

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS



Sara Meinberg Schmidt de Andrade Duarte

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduação em Poder Legislativo (especialização) na PUC Minas.

Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

Oficial de Controle Externo. Pós-Graduação em Gestão Pública (especialização)
na Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo.

O que se conhece hoje por “princípio da insignificância” consiste em uma teoria jurídica desenvolvida na doutrina alemã, que ficou conhecida por um de seus expoentes, o jurista Claus Roxin. A teoria baseia-se na ideia de que o Direito Penal deve intervir apenas em caso de lesão ou ameaça relevante a bens jurídicos protegidos pela lei. Segundo Roxin, a intervenção do Direito Penal deve ser vista como a última medida a ser tomada pelo Estado, uma vez que ela pode implicar consequências graves para a vida do indivíduo.

Assim, o princípio da insignificância busca identificar condutas que, apesar de serem formalmente típicas, não causam lesão ou ameaça relevante a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Para que uma conduta seja considerada insignificante, ela deve ser minimamente ofensiva, não apresentar periculosidade social e a culpabilidade do agente deve ser reduzida.

Consoante o próprio Roxin, a conclusão pela insignificância da conduta precisa ser obtida mediante exercício de “interpretação restritiva orientada em direção ao bem jurídico protegido”.¹ Opera-se, portanto, no plano interpretativo e repercute na atração ou no afastamento do Direito Penal, conforme o caso.

Na jurisprudência brasileira, o princípio da insignificância acabou incorporando elementos da teoria da tipicidade conglobante, elaborada no Direito argentino, mais conhecida por meio de Eugenio Raúl Zaffaroni.² Segundo essa teoria, para que efetivamente haja fato típico, é indispensável não apenas haver a subsunção da conduta à norma penal (tipicidade formal), mas também que haja lesividade concreta e relevante ao bem jurídico tutelado (tipicidade material).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é pacífica na parametrização da aplicação do princípio da insignificância em matéria penal. Como o STF reiterou no julgamento do Agravo Regimental

1 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: fundamentos*. Diego-Manuel Luzón Pena et all. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 296-297, tradução nossa.

2 “(...) o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Direito penal brasileiro – parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 408.

em Habeas Corpus nº 175.945,³ há quatro critérios a serem atendidos para que se possa aplicar o referido princípio:

- Mínima ofensividade da conduta do agente: a conduta deve ser de pouca gravidade, sem causar prejuízos significativos ou lesões relevantes a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.
- Ausência de periculosidade social: o agente não deve ter antecedentes criminais, nem sua conduta oferecer perigo à sociedade.
- Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento: a conduta do agente deve ser considerada de pouca importância social, com baixo grau de reprovabilidade.
- Inexpressividade da lesão jurídica causada: a lesão ou prejuízo decorrente da conduta deve ser insignificante, não sendo necessária a intervenção penal para punir o agente.

A título de exemplo, após admitida a denúncia, o juiz poderá reexaminar a tipicidade da conduta apontada como criminosa; caso não seja constatado o aspecto material do tipo (tipicidade conglobante), procederá à absolvição sumária do réu, por ausência de crime (art. 397, III, do CPP⁴).

Embora a teoria do princípio da insignificância tenha sido elaborada para o Direito Penal, em tese, não haveria óbice em estender sua aplicação para todos os casos em que se discute a aplicação de penas. Afinal, a pretensão punitiva estatal não deve se voltar para a repressão de ilícitos de baixíssima gravidade, sob pena de o aparato do – e para o – Estado Democrático se transformar em mero simulacro de um mecanismo para opressão e tirania.

É necessário notar, porém, que plano de incidência das balizas para aplicação do princípio da insignificância se refere ao poder punitivo estatal, à imputação de penas, sem alcançar as demais naturezas sancionatórias do ordenamento jurídico.

Ainda assim, há intensa discussão, na teoria jurídica nacional, sobre a (im)possibilidade de trasladar o princípio da insignificância para eliminar pretensões puramente ressarcitórias, principalmente aquelas que envolvem o restabelecimento do *status quo ante* do erário lesado por conduta ilícita de agente público.

A matéria ganha especial relevo no âmbito dos tribunais de contas, haja vista que estes órgãos têm recorrentemente invocado o princípio da insignificância para afastar a obrigação de ressarcimento, ou mesmo para desconsiderar o não atingimento de índices constitucionais aferidos para emissão de parecer prévio sobre as contas de governo dos chefes do Poder Executivo.

