplicabilidade, até mesmo, dentro do próprio Tribunal. A questão não é de fácil entendimento e de aplicação.

A discussão centra-se, principalmente, entre o não cerceamento da liberdade do agente nos casos de cometimentos de condutas insignificantes, devendo o Direito Penal ser mínimo; e os efeitos negativos que a aplicabilidade do princípio no âmbito da Administração Pública traria à moralidade administrativa, no caso concreto.

Faz-se necessária a análise do posicionamento desses Tribunais para a obtenção de uma conclusão sobre a possibilidade, ou não, da incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato.

3.2 Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato – Superior Tribunal de Justiça

A Administração Pública, para funcionar da melhor forma possível, deve seguir parâmetros que foram estipulados pelo Constituinte Derivado. Por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, determinou-se que:

“Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência”.¹⁰³ **(grifo nosso)**

No momento em que um funcionário público se apropria de algo que pertence ao Estado, ele está ferindo, entre outros, o princípio da moralidade. Esse princípio é indispensável na atuação estatal. Ele é o responsável pela realização do controle exercido pelo Estado para que a vontade individual do agente não se sobreponha sobre a vontade da sociedade como um todo.¹⁰⁴

A quebra do princípio da moralidade por parte do administrador pode por em perigo a confiança e o respeito que o administrado tem sobre ele, podendo causar o

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

¹⁰⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993.

enfraquecimento das instituições públicas. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento de que não se podia aplicar a insignificância nos crimes de peculato, por quebra da moralidade administrativa.

A seguir, serão expostos acórdãos proferidos pelo STJ que analisam a incidência do princípio da insignificância nos crime de peculato. Depois de cada ementa, será realizada uma análise, levando em consideração a metodologia apresentada acima.

Primeiro caso a ser analisado:

“HABEAS CORPUS PENAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 2. Ordem denegada”.¹⁰⁵ (grifos nossos)

Trata-se de um *habeas corpus* onde o impetrante narra que o paciente, G.G.C, foi condenado em primeira instância ao cumprimento de pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena de reclusão por penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, pela prática do crime incurso no artigo 312, *caput*, cumulado com o artigo. 29, ambos do Código Penal, peculato-apropriação, em concurso material de pessoas. Em sede de recurso, interpôs apelação ao Tribunal de origem, o qual denegou a ordem. Alega ter subtraído duas luminárias de alumínio e fios de cobre, avaliados em R\$ 130,00 (cento e trinta reais) – os quais apresentam valor insignificante. Além disso, narra na inicial que “[...] os produtos, apesar de imprestáveis, foram totalmente recuperados, não havendo qualquer prejuízo para a CPTM [...]”. O Ministério Público manifestou-se pela não denegação do *habeas corpus*.

A ministra Laurita Vaz, integrante da 5ª Turma, relatora do acórdão, denegou a ordem, em seu voto, por entender que nos crimes contra a Administração Pública a intenção do legislador não foi apenas resguardar o patrimônio, mas, sobretudo, a

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 167.515 - SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe: 06/12/2010.

moral administrativa, justificando que é inviável o desinteresse do Estado no dever punitivo. Afirmou que esse era um posicionamento pacífico nas Turmas integrantes da 3ª Seção (responsável pela análise de questões penais) do STJ, anexando 05 (cinco) ementas- em que a Administração Pública era a lesada e o agente responsável pela lesão solicitava a aplicação do princípio da insignificância- analisadas no Tribunal e, ainda, uma ementa do Supremo Tribunal Federal de decisão denegando a ordem de um *habeas corpus* em um crime de responsabilidade praticado por prefeito contra a Administração Pública, em que o mesmo alegava a insignificância delitiva. Todas as ementas juntadas ao voto tinham a mesma justificativa: não se busca resguardar apenas o patrimônio da Administração Pública, mas, também, a moral administrativa. O voto da ministra foi seguido unanimemente e a ordem foi denegada.

Segundo caso a ser analisado:

HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.** 1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para oferecimento da defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão. 2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça. 3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o *iter* processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente *habeas corpus*, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação. **4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.** 5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado. (grifos nossos)¹⁰⁶

Trata-se de um *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do o paciente A.C.O. tendo em vista que o mesmo foi condenado a 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cumulado

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 165.725 - SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe: 16/06/2011.

com a perda do cargo público, pela prática do crime capitulado no artigo 312, § 1º, do Código Penal, peculato-furto. O remédio constitucional foi impetrado em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que ratificou a sentença do juízo de primeiro grau. O impetrante alegou nulidade do processo por falta da observância do rito do artigo 514 e seguintes do Código de Processo Penal, oferecimento de prazo para defesa preliminar. Afirma, ainda, que a conduta seria atípica, dada a sua insignificância, pois o objeto do delito foi avaliado em R\$ 13,00 (treze reais). Solicitou a concessão da ordem para que seja anulado o processo ou, alternativamente, que seja determinado o trancamento da ação penal pela falta de tipicidade da conduta. O Ministério Público opinou pelo não conhecimento da ordem.

