

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE ADMINISTRATIVE SANCTIONS LAW

Rebecca Féo de Oliveira¹
Taiguara Libano Soares e Souza¹

Recebido em: 05/10/2019
Aceito em: 03/03/2021

rebecca.feo@gmail.com
taiguaralsouza@gmail.com

Resumo: Este artigo avalia a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, oriundo do Direito Penal, ao Direito Administrativo Sancionador. O princípio da insignificância é aplicado para afastar a tipicidade material de muitos crimes e contravenções penais, conforme consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Embora o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador estejam ambos relacionados ao exercício do poder punitivo estatal, nesta reflexão consideramos os aspectos peculiares de cada um deles, a previsão referente ao princípio da insignificância constante na recente Lei nº 13.506/2017 sobre o processo administrativo sancionador no âmbito do BACEN e da CVM e o princípio constitucional da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; princípio da insignificância; proporcionalidade.

Abstract: This article examines the possibility to apply the principle of insignificance, that is originated from the Criminal Law, to the Administrative Sanctions Law. Principle of insignificance is considered by the Brazilian Supreme Court to do not punish various kinds of actions which are formally described as crime or a contravention by law, but are substantially irrelevant. Even though the Criminal Law and the Administrative Sanctions Law are both related to the public punishment power, this analysis takes into consideration its peculiarities, the legal establishment of the recent Law nº 13.506/2017 regarding the sanctioning procedure of Brazilian Central Bank and Brazilian Securities and Exchange Commission and the constitutional principle of proportionality.

Keywords: Administrative Sanctions Law; principle of insignificance; proportionality.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador compreende o conjunto de normas, editadas com fundamento legal e por motivo de interesse público, que instituem as infrações administrativas e preveem a aplicação de penalidades delas decorrentes por parte do Estado.

Sua extensão é tão ampla quanto à complexidade da Administração Pública direta e indireta das diferentes esferas da federação brasileira, contempla as infrações administrativas de trânsito, as ambientais, as referentes às atividades regidas pelas agências reguladoras, às relações de consumo, as disciplinares dos servidores públicos e etc.

No Direito Administrativo Sancionador, as autoridades públicas exercem, muitas vezes ao mesmo tempo, as funções de regulamentar as leis, de fiscalizar o seu cumprimento e de penalizar os infratores. Neste vasto contexto de atribuições, a ação administrativa pode revelar-se arbitrária e, desse modo, os direitos, garantias e remédios constitucionais devem ser usados para a contenção dos eventuais abusos.

¹ Universidade Federal Fluminense - UFF - Niterói - Rio de Janeiro - Brasil

O Direito Administrativo Sancionador representa, assim como o Direito Penal, o exercício do direito de punir do Estado como reação à desobediência de determinações normativas, que prejudicam interesses e finalidades públicas, havendo, portanto, elementos de aproximação entre as duas disciplinas.

Uma vez que, em nosso ordenamento jurídico, não há uma sistematização das normas referentes ao Direito Administrativo Sancionador e, por outro lado, em relação ao Direito Penal, há um Código Específico tratando sobre as normas gerais, disposições constitucionais próprias e sólida construção teórica e jurisprudencial, é comum afirmar-se que o agente público que decidirá acerca de uma infração administrativa deve levar em consideração também a rica trama dos princípios do direito penal (FERRAZ e DALLARI, 2002, p.154).

Há, portanto, uma tendência de sujeitar o poder punitivo da Administração Pública às mesmas balizas que guiam a aplicação do Direito Penal pelo Poder Judiciário, pois os regimes penal e administrativo contêm seus núcleos mínimos de garantias ancorados na Constituição de 1988 (BINENBOJM, 2015, p. 622).

Nas últimas décadas do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias e, mais recentemente, também no âmbito comunitário, tem se difundido o entendimento de que as sanções administrativas são manifestação específica de um jus puniendi genérico do Estado destinado à tutela de valores relevantes para a sociedade e, com isso, passou-se a desenvolver um tratamento integrado deste exercício do direito de punir (MOREIRA NETO, 2013, p. 11).

A Constituição da Espanha, por exemplo, regula de forma unitária, no seu artigo 25, as penas e as sanções administrativas.

No entanto, mesmo havendo a regulação unitária naquele país, ficou assentado pelo Tribunal Constitucional espanhol, desde suas primeiras sentenças sobre esta temática, que os princípios da ordem penal aplicam-se “com certas matizes” ao Direito Sancionador (ENTERRÍA, 2013, p. 192).

Isto porque, o Direito Administrativo Sancionador possui características e finalidades próprias, que podem ser distorcidas e frustradas, caso haja uma transposição irrefletida das normas penais ao seu âmbito.

Como afirma Jesús-María Sánchez, as finalidades do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador são diversas. O Direito Penal busca proteger bens concretos em casos concretos e orienta-se por critérios de lesividade ou periculosidade de imputação individual de um determinado. Já o Direito Administrativo Sancionador, busca ordenar, de modo geral, os setores de atividade, ou seja, busca reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial e, por isso, deve atender a considerações de afetação geral, estatística (2001, p. 125).

Assim, embora a semelhança seja inegável, há impropriedade técnica em considerar a aplicação das normas dos dois ramos mencionados como se fossem fungíveis.

Neste contexto de ausência de sistematização própria ao Direito Administrativo Sancionador e conforme o esforço de formação de orientações adequadas para esta disciplina, o uso do método comparativo em relação a alguns institutos do Direito Penal pode ser útil.

A comparação de objetos contemporâneos de um mesmo ordenamento jurídico, mas regido por diferentes áreas jurídicas, evidenciando seus pontos comuns e suas divergências, contribui para o aprimoramento da disciplina jurídica dos objetos confrontados (MARRARA, 2014, pp. 29/30).

Sob esta perspectiva, na intenção de verificar o alcance possível do princípio da insignificância penal ao Direito Administrativo Sancionador, inicialmente, discorreremos acerca da origem deste princípio e da sua aplicação no Direito Penal nacional.