Enquanto o Direito Penal tem como objetivo a proteção de bens jurídicos fundamentais, em manutenção da coesão social, o Direito Administrativo volta-se à materialização das políticas públicas e à disciplina das relações de poder Estado-povo, as quais, no Estado Democrático, devem ser organizadas conforme o povo – a verdadeira fonte de autoridade – e para o povo.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 175.945/PR*. (...) O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio (...). Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424095/false>. Acesso em: 14 mar. 2023.

4 Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (...).

Nesse sentido, o controle externo outorgado pela Constituição da República ao Tribunal de Contas implica o papel de controlador da juridicidade e economicidade do principal instrumento viabilizador das prestações estatais e do exercício digno da vida social: a atividade financeira estatal.

No plano das contas de governo, reconhecer a insignificância de percentuais constitucionais mínimos não atingidos, como aqueles fixados para despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino e as ações e serviços públicos de saúde (artigos 198, §§ 2º e 3º, e 212, *caput*, da Constituição), pode implicar a substituição do Poder Constituinte para modificar a norma constitucional.

Não se questiona a aplicação concreta da Constituição, a qual permite, por força do contraditório, a não aplicabilidade até mesmo de regra universal dela emanada, desde que apresentados os fundamentos jurídicos excepcionais que exijam o tratamento diferenciado, o que potencialmente envolve a demonstração de não lesividade a direitos fundamentais e ao interesse público.

Para que a aplicação concreta da norma constitucional não se convolve em usurpação de competência legislativa ou arbitrariedade (decisão livre de qualquer persuasão racional juridicamente válida) ou mero casuísmo, incompatível com o paradigma democrático, é imprescindível que a autoridade decisora motive suas conclusões e torne, assim, sindicável a plausibilidade de incidência do princípio da insignificância ao caso.

Essa motivação consiste ao menos em demonstrar a satisfação de todos os requisitos para aplicação do princípio da insignificância, fixados na mencionada jurisprudência pacífica do STF – e adaptados para atividade de controle externo –, no exercício do poder punitivo do Tribunal de Contas e, excepcionalmente, na emissão de parecer prévio em contas de governo:

- i. mínima ofensividade da conduta do agente, de forma que o ente federado tenha provado atingimento de bons índices aferidores da qualidade da política pública em questão;
- ii. ausência de antecedentes do gestor público (“ausência de periculosidade social”), seja em contas de governo seja em contas de gestão;
- iii. reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, o que torna imprescindível examinar as circunstâncias que levaram o gestor ao descumprimento da norma, como calamidades públicas e atrasos em repasse de receitas;
- iv. inexpressividade da lesão jurídica causada, ou seja, baixa materialidade tanto em valores relativos (percentuais) quanto em valores absolutos.

A motivação baseada nesses critérios também é indispensável nas contas de gestão, esfera em que comumente o exame da insignificância poderá ocorrer, pois consiste de gênero procedimental em que, após a instauração do contraditório, é possível a aplicação de pena ao responsável.

Por outro lado, a ordem jurídica processual-constitucional não comporta a incidência do princípio da insignificância sobre o dever de ressarcimento de dano ao erário.

Constatada a ocorrência de dano, a própria Constituição da República determina sua indenização, tendo adotado o princípio da reparação integral:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...).

Ainda que a pretensão indenizatória da parte seja de baixa monta, não compete ao Estadojuiz decidir por sua insignificância e extinguir, com resolução de mérito, qualquer eventual direito de crédito do autor decorrente de ato lesivo do réu. É possível desqualificar a ocorrência de dano *per se* e, dessa forma, não mais haver o que indenizar; porém, não se cogita de, após apurada a lesão, extingui-la por ser insignificante segundo o juízo da autoridade decisora, tornando o prejuízo isento de obrigação indenizatória.

Se o próprio texto constitucional, como comando civil geral, não relativiza o direito de reparação integral do dano material ou moral, que interpretação sistêmica legitimaria a aplicação do princípio da insignificância para lesões ao erário – matéria do Direito Administrativo e Financeiro –, do qual partem os recursos para satisfação do interesse público? Seria um contrassenso que o Tribunal de Contas, órgão ao qual compete tutelar o erário em nome do interesse público, acabasse por negar a tais recursos a proteção que lhe seria devida.

Ou pior: afastar o ressarcimento de dano ao erário com fundamento na insignificância do débito consistiria em o Tribunal de Contas se arrogar (ilegitimamente) como substituto do credor (ente lesado) para renunciar o que lhe é devido.