A ministra Laurita Vaz, integrante da 5ª Turma, relatora do acórdão, denegou a ordem e entendeu que o pedido de reconsideração da liminar ficou prejudicado. Em suas considerações, afirmou, inicialmente, que nulidade causada pela ausência de abertura de defesa prévia prevista no artigo 514 e seguintes do Código de Processo Penal é relativa, devendo ser arguida tempestivamente e deve conter demonstrativo de prejuízo, sob pena de preclusão. Diz, também, que a denúncia foi instruída com inquérito policial, o que afasta a nulidade da falta de defesa prévia, conforme súmula 330 do STJ. Em relação ao pedido alternativo, aplicação do princípio da insignificância para tornar a conduta atípica, a ministra afirmou que já era pacífico entre as Turmas integrantes da 3ª Seção que o princípio em questão não se aplicava em relação aos crimes praticados contra a Administração Pública, tendo em vista que não se buscava proteção apenas patrimonial, mas também se buscava a proteção da moral administrativa. O voto da ministra foi seguido unanimemente, a ordem foi denegada e o pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado.

Terceiro caso a ser analisado:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não

apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa . 2. Recurso especial provido¹⁰⁷. (grifos nossos)

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal para reformar acórdão proferido pelo TRF4- em recurso de apelação reformou a sentença da primeira instância- que aceitou a aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de peculato, beneficiando o apelante, N.D, por se tratar de crime de pequena monta e já haver precedentes do STF que acolhem tal tese. Afirmou o Ministério Público que ao concluir pela aplicação do princípio da insignificância em crime de peculato, apartando a tipicidade da conduta, o acórdão fixou entendimento contrário à jurisprudência do STJ. Requereu o provimento do recurso para reformar o acórdão recorrido, afastando a aplicação do princípio da insignificância e reestabelecendo a sentença reformada.

O ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), em decisão proferida monocraticamente, deu provimento ao pedido de reforma do acórdão exaurido pelo TRF4. Em primeiro plano, já ressaltou o entendimento firmado pela 3ª Seção (responsável pela análise de questões penais) do STJ, afirmando que não se prospera a aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato, pois, ainda que seja diminuto o valor do bem subtraído, a norma penal não busca resguardar somente o aspecto material, mas, acima de tudo, a moral administrativa. Valeu-se de 04 (quatro) acórdãos proferidos pelo STJ sobre a inaplicabilidade do referido princípio nos crimes contra a Administração Pública, e, ao final, reiterou que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, TRF4, estava em dissonância com a jurisprudência firmada pelo STJ.

Os acórdãos acima relatados mostram uma visão geral de como o princípio da insignificância estava sendo aplicado nos casos de crime de peculato. Ao se realizar uma pesquisa livre no site do STJ, www.stj.jus.br, na aba destinada à jurisprudência, com argumento de pesquisa “insignificância e peculato”, serão listados 19 acórdãos sobre o tema. Os 02 (dois) mais antigos¹⁰⁸, ambos referentes à publicação no Diário de Justiça do dia 04/02/2002, não enfrentaram o mérito da aplicabilidade ou inaplicabilidade do princípio nos crimes de peculato. Ao seguir a

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.275.835 - SC**, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Decisão Monocrática, DJe: 22/09/2011.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº11514 -MG**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ: 04/02/2002; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº11753 -MG**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ: 04/02/2002.

ordem de julgamento, encontrar-se-á o acórdão com data de publicação do Diário de Justiça de 26/06/2006¹⁰⁹. Nele, o ministro Hélio Quaglia Barbos enfatiza a criação dos vetores criados pelo Supremo Tribunal Federal para se aplicar o princípio da insignificância nos crimes de bagatela, mas afirma que tais vetores não devem ser aplicados no crime de peculato, pois se busca respaldar não somente o patrimônio da Administração Pública, mas, também, a moral administrativa.

Percebe-se, analisando os acórdãos, encontrados sob o argumento de pesquisa proposto, proferidos pelas Turmas do STJ- mais especificamente a 5ª e a 6ª, responsáveis pela integralização dos 19 acórdãos- que a matéria não era analisada no caso concreto. A 3ª Seção, responsável pela área criminal do Tribunal, a partir de um voto¹¹⁰, consolidou¹¹¹ que o postulado da insignificância não deveria

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº50.863 –PE**. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbos, 6ª Turma, DJ: 26/06/2006.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº50.863 –PE**. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbos, 6ª Turma, DJ: 26/06/2006.

¹¹¹ Acórdãos encontrados sob o argumento de pesquisa “insignificância e peculato” que ainda não foram citados, mas foram analisados, e que possuem a mesma justificativa para o indeferimento da ordem: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 65.946 -DF**. Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ: 26/03/2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.062.53 -RS**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe: 09/03/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no agravo de instrumento nº1.3.678 -SC**. Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJe: 16/11/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 15.62 -SC**. Rel. Min. Napoleão Nunes Mai Filho, 5ª Turma, DJe: 21/06/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.06.082 -PR**. Rel. Min. Jorge Musi, 5ª Turma, DJe: 28/06/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 23.50 -SP**. Rel. Min. Jorge Musi, 5ª Turma, DJe: 24/06/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 165.725 -SP**. Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe: 16/06/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 109.639 -SP**. Rel. Min. Vasco Dela Giustina (desembargador convocado do TJ/RS), 6ª Turma, DJe: 26/09/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº1.275.835 -SC**. Rel. Min. Adilson Viera Macabu (desembargador convocado do TJ/RJ), 5ª Turma, DJe: 01/02/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº1.02.65 -MS**. Rel. Min. Maria Therza De Asis Moura, 6ª Turma, DJe: 30/04/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.30.748 -AC**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe: 06/08/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº 1.346.879 -SC**. Rel. Min. Marco Aurélio Belize, 5ª Turma, DJe: 04/12/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 3.684 -TO**. Rel. Min. Marco Aurélio Belize, 5ª Turma, DJe: 07/03/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº1.382.89 -PR**. Rel. Min. Jorge Musi, 5ª Turma, DJe: 11/06/2014.

prosperar quando empregada a tipificação do artigo 312, crime de peculato, tendo em vista que deve-se proteger muito além do patrimônio público, buscando-se preservar, também, a moral administrativa. Em momento algum, estabeleceram-se parâmetros identificadores do que seria a moral administrativa, devendo esse termo ser entendido na acepção do princípio da moralidade. Os casos que chegavam para análise no Tribunal, quase em sua totalidade, recebiam a justificativa acima para o não deferimento da ordem.