Após, passamos à análise do princípio da proporcionalidade, também tratando de sua origem e base constitucional em nosso ordenamento jurídico e identificando sua relação com o princípio da insignificância.

Depois, consideramos a previsão legal do princípio da insignificância na Lei nº 13.506/2017 e, em sequência, avaliamos a possibilidade de aplicação deste princípio ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador, mesmo quando não há previsão legal específica a respeito.

Desde já, destacamos que o tratamento do tema depende essencialmente dos aspectos identificados em cada caso concreto, conforme a previsão legal de cada infração administrativa, e que se pretende contribuir com elementos que promovam um raciocínio consciente para lidar com as questões conflituosas, sem que se pretenda indicar uma fórmula simplista e única para a solução desses casos.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

Atribui-se a Claus Roxin, por meio de artigo escrito em 1964, a origem do princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade penal (GOMES, 2013, pp. 52/53).

Esclarecendo que a previsão legal não contempla exclusivamente a noção de tipo penal, ele afirma “o tipo encontra-se em meio ao campo de tensão entre o fim da lei e a determinação da lei” (ROXIN, 2002, p. 234).

O princípio da insignificância consubstancia a noção de que há condutas que não chegam a caracterizar-se como um ilícito penal, por serem absolutamente irrelevantes como ameaça ao bem jurídico tutelado e, como tal, não justificarem a imposição de uma pena como forma de repressão.

O fato de uma conduta adequar-se formalmente a uma descrição típica de crime, por si só, não significa que é penalmente típica, portanto. É também imprescindível que seja antinormativa, isto é, que seja proibida pela norma que se depreende do texto legal.

Assim, o juiz jamais pode considerar que estão abrangidas pelo tipo penal aquelas condutas que, embora formalmente adequadas à descrição típica, não possam ser realmente consideradas contrárias à norma e lesivas ao bem jurídico tutelado (ZAFFARONI, 2015, p. 410).

Em nosso ordenamento jurídico, é corrente o entendimento de que o princípio da insignificância está contemplado, ainda que não expressamente, e deve ser aplicado no âmbito do Direito Penal.

Isto porque, com base na teoria constitucionalista do delito, a tipicidade penal compreende a tipicidade formal + a tipicidade normativa ou material. Esta tipicidade material, por sua vez, exige um

duplo juízo valorativo de desaprovação: em relação à conduta e em relação ao seu resultado jurídico (GOMES, 2013, p. 76).

Diante do caso concreto, enquadrada a conduta no tipo legal e constatada a desaprovação desta e a do seu correspondente resultado, verifica-se a tipicidade penal.

Sob esta perspectiva, na “lesão ou na conduta insignificante, o fato é formalmente típico, mas não materialmente” (GOMES, 2013, p. 55), não há desaprovação da conduta ou do resultado que afete o bem jurídico tutelado de modo relevante e, portanto, por não atender a este pressuposto, não pode ser considerado um delito.

O STF já foi provocado a se manifestar sobre o princípio da insignificância e continuam chegando à Corte diversos casos nos quais se requer a análise da significância da conduta para o fim de afastamento do rigor penal.

O caso apontado como verdadeiro marco da jurisprudência da Corte sobre a matéria é o Habeas Corpus nº 84.412/SP, julgado em 2004, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello. Neste julgamento, foi reconhecido que o princípio da insignificância deve ser observado, pois o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

A justificativa base para a adoção do princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade penal foi o caráter de subsidiariedade do Direito Penal, também relacionada à noção de fragmentariedade, ou seja, à ideia de que este ramo do Direito ocupa-se apenas dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e que deve ser usado quando os demais mecanismos do ordenamento jurídico não foram capazes de responder adequadamente à conduta praticada.

Para a aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos, foram, então, estabelecidos pelo STF quatro critérios que devem ser identificados cumulativamente:

- 1) Mínima ofensividade da conduta do agente;
- 2) Nenhuma periculosidade social da ação;
- 3) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- 4) Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O significado específico de cada critério não foi indicado no julgamento e, na verdade, é difícil dissociá-los, pois uma conduta é minimamente ofensiva porque sua capacidade de lesionar o bem jurídico tutelado é inexpressiva e, por tal motivo, a ação não pode ser considerada perigosa ou reprovável.

De qualquer forma, a partir deste julgamento, ficou claro que se aplica o princípio da insignificância no Brasil como um postulado de política criminal que exclui a tipicidade material, afastando-se o reconhecimento do crime ou da contravenção, bem como de seus correspondentes efeitos, ao agente que praticou a conduta identificada como insignificante penal.

Como mencionado, não há atualmente previsão expressa no nosso ordenamento jurídico sobre a aplicação do princípio da insignificância como regra geral para deixar de reconhecer a conduta como crime em determinadas circunstâncias, embora esteja em andamento um Projeto de

Novo Código Penal² que, em seu artigo 28, §1º, prevê expressamente que “não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Embora a fixação dos referidos critérios pelo STF tenha sido um avanço na identificação dos casos que devem ser desconsiderados para fins de aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal, os conceitos ali contidos são passíveis de interpretações diversas, já que não estão claramente delimitados quanto ao seu significado. Assim, ainda há muitas dúvidas quanto à verificação da insignificância da conduta nos casos concretos.

A depender do crime a que se refira, é necessário o cumprimento de requisitos próprios para que a conduta seja considerada insignificante. Por exemplo, conforme decidido pelo STF, são insignificantes os crimes de descaminho cujo valor correspondente ao tributo que deixou de ser pago seja inferior ao mínimo necessário à continuidade do procedimento de execução fiscal de débitos inscritos em dívida ativa da União³.

Em alguns outros tipos penais, simplesmente não se admite a aplicação do princípio da insignificância, como é o caso dos crimes e contravenções penais contra a mulher no âmbito das relações domésticas, dos crimes contra a Administração Pública e os de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, conforme, respectivamente, os enunciados nº 589, 599 e 606 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A reincidência do acusado é um aspecto adicional, não propriamente relacionado à conduta em si, que sempre gerou controvérsias por parte dos juízes quanto ao reconhecimento da insignificância.