Os tribunais de contas não exercem tutela sobre seus jurisdicionados, os quais falam e devem falar em nome próprio sobre a gestão e a defesa de seus recursos financeiros, sob pena de quebra, até mesmo, do pacto federativo, da divisão dos poderes e da dialeticidade ínsita ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Não pode o Estado-juiz, no caso o Tribunal de Contas, declarar a perda da pretensão do ente “X” em face do agente “A”, sem que sequer a “X” seja oportunizado o exercício do contraditório.

Consistiria, claramente, numa infração processual de alçada constitucional: o órgão de controle externo decidiria sobre o direito material de titularidade de terceiro (objeto da pretensão ressarcitória) sem que o principal atingido fosse ouvido, como se operasse uma substituição processual ilegítima – não prevista no ordenamento jurídico – em desfavor de “X”.

Tome-se, por exemplo, um município mineiro que instaure uma tomada de contas especial para reaver dano causado ao seu patrimônio. Ao final da fase investigativa do procedimento, o tomador de contas conclui pela ocorrência de dano ao erário de R\$ 150.000,00 e atribui sua responsabilidade a um agente público. Porém, iniciada a fase externa da tomada de contas especial, com a apresentação de defesa do responsável citado e outras medidas de instrução processual, o Tribunal de Contas chega à conclusão de que o dano foi de R\$ 1.000,00, e não de R\$ 150.000,00, como apurado pelo ente municipal. Note-se que, neste caso hipotético, operou-se, com a citação, a preclusão *pro judicato*⁵ em relação à competência *ratione valoris*⁶ do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.⁷ Além disso, em atenção ao princípio da primazia do mérito, não é possível proceder à prolação de acórdão sem resolução do mérito.

5 Espécie de preclusão que se opera contra a própria autoridade decisora. “Se o juiz pratica um ato, a única forma de realizar outro em sentido contrário ao previamente realizado consiste em revogar o anterior, o que lhe será obstado, no mais das vezes, não pela preclusão lógica, mas pela preclusão consumativa já que, uma vez praticado o ato, a impossibilidade de novo pronunciamento em sentido contrário advém justamente da existência prévia de ato consumado, ou, em outras palavras, de preclusão consumativa”. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 27.

6 O valor de alçada das tomadas de contas especiais consiste em requisito de competência relativa do tribunal de contas em razão do valor (*ratione valoris*). Cf., por exemplo, Recurso Ordinário nº 969.239, de 16, de novembro de 2016 (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

7 É importante considerar que a definição de valores de alçada pelos tribunais de contas apenas define regra de competência relativa para esses órgãos, como decorrência do princípio constitucional da eficiência. Na hipótese de o dano encontrar-se abaixo do valor de alçada, sem que haja citação válida, a tomada de conta especial deve ser arquivada sem decisão resolutive de mérito, **sem cancelamento do débito**.

Na linha do mesmo exemplo, aplicar o princípio da insignificância aos R\$ 1.000,00 corresponderia a declarar inexistente o débito, fulminando a pretensão de um ente federado, que, mediante a própria instauração de tomada de contas especial – embora decorrente de um dever legal –, visava à restituição de quantia em que foi lesado. Tal situação seria um absurdo jurídico.

Embora o princípio da insignificância tenha sido uma teoria de grande relevância como marco civilizatório no Direito brasileiro, é preciso não se descurar para sua banalização, já em andamento, com o desvirtuamento de suas balizas e possibilidades de incidência, além do risco de servir como panaceia para casos difíceis.

Como se pode observar, é preciso que os tribunais de contas tenham cautela na trasladação de teses jurídicas aplicáveis em outros ramos do Direito, pois, a pretexto de representarem inovação jurídica, obtêm resultado completamente diverso e danoso: acabam por subverter a ordem democrática e o princípio federativo, com os quais estão comprometidas constitucionalmente.

No caso do princípio da insignificância, sua aplicação no âmbito do controle externo somente seria possível no exercício do poder punitivo e, excepcionalmente, na emissão de parecer prévio das contas de governo, desde que satisfeitas as balizas do STF para sua aplicação no Direito brasileiro. Porém, mostra-se completamente inviável sua adoção do princípio para fins de desconsideração de débito relativo a dano ao erário, pois equivaleria a incorrer em substituição processual ilegítima e a importar na supressão do dever constitucional de reparação integral.