Porém, o ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, relator para o acórdão publicado no DJe em 04/08/2014, em um momento ímpar, divergiu do voto da ministra Maria Thereza de Assis Moura (voto que era apenas uma reprodução do que já havia se consolidado nas Turmas do Tribunal), relatora do pedido do *habeas corpus* 246.885 / SP, quando pediu vênia para o posicionamento e voto da ministra relatora, que, alias, também era o seu entendimento para esse mesmo caso concreto, decidindo analisar as circunstâncias concretas que alicerçavam a conduta do agente considerado, até então, infrator.

DELITO DE PECULATO-FURTO. VALOR INSIGNIFICANTE. BAGATELA. 1. *Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. **Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada.** HC concedido para esse fim. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, **deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento** (HC n. 112.388, Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 14/9/2012). 2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença que absolveu sumariamente o paciente.¹¹² (grifos nossos)*

Nesse caso recente, DJe 04/08/2014, em que o princípio da insignificância foi aplicado no crime de peculato no STJ, um *habeas corpus*, com pedido de liminar, foi impetrado apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conforme consta no voto da ministra relatora, o paciente foi denunciado, pois, segundo consta na denúncia, teria se apropriado de vale-alimentação, no valor de R\$ 15,00 (quinze reais), os quais eram destinados aos mesários nas Eleições Municipais de 2008. O paciente era o responsável pelo

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 246.885 - SP**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Min. Rel. P/ Acórdão Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe: 04/08/2014.

Cartório da 375ª Zona Eleitoral, em São Mateus, São Paulo. Na primeira instância, o paciente foi absolvido sumariamente com base no princípio da insignificância. O Ministério Público apelou da decisão, a qual foi provida pelo Tribunal de origem. O *habeas corpus* do paciente tinha como pedido liminar e de mérito a anulação do acórdão proferido pelo Tribunal de origem e o trancamento da ação penal.

No voto vencido da ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, de imediato, negou-se o conhecimento da via eleita para se reformar o acórdão do Tribunal de origem, *habeas corpus*, pois, segundo ela, existem outros meios processuais legais para se chegar ao mesmo fim, sem que se tenha que fazer uso do *mandamus*, sob pena de transformá-lo em algo sem eficácia. Na análise da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato, trouxe breves considerações doutrinárias sobre o princípio, concluindo que não se trata apenas da guarda do bem patrimonial, mas, também do bem jurídico tutelado, no caso, a Administração Pública. Finaliza afirmando que nada deve ser alterado no acórdão atacado pelo paciente, pois nele se define o que se busca resguardar, o patrimônio e a moralidade administrativa, certificando que essa guarda deve ser feita mesmo em situações em que o funcionário público exerce a função em caráter colaborativo e voluntário, como ocorre no caso concreto. Diante do que foi exposto, não conheceu da impetração do *habeas corpus*.

O relator para o acórdão, ministro Sebastião Reis Júnior, iniciou o seu voto expondo que comungava, em um primeiro momento, do posicionamento da ministra relatora, Maria Thereza de Assis Moura, mas que decidiu fazer algumas pesquisas sobre o tema, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Na Egrégia Corte, encontrou 03 (três) casos análogos: HC. 112.388/SP (DJe 14/9/2012), caso em que o pertence da Administração Pública tinha o valor de R\$ 15,00 (quinze reais), o ministro relator, Ricardo Lewandowski, teve o voto vencido por não aceitar a aplicação do princípio. O relator para o acórdão do referido HC, ministro Cezar Peluzo, em seu voto, afirmou que a Administração desconsidera valores em caso de crimes tributários, considerando a insignificância, logo poderia se aplicar no caso de R\$ 15,00 (quinze reais); no HC 107.638/PE (DJe 29/9/2011), a ministra relatora, Cármen Lúcia, também reconheceu a insignificância na subtração de alimentos, no valor de R\$ 215,22 (duzentos e quinze reais e vinte e dois centavos), de uma caserna no Ministério do Exército; e no HC n. 104.286/SP (DJe 20/5/2011), em que o ministro

relator, Gilmar Mendes, considerou a insignificância no caso de um prefeito que se utilizou de equipamento da prefeitura para fazer terraplanagem em uma propriedade sua.

Com base na pesquisa realizada, seguiu o voto da ministra relatora e não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício, cassando o acórdão proferido pelo Tribunal de origem e reestabelecendo a sentença proferida pelo juízo de primeira instância, a qual absolveu sumariamente o paciente. Votaram com o ministro relator para o acórdão, em relação da concessão da ordem de ofício, os ministros Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Esse acórdão proferido pela 6ª Turma abriu um precedente sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato perante o STJ. O entendimento que o bem jurídico tutelado pelo legislador, nos crimes de peculato, vai muito além do que a defesa do patrimônio, visando, também, a guarda da moral administrativa, pode deixar de ser um impeditivo para aplicação do princípio no caso concreto. Pode haver resistência, mas existe a possibilidade que esse acórdão deixe de ser um caso isolado e passe a ser a maioria dos entendimentos das Turmas do STJ, buscando garantir os maiores bens dos seres humanos, a vida e a sua liberdade.