O Tribunal Pleno do STF julgou, mais recentemente, no ano de 2015, o Habeas Corpus nº 123.108/MG referente ao furto simples de um chinelo avaliado em R\$ 16,00 (dezesesseis reais) em que o juiz de primeira instância deixou de aplicar o princípio da insignificância por ser reincidente o acusado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a decisão e, do mesmo modo, o STJ.

² Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – Novo Código Penal, cuja movimentação mais recente consiste no envio à Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, em 31/10/2018 para relatoria pelo Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 14/11/2018.

³ “A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, ressalvada a habitualidade criminosa, que impede a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente” (STF, HC 144.463 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 25/9/2018). Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+144463%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb4hvrej>. Acesso em: 20/11/2018.

O valor a que se refere o mencionado art. 20 é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O inteiro teor deste acórdão possui cento e setenta e nove páginas, o que demonstra a importância do cuidado no tratamento da questão da insignificância, embora os casos isoladamente considerados sejam muitas vezes banais.

O Ministro Relator Luiz Roberto Barroso destacou que o precedente Habeas Corpus nº 84.412/SP foi e continua sendo citado em inúmeros julgados que lhe sobrevieram, no entanto, diante da multiplicidade de casos que continuaram chegando ao Tribunal, e sem que tenha havido um rompimento expresso com a orientação então firmada, a Corte atualmente tem exigido outros requisitos para o reconhecimento da insignificância, muitos dos quais incompatíveis com os quatro parâmetros ali enunciados.

Além disso, apesar da invocação dos mesmos parâmetros, devido ao seu caráter aberto, não se impede que situações relativamente idênticas sejam julgadas de forma diametralmente oposta. Como apontou o Ministro Relator, há dificuldades para a aferição do valor da “significância” penal, os critérios são distintos para cada Tribunal e para cada Ministro (HC 123.108/MG, p. 16).

Assim, embora o princípio da insignificância seja aplicável em nosso ordenamento jurídico, considerando-se que, na descrição típica penal, estão compreendidas “exclusivamente as ofensas penalmente significativas ou as que estão em conformidade com a ‘finalidade da norma’ (leia-se condutas inofensivas ou mesmo as ofensas de pouca relevância estão fora do seu âmbito de aplicação)” (GOMES, 2013, p. 68), e que os parâmetros da insignificância estejam assentados sem maiores discussões, a aplicação do princípio nos casos concretos ainda suscita problemas.

Retomando-se o fundamento adotado pelo STF para a aplicação do princípio da insignificância, desde o julgamento do referido HC 84.412/SP, ficou atestado que tal princípio deve ser analisado em conexão com os postulados da subsidiariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal.

No julgamento do HC 123.108/MG, o Ministro Roberto Barroso também afirmou ser “fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa” (pp. 20/21).

Observa-se aqui que, além de levar em consideração a subsidiariedade do direito penal, o Ministro também trouxe para sua decisão aspectos pragmáticos referentes à situação de extrema precariedade do sistema carcerário nacional, manifestando-se pela aplicação do princípio da insignificância independentemente de ser reincidente o réu.

Neste julgamento do HC 123.108/MG, conforme a ementa, por maioria, foi acolhida a tese de que a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e, na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, “paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade”.

Conforme se pode observar, foi estabelecida a relação do princípio da insignificância com o princípio da proporcionalidade, o que justificaria a imposição de regime penal diverso do que seria aplicado de acordo com a lei em tese. Tal relação, conforme destacado pelo Ministro Roberto Barroso, não é inédita nos julgamentos do STF (HC 123.108/MG, p. 21).

Note-se que as justificativas usadas pela jurisprudência para a aplicação do princípio da insignificância para deixar de configurar a tipicidade são peculiares do Direito Penal, ou seja, referem-se ao caráter subsidiário deste, necessário apenas quando outros meios jurídico-legais não foram eficientes para impedir a infração ou reprimir de forma eficaz a sua reiteração.

Tal justificativa não serve, portanto, para fundamentar a aplicação do princípio da insignificância no Direito Administrativo Sancionador.

Isto porque, justamente para que ao Direito Penal só cuide de ameaças e lesões mais sérias aos bens jurídicos relevantes para as pessoas e para a sociedade, é preciso que o Direito Administrativo Sancionador reprima algumas das condutas que são penalmente insignificantes.

Desse modo, o espaço para o reconhecimento da insignificância como forma de exclusão da infração administrativa é necessariamente mais restrito.

Embora os critérios para a definição da insignificância administrativa sejam mais rigorosos que os necessários para a configuração da insignificância a penal, mesmo no âmbito administrativo, não se pode afastar a possibilidade de as circunstâncias da situação concreta revelarem-se completamente injustificáveis para a aplicação da sanção, como será tratado, inclusive porque o princípio da proporcionalidade orienta nosso sistema jurídico e se aplica ao Direito Penal e ao Direito Administrativo.

Ao decidir, cabe ao agente público efetuar a ponderação, que diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um “caráter provisório” que poderá ser ultrapassado por razões identificadas como mais relevantes no caso concreto do que aquelas identificadas pelo legislador (ÁVILA, 2016, pp. 74 e 81).

Estamos de acordo com Luiz Flávio Gomes no sentido de que, ao aplicar o princípio da insignificância para deixar de punir condutas socialmente irrelevantes, abre-se a porta para a revalorização do direito constitucional, pois isto permite que se imponham penas a fatos que realmente precisam ser castigados pelo seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. O princípio fortalece a função da Administração da Justiça, que deixa de reprimir fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel (GOMES, 2013, pp. 51/52).

A referência é feita em relação ao Direito Penal, no entanto, também no Direito Administrativo Sancionador, o efeito parece-nos o mesmo.

Na sociedade contemporânea, há multiplicidade de deveres legais, modificações rápidas e complexidade crescente, revelando um cenário no qual o cometimento de determinadas infrações é algo praticamente impossível de ser completamente evitado, mesmo por aqueles que se propõem a cumprir responsabilmente seus deveres sociais. Assim, é mais importante que se concentrem os recursos públicos para a repressão das infrações mais graves e expressivas no contexto social.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1 Origem e aplicação pelo STF

Originária do direito alemão, a regra⁴ da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional da Alemanha.