3.3 Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato – Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu, com uma boa base decisória, que em determinados crimes, caso alguns vetores sejam supridos, o ato, até então considerado criminoso, não deverá mais ser considerado típico, aplicando-se o princípio da insignificância. Tais vetores são: a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada ¹¹³.

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 84412 / SP - SÃO PAULO**. Min. Rel. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. DJ 19/11/2004. No mesmo sentido, o Pretório Excelso ainda continua decidindo: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 122213 / PR - PARANÁ**. Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI. Segunda Turma. DJE 12/06/2014

Em relação à aplicação desse princípio nos crimes de peculato, ainda existe divergência entre os ministros do STF sobre a questão, mas tem se aplicado no caso concreto, extinguindo a tipicidade da conduta do autor da ação.

Para análise do posicionamento do Supremo, será realizada a análise de 03 (três) acórdãos proferidos pela Corte que tiveram como autoridade coatora o STJ e que foram analisados no tópico 3.2: “Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato – Superior Tribunal de Justiça”, conforme metodologia explicada no item 3.1: “Metodologia de análise”.

Primeiro caso a ser analisado:

Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. **Aplicação do princípio da insignificância**, considerados crime contra o patrimônio público. **Possibilidade**. Precedentes. 4. Ordem concedida.¹¹⁴ (grifos nossos)

Trata-se de um *habeas corpus*, com pedido de liminar, paciente G.G.C, em que a defesa questiona o acórdão proferido pelo STJ. O paciente foi denunciado pela prática do crime capitulado no artigo 312, caput, c/c artigo 29, ambos do Código Penal, por ter subtraído duas luminárias de alumínio e fios de cobre avaliados em R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Segundo afirma a defesa, os bens estavam em desuso e teriam como destino o lixo. Em sede de sentença, o juízo o condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de multa, substituídos por pena restritiva de direitos. Não conformado com a decisão, apelou da decisão. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) negou provimento ao recurso. Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ contra acórdão do TJSP, o qual também afastou aplicação do princípio da insignificância e denegou a ordem. Inconformado com o acórdão do STJ, impetrou o *habeas corpus* agora analisado.

Sustenta o impetrante que o valor dos bens subtraídos era irrisório, os mesmos foram recuperados e devolvidos. Em sua defesa, citou doutrinadores e precedente em que o STF admite a aplicação do princípio da insignificância ao caso de peculato a bens de pequeno valor. Requereu liminarmente a suspensão da

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 107.370 São Paulo**. Min. Rel. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 22/06/2011

decisão que o condenou, até o julgamento do presente *writ*. No dia 10 de março de 2011, o relator desse *writ* deferiu o pedido de liminar para suspensão da sentença até o julgamento do mérito. A Procuradoria-Geral da República solicitou a denegação da ordem.

O ministro Gilmar Mendes, integrante da Segunda Turma, relator do acórdão, em seu voto, lembrou-se da importância do princípio da insignificância no Direito Penal, sendo altamente reconhecido pelo Judiciário Brasileiro. Afirmou ser plausível a tese levantada pelo impetrante e que já há precedentes do próprio STF aceitando a aplicabilidade do princípio da insignificância em casos análogos. Asseverou que no caso concreto, a tipicidade formal se faz presente, mas a tipicidade material não. Discorreu que o Estado não deve movimentar a sua máquina para se atribuir relevância a bens da Administração que foram subtraídos os quais sua monta não ultrapassa o valor de R\$ 130,00 (cento e trinta reais), devendo o Direito Penal se preocupar com a garantia de bens jurídicos de maior relevância e de maior importância para a vida social; o Direito Penal não deve agir quando outros ramos do Direito são capazes de por fim ao problema, princípio da intervenção mínima/*ultima ratio*, deve-se considerá-lo como última forma de resolução do problema, punindo-se condutas que ofendem bens jurídicos mais importantes e de maior relevância à sociedade, princípio da fragmentariedade. Expôs que a conduta do agente preenche todos os vetores adotados pelo STF¹¹⁵ para a aplicação do princípio da insignificância. Assim sendo, votou pela concessão da ordem do *mandamus* para reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância e absolvição do paciente, devido à atipicidade da conduta praticada.

O voto foi seguido por maioria. A ministra Ellen Gracie divergiu do relator afirmando que a subtração de fios de cobre é um mal que se alastra por todo o país, não devendo a conduta ser analisada apenas pela pequena monta do bem subtraído, mas também pela interrupção de dados que ocorre na rede quando há a subtração dos fios.

¹¹⁵ São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC n. 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 19.11.2004).

Estavam presentes à sessão os ministros Gilmar Mendes, presidente da sessão, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e a ministra Ellen Gracie. Ausente justificadamente o ministro Celso de Mello.