É composta por uma estrutura de análise racional de três elementos independentes, na seguinte ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 30).

Os testes de adequação e necessidade referem-se à relação meio e fim, ou seja, à avaliação se o meio adotado é compatível (adequado e necessário) ao alcance da finalidade pretendida com a sua adoção.

Já o teste da proporcionalidade em sentido estrito representa o que Robert Alexy denomina de otimização em relação aos princípios colidentes ou lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (2006, p. 593).

Neste sentido, ultrapassados os testes da adequação e da necessidade, o teste da proporcionalidade em sentido estrito deve indicar que a medida adotada promove efeitos benéficos que superam suas consequências prejudiciais.

A Corte constitucional alemã entende que tanto as decisões proferidas pela Administração quanto aquelas proferidas pela Justiça com base na lei aprovada pelo Parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade e, portanto, qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade (MENDES, 2001, p. 20).

Em nosso ordenamento jurídico, entende-se que o princípio da proporcionalidade está previsto implicitamente na Constituição de 1988, sendo alguns dos seus dispositivos indicados como base indireta do princípio da proporcionalidade, como exemplo: artigo 5º, II (princípio da legalidade), LIV (devido processo legal) ou mesmo o seu §2º, no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais (SARMENTO, 2001, p. 58).

Para Virgílio Afonso da Silva, contudo, “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais” (2002, p. 43).

De qualquer forma, não se identifica contrariedade relevante ao entendimento de que o princípio da proporcionalidade tem a força normativa de um mandamento constitucional e assume especial importância quanto à ponderação de bens jurídicos em conflito, pois com base no princípio da proporcionalidade é que deverão ser efetivadas todas as restrições recíprocas entre os princípios constitucionais (SARMENTO, 2001, p. 57).

⁴ Virgílio Afonso da Silva, com base na obra de Robert Alexy, considera que o dever de proporcionalidade corresponde a uma regra (2002, p. 26). Já Humberto Ávila caracteriza a proporcionalidade como postulado normativo, ou seja, norma metódica que estrutura a interpretação de princípios e regras conforme critérios determinados (2016, p. 226). De qualquer forma, no nosso ordenamento jurídico, a expressão “princípio da proporcionalidade” é a que tem uso corrente entre os operadores do Direito e, por este motivo, é a adotada neste trabalho.

Embora haja críticas sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF, em razão de as decisões normalmente o mencionarem como um recurso retórico e não o aplicarem na sua forma estruturada e lógica com os três testes na sua devida ordem (SILVA, 2002, p. 31), o fato é que o reconhecimento do princípio da proporcionalidade para a fundamentação das decisões proferidas pelo STF é constante.

Assim, assentada a base constitucional em nosso ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade aplica-se ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, submetendo as leis e os atos administrativos aos três mencionados testes, a fim de atestar sua proporcionalidade no caso concreto.

3.2 Aplicação no Direito Administrativo Sancionador

Especialmente quando se trata da aplicação de sanções por parte do Estado, o princípio da proporcionalidade deve ser obedecido. “É descabido imaginar que a Constituição autorizaria condutas que submetessem o cidadão para além do necessário, ou inapropriadas à perseguição do interesse público primário ou, ainda, detentoras de carga coativa desmedida” (MOREIRA, 2017, p. 118).

Além do cidadão, o Direito Administrativo Sancionador atinge também as pessoas jurídicas.

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, em que a prática de crimes por pessoas jurídicas é a excepcionalíssima, admissível somente quanto aos crimes contra o meio ambiente, no Direito Administrativo Sancionador, grande parte das infrações administrativas podem ser praticadas por pessoas jurídicas, que sofrem sanções próprias à sua natureza. De qualquer modo, trate-se de pessoas físicas ou jurídicas, não se prescinde do exame da proporcionalidade quanto a essas sanções.

A fim de definir se determinado ato administrativo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador está de acordo com o princípio da proporcionalidade, é preciso realizar os seus respectivos testes:

1) Adequação para atingir o resultado pretendido – o meio empregado (instauração do processo administrativo sancionador, decisão de aplicação da pena) deve ser compatível com o fim pretendido (repreensão do comportamento indesejável ao atendimento do interesse público e evitar que a infração seja cometida novamente, em termos gerais).

O exame da adequação é o primeiro dos testes e “só redundará na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta” (ÁVILA, 2016, p. 214).

2) Necessidade – avalia se não há outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público à disposição do agente, sendo o meio escolhido o que causa o menor prejuízo possível.

Neste exame, cabe ao agente público avaliar se há outro meio também adequado ao alcance do resultado pretendido, mas que redunde em menos custos, prejuízos, efeitos nocivos.

Neste sentido, diante de uma conduta que se enquadre na descrição da infração administrativa prevista na norma que, no entanto, revele-se inofensiva nas circunstâncias do caso concreto, por não ter gerado o efeito indesejado que a norma visava reprimir, tampouco ter posto em

risco o bem que a norma visa proteger, a imposição da pena correspondente será desproporcional, por não ser necessária.

Um exemplo pode esclarecer o raciocínio. O artigo 3º, XIX, da Lei nº 9.847/1999 prevê como infração administrativa às normas do abastecimento nacional de combustíveis que o agente econômico não envie na forma e no prazo estabelecido as informações mensais sobre suas atividades à agência reguladora do setor e estabelece como pena a multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Considerando que o agente regulado envie as informações requeridas, porém com atraso de um dia e que o processamento das informações por parte dos servidores da agência reguladora somente tenha ocorrido cinco dias após o fim do prazo, ou seja, quando as informações já estavam disponíveis. Qual a necessidade de mobilizar a máquina administrativa, usar seus recursos públicos materiais e humanos para a imposição da pena ao agente regulado neste caso?

Embora uma análise exclusivamente formal indique o enquadramento da conduta na previsão legal de infração administrativa, nas circunstâncias do caso concreto, a pena é desnecessária e desproporcional.