Segundo caso a ser analisado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.¹¹⁶

Trata-se de um *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado para o paciente A.C.O. tendo em vista a sua condenação a 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cumulado com a perda do cargo público, pela prática do crime capitulado no artigo 312, § 1º, do Código Penal, peculato-furto. O impetrante interpôs apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) contra a sentença condenatória do juízo de origem, a qual foi negada. Em face do acórdão proferido pelo TJSP, impetrou *habeas corpus* no STJ alegando nulidade do processo por falta da observância do rito do artigo 514 e seguintes do Código de Processo Penal, oferecimento de prazo para defesa preliminar. Afirmou, ainda, que a conduta seria atípica, dada a sua insignificância, pois o objeto do delito foi avaliado em R\$ 13,00 (treze reais). O STJ denegou a ordem. Desse acórdão foram opostos embargos de declaração, os quais foram, contudo, rejeitados. Contra o acórdão proferido pelo STJ, manejou o presente *writ*, alegando, desde início, que em outras oportunidades o Pretório Excelso e outros Tribunais aceitaram a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes praticados por militares contra a Administração Pública, tal qual é o caso em análise.

Informa, ainda, que após o oferecimento da denúncia, foi de pronto interrogado, sem que lhe fosse assegurado a defesa preliminar, rito do artigo 514 do Código de Processo Penal, o que lhe ocasionou prejuízos em sua defesa. Solicitou,

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 112.388 São Paulo**. Min. Rel. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 14/09/2012

liminarmente, a suspensão da execução da pena imposta ao paciente, até que o mérito seja julgado. Em sede de mérito, requereu a concessão da ordem para anular, desde a citação, o processo criminal que tramitou no juízo de origem. O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem. No dia 28.2.2012 o relator indeferiu a medida liminar.

No voto vencido do ministro relator Ricardo Lewandowski, integrante da segunda turma, destacou que embora o STF entenda que o vício da falta de defesa preliminar prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal seja uma nulidade absoluta, deve-se demonstrar o prejuízo pela falta da mesma, o que não ocorreu no caso concreto, pois o paciente não conseguiu demonstrar prejuízos à defesa pela ausência de defesa preliminar. Em relação à aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso em exame, o ministro considerou que a conduta do agente deixou de preencher um dos vetores estabelecidos pelo STF para aplicabilidade do princípio, reduzido grau de reprovabilidade da conduta, pois, apesar do valor ínfimo do bem subtraído, R\$ 13,00 (treze reais), a conduta do agente merece ser contida por meio do Direito Penal, tendo em vista que a conduta colocou em risco a integridade administrativa e traz consigo várias consequências negativas à Administração Pública e à sua moral. Além do mais, o ministro entendeu que a aplicabilidade do princípio nesse caso serviria como um incentivo de pequenos delitos dessa natureza por funcionários públicos. Diante do que foi exposto, denegou a ordem.

O relator para o acórdão, ministro Cezar Peluzo, em um voto simples, concedeu a ordem ao levar em consideração a postura da própria Administração Pública ao desconsiderar prejuízos maiores a seu patrimônio em relação a tributos, a qual descaracteriza, por atipicidade, certos crimes, devido à insignificância da ação.

O ministro Gilmar Mendes votou com o ministro Cezar Peluzo, sendo o pedido acatado por maioria dos votos, sendo o paciente absolvido pelo fato não constituir infração penal, conforme artigo 386 do Código de Processo Penal.

Terceiro caso a ser analisado:

EMENTA: O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”.

RELAÇÕES DESSA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL COM OS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM MATÉRIA PENAL. NECESSIDADE DE CONCRETA IDENTIFICAÇÃO, EM CADA SITUAÇÃO OCORRENTE, DOS VETORES QUE LEGITIMAM O RECONHECIMENTO DO FATO INSIGNIFICANTE (HC 84.412/SP, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). DOCTRINA. PRECEDENTES. PECULATO (CP, ART. 312, § 1º). OCORRÊNCIA, NO CASO, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, EM ATO SINGULAR, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA, EM SEDE REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 192, "CAPUT", NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009). PEDIDO DEFERIDO.¹¹⁷

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente N.D contra acórdão proferido pelo STJ. O impetrante busca no caso analisado a aplicação do princípio da insignificância. O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem.

O ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, preliminarmente, afirmou-se competente para decidir monocraticamente sobre a concessão ou denegação da ordem de *habeas corpus*, ainda que de ofício, desde que a matéria constitua objeto de matéria de jurisprudência consolidada no Tribunal, em conformidade com a Emenda Regimental nº 30, de 29 de maio de 2009, conforme é o caso hora analisado (aplicação do princípio da insignificância). Ao iniciar a análise da pretensão deduzida, indicou que tem afirmado, em acórdãos os quais foi relator (HC 106.510/MG, HC 115.246/MG, RHC 107.264/DF), que o princípio da insignificância, o qual deve ser analisado juntamente com os princípios da mínima intervenção do Estado e da fragmentariedade, exclui de logo a tipicidade da conduta, analisada em seu caráter material do tipo. Afirmou que para que uma conduta seja contemplada pelo princípio, a mesma deve se amoldar a determinados vetores, buscando a intervenção mínima do Estado. Com isso, a privação de liberdade e a restrição de direitos somente se justificam quando estritamente necessárias à proteção das próprias pessoas, da sociedade, ou de outros bens juridicamente tutelados que sejam essências, notadamente aqueles os quais os

¹¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 112.308 Santa Catarina**. Decisão monocrática Min. CEZAR PELUSO. Segunda Turma. DJe 28/02/2014

valores penalmente tutelados se exponham a dano causado por atitude arreigada de lesividade significativa.