Pode-se afirmar que deixar de penalizar esta conduta nas referidas circunstâncias equivaleria a estabelecer um novo prazo para os agentes regulados, ou mesmo que não faria sentido estabelecer-se um prazo, já este pode ser descumprido sem efeitos aos infratores.

Porém, a imposição de uma pena administrativa não é um fim em si mesmo, deve servir a um propósito de proteção do interesse público que, nesta situação não foi violado ou ameaçado. É preciso que a pena seja identificada como necessária.

Ademais, voltando ao exemplo, o agente que descumprir o prazo, está sujeito ao risco de que a agência reguladora processe a informação logo no dia seguinte à sua expiração, quando não estaria disponível a informação, e que esta fosse necessária à tomada de uma eventual decisão importante decorrente de alguma situação emergencial por evento imprevisto. Neste outro cenário, a conduta que se enquadra à previsão normativa de infração poderia ser considerada relevante quanto aos seus efeitos negativos e, assim, justificar a punição.

3) Proporcionalidade em sentido estrito – refere-se à relação entre os prejuízos e os benefícios decorrentes da medida, avaliando se o resultado positivo a ser alcançado supera as desvantagens do ato.

A proporcionalidade em sentido estrito conduz ao questionamento se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, se o benefício da promoção do fim corresponde ao prejuízo da restrição causada (ÁVILA, 2016, p. 218).

Para que a medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que a fundamentaram “não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido” (SILVA, 2002, p. 41).

Assim, no caso em que a imposição da pena (em âmbito administrativo, normalmente pecuniária, mas que também pode ser restritiva de direitos: suspensão da atividade da pessoa jurídica ou demissão do servidor público, por exemplo), revele-se, diante da situação concreta,

exagerada para a reprimir uma conduta abstratamente qualificada como infração, mas realmente inofensiva, o caminho a ser adotado não pode conduzir à penalização, pois desproporcional.

Esta ordem no exame da proporcionalidade segue a lógica racional de sua aplicação no direito alemão. Assim, o teste da necessidade só é exigível se ultrapassado o da adequação e, por sua vez, o teste da proporcionalidade em sentido estrito também só é necessário, se ultrapassada a barreira da necessidade, o que somente ocorrerá nos casos mais complexos (SILVA, 2002, pp. 34/35).

O princípio da proporcionalidade deve, portanto, ser aplicado pelos agentes públicos no exercício de suas funções e bem assim no que se refere aos atos de instauração e ao julgamento de processos administrativos sancionadores.

A aplicação do princípio da proporcionalidade ao processo administrativo sancionador é indubitável: na “aplicação de penalidade administrativa, deve-se estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, à devida correlação entre a qualidade e a quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor” (BARROSO, 2003, p. 239).

Se há dúvidas quanto à proporcionalidade do ato de instauração do processo administrativo sancionador, esta deve pesar a favor do ato, pois nesta fase deve-se buscar compreender com mais clareza as circunstâncias da conduta praticada e os efeitos gerados, a semelhança do que ocorre no processo penal quanto à regra *in dubio pro societate*.

Aqui, inclusive, esta regra faz mais sentido, pois a indicação de alguém como réu de uma ação penal por si só já representa para este uma grande preocupação e até mesmo um estigma social, o que, de modo algum, compara-se à lavratura de um auto de infração indicando a prática de infração administrativa.

Por outro lado, no momento de proferir a decisão no processo administrativo, se persiste a dúvida quanto à materialidade e/ou a autoria da infração administrativa, a solução deve ser por não impor a pena, também à semelhança da orientação do processo penal *in dubio pro reo*. Mesmo em âmbito administrativo, não há justificativa legal para a penalização quando há dúvida quanto à responsabilidade pela infração.

De toda forma, assim como ocorreu com os parâmetros para a adoção do princípio da insignificância traçados pelo STF, os testes de proporcionalidade em relação aos atos administrativos em face das condutas enquadradas como infrações podem ensejar dúvidas e perplexidades quando da sua aplicação aos casos concretos.

Sendo assim, será sempre imprescindível a motivação específica da decisão por parte do agente público, que é importante não só para permitir o controle de legalidade daquela decisão como também para a sua comparação com outras decisões proferidas, possibilitando-se a identificação de quais os aspectos eventualmente ensejaram decisões em sentidos diversos para casos semelhantes, mas não idênticos.

A Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo federal, estabelece no artigo 2º que a Administração Pública obedecerá ao princípio da proporcionalidade.

Especificamente no âmbito do processo administrativo sancionador, prevê o referido artigo 2º, no seu parágrafo único, VI, que é vedada a imposição de sanções “em medida superior àquelas

estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” e, no inciso XIII, a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

Em termos gerais, a determinação legal que imponha determinada sanção administrativa pode ter sido estabelecida para conduzir os agentes econômicos a se comportarem de determinada forma, porém, em um dado momento, é possível que eles já tenham se habituado a agir daquele modo, ou seja, que tenham aderido à norma, pois autonomamente os agentes identificaram aquele comportamento como compatível com seus interesses.

Com isso, a imposição da sanção já não é o único e talvez sequer seja o motivo mais importante pelo qual aquele comportamento pretendido pela norma é realizado, razão pela qual a sua aplicação em situações apenas formalmente identificadas como infração administrativa pode revelar-se despropicienda.

Ainda que se trate da aplicação do Direito Administrativo Sancionador fora da esfera federal e, portanto, do alcance da referida Lei nº 9.784/1999, é indubitável a observância do princípio da proporcionalidade por orientação constitucional, portanto, independentemente de uma previsão legal específica a respeito.

De qualquer forma, em enunciado de súmula nº 633, o STJ considerou a Lei nº 9.784/1999 aplicável de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria, o que significa a ampliação das suas disposições aos demais entes federativos.

A diretriz da proporcionalidade para a tomada de decisão administrativa é também reforçada pela Lei nº 13.655/2018, que incluiu o artigo 20 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) dispondo que, no âmbito administrativo, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão; conforme seu parágrafo único, a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas.