Certificou-se, ainda, que ao se considerar o princípio da mínima intervenção do Estado de um lado e o princípio da insignificância de outro, deve-se observar que o Direito Penal não deve se preocupar com condutas as quais produzam resultados cujo desvalor não importem prejuízo considerável, seja em relação ao titular do bem jurídico tutelado, seja em relação à integridade da própria ordem social. Na análise objetiva do caso, entendeu ser insignificante a conduta, devendo ser considerada atípica, pois preenche todos os vetores necessários para sua configuração. Diante do que foi exposto, deferiu o pedido de *habeas corpus* e determinou a invalidação da condenação penal imposta pelo juízo de origem.

O exame dos acórdãos acima exposto indica que a análise feita por grande parte dos ministros do STF não é realizada pelo mesmo viés dos ministros integrantes do STJ. Ao contrário do que vem ocorrendo no STJ, em quase todos os casos, a justificativa do rompimento da moral administrativa não constitui o mote dos votos dos ministros do STF. Os mesmos se preocuparam em analisar cada caso concreto e expor se tal ação se amoldaria ou não aos vetores que já se consolidaram na Corte para aplicabilidade do princípio.

Verifica-se uma postura do STF garantidora da dignidade da pessoa humana, em que uma pessoa não deve ter sua liberdade cerceada ou ter seus direitos restritos como forma de pena por ter praticado um delito ínfimo para o Direito Penal, pois essa ação não lhe atribuirá melhora de comportamento, tampouco a melhora do ambiente social. Não deve o Direito Penal ocupar-se de condutas mínimas, onde a própria punição do criminoso pode ser mais prejudicial ao sistema do que a sua liberdade¹¹⁸. Todos esses fatores devem ser analisados para penalizar a ação de um indivíduo, devendo-se realizar o exame de cada conduta dentro dos vetores solidificados dentro do Pretório Excelso.

¹¹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

3.4 Das considerações finais

O princípio da insignificância era de difícil aplicabilidade, dada a sua forma genérica que primeiramente foi apresentada no início da sua construção teórica. Para que se pudesse ter uma melhor forma de aplicação, sem que o mesmo não virasse algo vago, arraigado de subjetividade, a doutrina pátria começou a adotar dois critérios: a avaliação do desvalor da conduta cometida pelo agente e a avaliação apelo desvalor do seu resultado, para se auferir o grau de lesividade do bem jurídico tutelado.

O critério do desvalor do resultado serviria para diminuir o grau de subjetividade do desvalor da ação que, caso analisado isoladamente, poderia ser interpretado como ínfimo, mas que após a análise do resultado da ação ao bem jurídico tutelado, poria ser entendido que a ação, no contexto geral, seria ou não seria ínfima para a aplicação do Direito Penal.¹¹⁹ Logo, não seria avaliado somente ação do agente, desvalor da ação, mas também o valor do bem sobre qual recairia a proteção da norma, desvalor do resultado. A junção dos dois critérios formaria o impacto causado sobre o bem jurídico tutelado, o que traria mais segurança para os julgadores na aplicação do princípio da insignificância.

No intuito de aprimorar a aplicabilidade desse princípio, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que em determinados crimes, caso alguns vetores sejam supridos, o ato, até então considerado criminoso, não deverá mais ser considerado típico. Tais vetores são: a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada¹²⁰.

Tratando-se do caso da incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato, o STJ vinha, reiteradamente, decidindo, sem a realização de uma análise minuciosa de cada caso concreto, que nos crimes contra a Administração Pública a intenção do legislador não foi apenas resguardar o patrimônio, mas, sobretudo, a moral administrativa, justificando que é inviável o desinteresse do

¹¹⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 84412 / SP - SÃO PAULO**. Min. Rel. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. DJ 19/11/2004. No mesmo sentido, o Pretório Excelso ainda continua decidindo: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 122213 / PR - PARANÁ**. Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI. Segunda Turma. DJE 12/06/2014

Estado no dever punitivo, não podendo existir a aplicação de tal princípio, pois, caso contrário, existiria o rompimento da moral administrativa. Somente em um processo recente, DJe 04/08/2014,¹²¹ houve a apreciação minuciosa do caso concreto e a quebra da moral administrativa não foi um impeditivo para a incidência do princípio no crime de peculato.

Em contramão da forma que o assunto da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato é tratado, em sua quase totalidade, no STJ, para o STF, em quase todos os casos, a justificativa do rompimento da moral administrativa não constitui o mote dos votos dos ministros do STF, e quando há essa justificativa, existe uma análise do caso concreto para se chegar a esse entendimento. Os ministros se preocupam em analisar cada caso concreto e expor se tal ação se amolda ou não aos vetores que já se consolidaram na Corte para aplicabilidade do princípio.

Percebe-se que a postura adotada pelo STF sobre o tema proposto é a mais adequada para evitar o cometimento de injustiças. A justificativa encontrada pelo STJ para a não utilização do princípio nos crimes de peculato não pode ser empregada de forma genérica, sem o estabelecimento do contexto que cada caso concreto possui. Deve-se realizar o estudo da conduta e verificar se há o enquadramento da ação nos vetores já estabelecidos pelo STF.