Esta orientação alcança o Direito Administrativo Sancionador de forma ampla, ou seja, aplica-se como regra geral e contempla a importância da ponderação das consequências por parte do agente público no momento de decidir, ou seja, os fatores pragmáticos devem ser considerados.

Os dois primeiros testes do princípio da proporcionalidade: necessidade e adequação foram expressamente mencionados no parágrafo único do artigo 2º como orientadores da ação do agente público.

Assim, se o ato administrativo de imposição de pena por enquadramento na conduta na descrição legal de infração administrativa não ultrapassa os testes da proporcionalidade, pode ser considerada insignificante para o fim de punição administrativa.

Dessa forma, não se pode cogitar da condução de um processo administrativo sancionador com a aplicação de uma pena por infração administrativa sem que se atente para os testes da proporcionalidade, pois este princípio exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e da sanção prevista a esse ataque. “A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar a segurança, a saúde, ou a moral públicas” (OSÓRIO, 2015, p. 217).

Conforme observado, o exame da proporcionalidade em relação aos atos administrativos em geral, “aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”, exige uma relação proporcional entre o meio e o fim que se pretende alcançar (ÁVILA, 2016, p. 206 e 209).

Não há que se falar em desrespeito à legalidade, pois “para agir, o administrador deve contar com algum tipo de outorga de competência feita por lei, ainda que de modo relativamente amplo e aberto” (SUNDFELD, 2012, p. 157).

Assim, conforme a orientação constitucional de obedecer ao princípio da proporcionalidade, bem como com base no referido artigo 20 da LINDB, o agente público está amparado para deixar de instaurar o processo administrativo ou decidir não impor sanção às infrações administrativas identificadas como insignificantes, desde que motive seu ato conforme critérios correspondentes.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PREVISTO NA LEI Nº 13.506/2017

Em relação à aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal, o Ministro Luiz Roberto Barroso, no julgamento do mencionado HC 123.108/MG afirmou que há, no direito comparado, sistemas que tratam a insignificância no âmbito do direito processual, facultando-se ao Parquet, com anuência do juiz, deixar de propor a ação. Afirmou que isto poderia ser adotado no Brasil, porém de lege ferenda, devido à rígida indisponibilidade da ação penal (BARROSO, HC 123108/MG, p. 18).

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, foi justamente no sentido de evitar a instauração do processo que seguiu a Lei nº 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A Lei nº 13.506/2017 prevê, no artigo 19, §1º, que o BACEN poderá “deixar de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência”.

A determinação legal orienta-se pela aplicação do princípio da insignificância no âmbito do BACEN como um meio de evitar a instauração do processo administrativo sancionador e, como se pode perceber, apenas um dos quatro requisitos que no Direito Penal seriam necessários para a identificação do princípio da insignificância, neste caso já é o suficiente para que não se instaure o processo administrativo sancionador no BACEN, qual seja: “baixa lesão ao bem jurídico tutelado”.

Este elemento está relacionado ao teste da proporcionalidade quanto ao aspecto necessidade. Dos testes referentes à relação meio (no caso, o processo administrativo) para o fim (aplicação da pena como repreensão pela infração administrativa praticada, evitando-se a ocorrência de outras infrações) não se verifica a necessidade no caso de a lesão ao bem jurídico tutelado não ser significativa.

No entanto, percebemos que a própria Lei dispõe que, em substituição ao processo nas situações de baixa lesão ao bem jurídico deverão ser usados “outros instrumentos e medidas de

supervisão que julgar mais efetivos”, evidenciando que há outros meios menos gravosos que o processo e a imposição da pena a serem adotados.

É interessante observar que, ao contrário do que ocorre no Direito Penal, no qual o princípio da insignificância não mais tem qualquer repercussão para o agente e não impõe para os agentes públicos que atuam na persecução penal qualquer tarefa adicional, no âmbito do BACEN, caberá à autoridade administrativa usar “outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos”.

Assim, caberá à Administração após aplicar o princípio da insignificância para deixar de instaurar o processo, aplicar alguma medida de supervisão ou instrumento de controle considerado pertinente no caso concreto em relação àquele que realizou a conduta formalmente caracterizada como infração administrativa.

Em relação à CVM, a mesma Lei nº 13.506/2017 alterou a Lei nº 6.385/1976, conferindo nova redação ao §4º do seu artigo 9º, estabelecendo que a Comissão priorizará a penalização de infrações de natureza grave e poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a “pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos”.

Nos casos dos processos da CVM, portanto, há um elemento adicional ao que é necessário no BACEN para que se possa considerar a conduta insignificante: a “pouca relevância da conduta”.

Também neste caso, ao contrário do Direito Penal, o reconhecimento da insignificância tem como repercussão uma nova atividade ao agente público: “a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos”.

Há, portanto, elementos diferenciados legalmente previstos para a aplicação do princípio da insignificância nos processos sancionadores do BACEN e da CVM.

Ao prever elementos do princípio da insignificância como forma de evitar a instauração do processo administrativo sancionador, a Lei nº 13.506/2017 apenas esmiuçou o que corresponde à análise da proporcionalidade deste ato administrativo no âmbito do BACEN e da CVM.

De qualquer modo, o princípio da proporcionalidade é aplicável no Direito Administrativo Sancionador e está diretamente relacionado ao princípio da insignificância.

Assim, em todos os âmbitos federativos e por diversos órgãos e instituições públicas, ainda que não haja previsão expressa, a aplicação do princípio da insignificância não pode ser afastado no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, cabendo uma avaliação específica sobre cada infração, a conduta e as circunstâncias do caso concreto.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR QUANDO NÃO HÁ LEI ESPECÍFICA

A Constituição de 1988 assegurou às pessoas um conjunto de princípios que garantem a contenção do poder punitivo estatal, independentemente de ser a sanção aplicada pelo Estado Administração (sanções administrativas) ou pelo Estado Juiz (sanções criminais). Assim, é “a partir

desse núcleo constitucional que o poder punitivo estatal – dotado de inequívoca unicidade – deve ser interpretado” (MOREIRA NETO, 2013, pp. 11/12).