O Direito Penal não deve se ocupar de condutas minimamente ofensivas à sociedade e ao bem jurídico tutelado. Para tais condutas, outras áreas do direito devem ser utilizadas. A norma jurídica penal deve considerar que a privação da liberdade e a restrição de direitos somente se justificam quando estritamente necessárias para resguardar as pessoas, a sociedade e os bens jurídicos primordiais, especialmente nas situações em que os bens penalmente tutelados foram expostos a dano. Nesses casos onde a intervenção do Direito Penal deve ser mínima, utilizar-se-á o princípio da insignificância como um postulado de política criminal, fazendo com que essa área do Direito haja somente em último caso, quando não houver outra forma de zelar pela sociedade.¹²²

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 246.885 - SP**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Min. Rel. P/ Acórdão Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe: 04/08/2014.

¹²² MELLO, Celso de. Voto proferido no deferimento do **Habeas corpus 98.152-6 MINAS GERAIS**. Segunda Turma. DJe 05.06.2009. Disponível em:

Sendo assim, o ato de o funcionário público praticar o crime de peculato, se apropriando, desviando ou subtraindo objetos ou serviços, de pequeno valor, das repartições públicas, sem o uso de violência ou grave ameaça, deve ser visto como ato ínfimo ao Direito Penal, devendo ser aplicado o princípio da insignificância, desde que sejam preenchidos os requisitos estabelecidos pelo STF, mesmo que tenha que se desconsiderar a moral administrativa, pois ainda que o princípio da moralidade seja um instrumento de controle e moralização dos atos praticados pelos agentes públicos, exercendo um parâmetro comportamental da conduta dos administradores, pautando-se na ética, probidade, lealdade e boa-fé ¹²³, ele não deve ser um obstáculo para a liberdade do indivíduo que praticou crimes de bagatela contra a Administração Pública.

É importante lembrar que ao interpretar o termo funcionário público, deve-se ter em mente que o legislador buscou alcançar os agentes públicos em sua generalidade, abrangendo os 03 (três) Poderes da República, compreendendo até mesmo aqueles agentes que exercem as suas atividades em caráter transitório e/ou sem remuneração.¹²⁴

A prisão ou a restrição de direitos de um funcionário público que praticou a conduta tipificada como crime de peculato, a qual pode ser enquadrada nos vetores estabelecidos pelo STF para a incidência do princípio da insignificância, não será um meio eficaz para proteção do patrimônio da Administração Pública. Qualquer que seja a retribuição penal para a ação, existirá desproporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição estabelecida, pelo simples fato de ser fixada uma pena ao autor da conduta.¹²⁵

Cada caso deve ser analisado isoladamente, não devendo existir um enrijecimento por parte dos julgadores pelo simples fato do crime ser praticado contra a Administração Pública e por suporem que a aplicação do princípio quebrará a moral administrativa. Deve-se levar em consideração, concomitantemente, que a

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+98152%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+98152%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9tf38u>. Acesso em: 31 ago. 2014.

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹²⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

liberdade do indivíduo somente pode ser prejudicada em casos extremos e que o princípio da insignificância não será utilizado como uma forma de impunidade e de desmoralização da Administração Pública.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como tema a incidência do princípio da insignificância nos crimes de peculato. Para o seu desenvolvimento, o mesmo foi dividido em três capítulos, a saber: definição de conceitos ligados ao tema; princípio da insignificância; e análise do princípio da insignificância no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal nos casos da prática de peculato, apresentados nessa respectiva ordem.

Em decorrência da existência de variados termos técnicos ligados ao tema – funcionário público, peculato, princípio da moralidade –, foi necessária a análise isolada de todos os termos acima citados em um capítulo para que se pudesse realizar a análise do tema proposto de forma sistêmica, sendo a matéria contemplada no primeiro capítulo.

O princípio da insignificância, termo central de toda a problemática, foi analisado em um capítulo isolado, segundo capítulo. Pôde-se observar que a norma jurídica penal deve considerar que a privação da liberdade e a restrição de direitos somente se justificam quando estritamente necessárias para resguardar as pessoas, a sociedade e os bens jurídicos primordiais, especialmente nas situações em que os bens penalmente tutelados foram expostos a dano, mesmo que potencial, desde que dotados de lesividade. O Direito Penal não deve se ocupar de cuidar das condutas cujo desvalor não represente prejuízo significativo ao possuidor do bem juridicamente tutelado ou à sociedade, devendo, em tais situações, ser aplicado o princípio da insignificância como um postulado de política criminal, fazendo com que o Direito Penal haja somente em último caso, quando os outros ramos do direito não mais forem capazes de zelar pela sociedade.¹²⁶

No terceiro capítulo, após a realização da análise do conceito do princípio da insignificância no segundo capítulo, assim como a dos demais termos estudados no primeiro capítulo, foi possível alcançar a análise da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo

¹²⁶ MELLO, Celso de. Voto proferido no deferimento do **Habeas corpus 98.152-6 MINAS GERAIS**. Segunda Turma. DJE 05.06.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+98152%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+98152%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9tf38u>. Acesso em: 31 ago. 2014.

Tribunal Federal de forma sistêmica com os demais termos e, ainda, posicionar-se sobre qual Tribunal utiliza a melhor técnica para aplicabilidade do princípio.

A metodologia utilizada para a análise da aplicabilidade do princípio no STJ e no STF foi o Método de Análise de Decisões (MAD), o qual, segundo seus idealizadores, permite ser “possível a aplicação de uma forma instrumental de pesquisa em direito que permite comensurabilidade de resultados”.¹²⁷.

Em relação à análise no âmbito do STJ, foram analisados os 19 (dezenove) acórdãos que foram encontrados sob o argumento de pesquisa “insignificância e peculato”, no campo destinado a pesquisa de jurisprudência no site do STJ, www.stj.jus.br, sendo que 04 (quatro) acórdãos foram analisados de forma direta, no corpo do texto, e os demais foram analisados de forma indireta, em notas de rodapé. Percebe-se que o Sodalício Tribunal tinha um posicionamento fixo sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância. Na maioria dos casos, nem ao mesmo adentrava na análise concreta da discussão, sob o argumento que o legislador penal buscou ao disciplinar o crime de peculato, resguardar não somente o patrimônio da Administração Pública, mas, sobretudo, a moral administrativa. Porém, uma decisão recente, DJe de 04/08/2014, o princípio da insignificância foi aplicado no crime de peculato pela 6ª Turma do STJ, a qual considerou, após pesquisa em precedentes do Supremo, ser possível a aplicação do princípio nos casos de peculato, afastando o impeditivo do resguardo da moral administrativa.

Em relação à análise no âmbito do STF, foram selecionados 03 (três) acórdãos proferidos pela Corte que tiveram como autoridade coatora o STJ. Percebe-se que o posicionamento de grande parte dos ministros do STF não é realizado pelo mesmo viés dos ministros integrantes do STJ. Ao contrário do que ocorre no STJ, em quase todos os casos, a justificativa do rompimento da moral administrativa não constitui o mote dos votos dos ministros do STF. Os mesmos se preocuparam em analisar cada caso concreto e expor se tal ação se amoldaria ou não aos vetores que já se consolidaram na Corte para aplicabilidade do princípio. Todos os acórdãos proferidos pelo STF analisados no capítulo 3 tiveram a ordem

¹²⁷ FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análise de decisões**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 01.

concedida para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de peculato.

Diante de todos os fatos expostos no decorrer do presente trabalho, observa-se que o princípio da insignificância deve ser aplicado nos crimes de peculato, desde que os requisitos estabelecidos pelo STF para a aplicação do princípio sejam preenchidos. Não deve o Direito Penal ocupar-se de condutas mínimas, onde a própria punição do suposto criminoso seria mais prejudicial ao sistema do que a sua liberdade¹²⁸. Esses fatores devem ser analisados para penalizar a ação de um indivíduo, devendo-se realizar o exame de cada conduta dentro dos vetores solidificados pelo Pretório Excelso e decidir se tal ação se amolda aos requisitos da insignificância, devendo a tipicidade material ser afastada da conduta, ou se a ação extrapola os limites da bagatela, devendo utilizar-se do Direito Penal para reprimir tal ação.

¹²⁸ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método. 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BONESSO, Allaymer. Distinção entre cargo público e função pública e direito do titular do cargo público. **Disponível em**: <<http://direitoadministrativomoderno.blogspot.com.br/2010/10/distincao-entre-cargo-publico-e-funcao.html>>. Acesso em: 30 ago.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 107.370 São Paulo**. Min. Rel. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 22/06/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 112.308 Santa Catarina**. Decisão monocrática Min. CEZAR PELUSO. Segunda Turma. DJe 28/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 112.388 São Paulo**. Min. Rel. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 14/09/2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acessado em: 24 de ago. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas

federais. Brasília, 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no agravo de instrumento nº1.3.678 - SC.** Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJe: 16/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº 1.346.879 -SC.** Rel. Min. Marco Aurélio Belize, 5ª Turma, DJe: 04/12/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº1.275.835 -SC.** Rel. Min. Adilson Viera Macabu (desembargador convocado do TJ/RJ), 5ª Turma, DJe: 01/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº1.02.65 -MS.** Rel. Min. Maria Therza De Assis Moura, 6ª Turma, DJe: 30/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgR no recurso especial nº1.382.89 -PR.** Rel. Min. Jorge Musi, 5ª Turma, DJe: 11/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº17.53 -MG,** Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ: 04/02/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 109.639 -SP.** Rel. Min. Vasco Dela Giustina (desembargador convocado do TJ/RS), 6ª Turma, DJe: 26/09/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 15.62 -SC.** Rel. Min. Napoleão Nunes Mai Filho, 5ª Turma, DJe: 21/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 165.725 -SP.** Rel. Min. Laurita Vaz , 5ª Turma, DJe: 16/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 246.885 - SP.** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Min. Rel. P/ Acórdão Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJ: 04/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº50.863 -PE.** Rel. Min. Hélio Quaglia Barbos, 6ª Turma, DJ: 26/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 165.725 - SP,** Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe: 16/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 167.515 - SP ,** Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe: 06/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 23.50 -SP**. Rel. Min. Jorge Muci, 5ª Turma, DJe: 24/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 3.684 -TO**. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 5ª Turma, DJe: 07/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.06.082 -PR**. Rel. Min. Jorge Muci, 5ª Turma, DJe: 28/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.062.53 -RS**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe: 09/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.275.835 - SC**, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Decisão Monocrática, DJE: 22/09/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.30.748 -AC**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe: 06/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 65.946 -DF**. Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ: 26/03/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 1.514 -MG**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ: 04/02/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 112.388/SP, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJE 14/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 122213 / PR - PARANÁ**. Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI. Segunda Turma. DJe 12/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412 / SP - SÃO PAULO**. Min. Rel. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. DJ 19/11/2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análise de decisões**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. arts. 235 a 361 do CP. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial, art. 213 a 359-h. São Paulo: Método. 2011.

MEIRELLES, H.L. apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 544.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**, arts. 250 a 359-H 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na constituição de 1988**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

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

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1988. p. 28.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005

STEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.