Nossa Constituição, ao contrário da espanhola, não prevê expressamente o tratamento unificado do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, contudo, há princípios e regras constitucionais comuns às duas disciplinas, como é o caso do princípio da proporcionalidade.

As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico “senão idêntico, ao menos semelhante”, sendo os princípios fundamentais de Direito Penal muitas vezes aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo (JUSTEN FILHO, 2012, p.571).

Neste sentido, pela própria relação com o princípio da proporcionalidade, o princípio da insignificância repercute no Direito Administrativo Sancionador, embora não do mesmo modo.

Em nosso ordenamento jurídico, o Direito Penal contribui para “a construção de um regime moldado para o direito administrativo sancionador. Mas as bases de justificação do exercício do poder (...) são distintas” (VORONOFF, 2018, p. 119).

Como observado em relação ao Direito Penal, a tipicidade formal, que é composta da conduta, do resultado naturalístico, do nexos de causalidade e da adequação do fato à letra da lei, não esgota toda a globalidade da tipicidade penal, pois, para tanto, é necessária a dimensão material, que compreende a desaprovação da conduta e do seu resultado jurídico (GOMES, 2013, p. 74).

Também no Direito Administrativo Sancionador, a descrição legal da conduta não é suficiente para atestar a existência da infração administrativa.

Como observado anteriormente, o Direito Administrativo Sancionador não tem caráter subsidiário. Desse modo, os parâmetros estabelecidos pelo STF para que não se considere crime a conduta insignificante não podem ser aplicados para o fim de afastar a caracterização da infração administrativa de modo imediato e irrefletido.

A conduta insignificante para o Direito Penal não o é necessariamente para o Direito Administrativo Sancionador e também os parâmetros para a identificação da conduta insignificante não tem o mesmo significado nas duas disciplinas.

O Direito Administrativo Sancionador, segundo Jesús-María Silva Sánchez, não precisa, para aplicar a pena, que a conduta seja, em si mesma, relevantemente perturbadora de um bem jurídico. O que é necessário é que o tipo de conduta realizada represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo administrativo de gestão ou para a boa ordem do setor de atividade determinado. O Direito Administrativo Sancionador é essencialmente um direito do dano acumulativo ou derivado da repetição, que afasta a valoração da conduta específica, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global daqueles tipos de condutas consideradas lícitas (2001, pp. 126/127).

Estamos de acordo com o jurista espanhol no sentido de que as finalidades do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador são distintas. Em suma, o Direito Penal ocupa-se da reação estatal às condutas que afetam bens jurídicos relevantes para a sociedade e que não podem ser suficientemente reprimidas por outros instrumentos do ordenamento jurídico, com maior atenção ao caso concreto e à pessoa do infrator. Já o Direito Administrativo Sancionador busca reforçar por meio

das sanções um determinado modelo de gestão administrativa ordinária e, assim, seu interesse maior consiste na integralidade do modelo, no setor como um todo e, por isso, tipifica infrações e sanciona a partir de perspectivas gerais (SÁNCHEZ, 2001, p. 125).

Entretanto, ainda assim, condutas que em si mesmas não representam efetivamente um risco ao bem público que se visa tutelar, mesmo que somadas e repedidas, aumentadas estatisticamente, portanto, não seriam capazes de causar, na enorme maioria dos casos, um efetivo prejuízo ao setor ou ao interesse público em termos mais genéricos.

Sendo assim, uma conduta descrita como infração administrativa que, realizada concretamente, não revele qualquer significância seria capaz de justificar a imposição da pena cominada abstratamente? Parece-nos que não, pois não haveria justificativa para a restrição do direito de uma pessoa física ou jurídica com a imposição da sanção neste contexto.

O fato de afastar-se a punição nesta situação pode até representar, em tese, um perigo de que todos os agentes passem agir daquela forma e, isto, também em tese, representar eventualmente um aumento na prática da conduta classificada como infração. Porém, ainda assim, é preciso, para justificar no caso concreto uma punição, a qual atingirá diretamente o realizador de uma conduta insignificante, que haja elementos minimamente críveis no sentido de que, deixar de penalizar tal conduta afetaria negativamente o comportamento dos demais aos quais se dirige a norma administrativa.

Ademais, não se pode desconsiderar o efeito nocivo que causa àquele que realizou uma conduta insignificante, muitas vezes por um problema temporário de organização e sem a intenção ou violação de dever legal relevante, uma pesada e desproporcional repreensão por meio da imposição da pena.

Sob a perspectiva de uma Administração voltada ao atendimento das finalidades públicas, não ao mero cumprimento formal dos meios burocráticos, é pertinente que se analisem as circunstâncias concretas da infração administrativa para que se possa verificar a pertinência da penalização.

Diante dos diversos fatores ligados à natureza do fato, às condições pessoais do agente, antecedentes, particularidades do evento ilícito e, inclusive, “de juízos de oportunidade e conveniência conectados à relação custo-benefício do processo punitivo” (OSÓRIO, 2015, p. 214) que estão relacionados ao mencionado princípio da proporcionalidade, o agente público poderá dispor de elementos suficientes para concluir que a conduta praticada, embora prevista como infração, não é significativa como tal e, portanto, que a repreensão não se justifica.

Com base nessas considerações, ao analisar os quatro elementos do princípio da insignificância penal estabelecidos pelo STF em relação ao Direito Administrativo Sancionador, observamos:

1) Mínima ofensividade da conduta do agente

A conduta proibida descrita como infração administrativa tem como suporte um juízo abstrato, que indica padrões de conduta. No entanto, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real, a depender das particularidades do caso concreto, pode revelar que a conduta não foi capaz de ofender, de fato, o bem juridicamente protegido (OSÓRIO, 2015, p. 216).

Se não há ofensa, não há o que responder com a punição administrativa.

2) Nenhuma periculosidade social da ação

Em âmbito administrativo, a periculosidade da ação deve ser avaliada sob uma perspectiva mais ampla do que no Direito Penal.

Por ser o Direito Administrativo Sancionador um direcionador de comportamentos para promover determinada ordem setorial, é preciso avaliar se a conduta em si não gerou perigo em relação a esta ordenação, a análise é macroeconômica, macrossocial do perigo (SÁNCHEZ, 2001, p. 126).

Exemplificando, a ação (ou omissão) que configura uma determinada infração administrativa de regulação econômica pode representar vantagens concorrenciais indevidas por redução de custos e a isto deve haver a reação por parte da administração pública competente, pois afeta a regularidade da atuação do mercado regulado.

3) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

Em relação ao reduzidíssimo grau de reprovabilidade, que se refere a elementos como a intenção do agente (dolo), à violação de dever de cuidado (culpa) e ao grau de culpabilidade identificado na conduta, já de início, é preciso considerar que análise desses conteúdos é diversa no Direito Administrativo Sancionador.

Isto porque, comumente as previsões legais sobre infração administrativa não contemplam os elementos subjetivos dolo ou culpa para fins de responsabilização do infrator que, muitas vezes, é uma pessoa jurídica, o que torna inviável investigar, como ocorre no Direito Penal, o estado mental do agente no momento da infração (VORONOFF, 2018, p. 101).

No plano do Direito Administrativo Sancionador, a identificação da culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, pois decorrente do devido processo legal, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Quanto às pessoas jurídicas, a reprovabilidade do comportamento está relacionada à possibilidade de evitar o fato e ao cumprimento dos seus deveres objetivos de cuidado que se apresentam encadeados na relação causal (OSÓRIO, 2015, p. 401).

Assim, o fato de não ter havido intenção (dolo) ou culpa grave é insuficiente para que a conduta que se enquadra na previsão normativa de infração administrativa seja considerada insignificante.

4) Inexpressividade da lesão jurídica provocada

O fato de a conduta não ser capaz de representar qualquer lesão ao bem jurídico tutelado pela norma administrativa é um aspecto que merece atenção, tanto que, como acima mencionado, é este o elemento considerado pela Lei nº 13.506/2017 para evitar o prosseguimento do processo administrativo sancionador no âmbito do BACEN e da CVM.

Cabe ao agente público avaliar o caso concreto para além do enquadramento formal na descrição típica da infração administrativa, pois, materialmente, pode não corresponder à lesão aos valores e princípios da Administração Pública e, mediante a devida fundamentação, não haver justificativa para a aplicação da pena.

Poder-se-ia alegar que a posição acima estaria em desacordo com o princípio da legalidade administrativa, afinal, mediante uma visão restrita deste, seria necessária uma disposição específica para o afastamento da aplicação da pena ou processo administrativo.

Entretanto, tal como mencionado anteriormente, o importante é que haja uma lei como base para a ação administrativa e, neste sentido, o já referido artigo 20 da LINDB, que contempla expressamente a possibilidade de decisão com base em valores jurídicos abstratos, desde que atendidos os teses de adequação e necessidade e avaliadas as consequências do caso concreto, acompanhada da devida motivação do ato no caso concreto, atende a exigência da legalidade.

Ademais, o mero atendimento da literalidade da lei sem a assunção das responsabilidades que lhe são inerentes por parte do seu aplicador pode frustrar seu objetivo, sendo certo que o princípio da separação dos poderes exige um mínimo de autonomia e independência também no exercício das funções administrativa e judicial (ÁVILA, 2016, p. 213).

Alguns afirmam que é possível que normas que tipificam infrações administrativas e cominam sanções punitivas sejam veiculadas em regulamentos administrativos, desde que haja parâmetros mínimos de organização institucional e procedimental previstos em lei (BINENBOJM, 2016, p. 165).

Se assim é para a previsão de sanções, não há motivo para que se afaste o mesmo entendimento no que se refere a infrações que sejam ínfimas e não justifiquem a mobilização do aparato administrativo para sua repressão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proporcionalidade decorre da Constituição de 1988 e tem aplicação no âmbito do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

O enquadramento de determinada conduta na previsão legal de infração administrativa e a aplicação da respectiva pena dependem, portanto, do exame da proporcionalidade, mediante os testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, da avaliação se os benefícios da adoção do ato superam os efeitos negativos dele decorrentes no caso concreto.

O princípio da insignificância do Direito Penal está inegavelmente relacionado ao da proporcionalidade e também se aplica ao Direito Administrativo Sancionador, pois, embora formalmente uma conduta enquadre-se em uma hipótese legal de infração administrativa passível de sanção (assim como ocorre no tipo penal), é possível que a situação concreta revele que não comporta relevância suficiente para prejudicar a ordem administrativa e o bem jurídico por ela tutelado.

Os critérios indicados pelo STF para a aplicação do princípio da insignificância penal não são aplicados do mesmo modo ao Direito Administrativo Sancionador. Neste âmbito, a aplicação do princípio é mais restrita, pois não há a subsidiariedade do Direito Penal e, ainda, os critérios de ofensividade e lesão ao bem jurídico, periculosidade e reprovabilidade da conduta tem perspectiva diversa e precisam ser avaliados em conformidade com o contexto específico.

Não havendo previsão legal expressa de aplicação do princípio da insignificância, como é o caso do processo administrativo sancionador do BACEN e da CVM, o esforço argumentativo do agente público ao deixar de aplicar uma pena ou mesmo de instaurar um processo administrativo com base neste princípio da insignificância é maior, mas, ainda assim, está amparado pela legalidade, desde que relacionado aos testes da proporcionalidade e ao disposto no artigo 20 da LINDB.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã de 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal. In: Estudos de direito público – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDES, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Tradução de José Alberto Froes Cal da 13ª ed. Espanhola de 2013.

FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARRARA, Thiago. Método comparatístico e Direito Administrativo. In: Revista Jurídica UNIGRAN. Vol. 16, n. 32, 2014.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, ano I, vol. I, nº 5, 2001.

MOREIRA, Egon Bockman. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros: 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador in Revista brasileira de Direito Público – RDBP. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, pp 9-28, out/dez 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Luís Greco da 3ª ed. alemã de 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La Expansión del Derecho Penal. 2ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens in Teoria dos Direitos Fundamentais. Org.: Ricardo Lobo Torres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.

VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil – Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.