

REVISTA 01

AJUFESP

O Poder Judiciário na Pandemia



PODER JUDICIÁRIO E O
 DESVIO DE RECURSOS
 PÚBLICOS DESTINADOS
 AO COMBATE À
 PANDEMIA DE
 COVID-19 NO ÂMBITO
 MUNICIPAL: CRIMES,
 ATOS DE IMPROBIDADE
 ADMINISTRATIVA,
 COMPETÊNCIA E
 SANÇÕES APLICÁVEIS

MARCELO CHELI

PROCURADOR MUNICIPAL E ADVOGADO,
 PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO
 FINANCEIRO E PATRIMÔNIO PÚBLICO DA OAB/SP
 (SUBSEÇÃO DE SUMARÉ/SP),
 PESQUISADOR DO GRUPO DE ESTUDOS
 ORÇAMENTOS PÚBLICOS: PLANEJAMENTO,
 GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DA UNIVERSIDADE
 DE SÃO PAULO (LARGO SÃO FRANCISCO),
 MESTRANDO EM DIREITO FINANCEIRO
 E ECONÔMICO PELA FACULDADE DE
 DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
 (LARGO SÃO FRANCISCO),
 PÓS GRADUADO EM DIREITO E ECONOMIA PELO
 INSTITUTO DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE
 ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP) E
 PÓS GRADUANDO EM DIREITO TRIBUTÁRIO
 E ADUANEIRO PELA PUC MINAS GERAIS.

+ R E S U M O +

Este artigo pretende analisar a aplicação de sanções pelo Poder Judiciário decorrentes de desvio de recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde que deveriam ser aplicados no combate à pandemia de COVID-19. O momento que atravessamos é sombrio, pois a doença já tirou a vida de centenas de milhares de brasileiros e nunca se dependeu tanto do nosso sistema único de saúde que precisa de todos os recursos financeiros possíveis para salvar a vida de brasileiros que são internados acometidos por complicações decorrentes da COVID. Todavia, alguns agentes públicos gananciosos que aproveitam o momento para se locupletar às custas do erário o que merece uma resposta das autoridades e, especialmente, do Poder Judiciário que aplicará sanções aos agentes públicos desonestos.

PALAVRAS-CHAVE

COVID-19. Pandemia. Desvio de recursos públicos. Aplicações de sanções. Poder Judiciário.



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AOS MUNICÍPIOS E ENQUADRAMENTOS LEGAIS

2.1 Atos de improbidade administrativa

2.2 Infração penal (crime)

3. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS PELO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

3.1 Aspectos gerais

3.2 Competência da justiça estadual

3.2.1 *Ações propostas perante a justiça estadual, desvio de recursos públicos e atos de improbidade administrativa*

3.2.2 *Ações penais*

3.3 Competência da justiça federal na Constituição Federal

3.3.1 *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a competência da justiça federal para processar e julgar prefeitos e outros agentes públicos municipais por desvio de recursos públicos (crimes e atos de improbidade administrativa)*

4. SANÇÕES APLICÁVEIS

4.1 Sanções por ato de improbidade administrativa

4.1.1 *Da (im)possibilidade da celebração de acordos de não persecução civil com agentes públicos municipais que desviem recursos públicos destinados às ações e serviços de saúde para combate à pandemia de COVID-19*

4.1.2 *Da dosimetria da sanção: o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 como circunstância relevante para agravamento da sanção imposta*

4.2 **Das sanções penais e da sua dosimetria no contexto da pandemia de COVID-19**

5. CONCLUSÃO



1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a sociedade brasileira enfrenta um dos maiores (senão o maior) desafio de sua história, qual seja: a pandemia de coronavírus (COVID-19) responsável pela morte de muitas pessoas no Brasil. Neste cenário macabro, nossa Constituição cidadã assegura a todos o direito à saúde e, de forma concomitante, impõe ao Estado o dever de realizar ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A urgência na instalação de hospitais de campanha, abertura de leitos de UTIs, compra de medicamentos, insumos para vacinas, entre outros, exige do Poder Público um enorme emprego de recursos públicos nas ações e serviços de saúde destinados ao combate à pandemia, seja por meio de recursos próprios do orçamento dos entes federados, seja por meio de recursos que são transferidos da União para os Estados e destes para os Municípios. Neste contexto alguns agentes públicos aproveitam-se da ocasião para desviar recursos públicos destinados à pandemia, conduta abjeta que impede que parte significativa dos recursos cheguem aos hospitais e, “lá na ponta”, atendam pessoas que dependem do SUS para sobreviver.

Para inibir tais condutas, o Poder Judiciário tem relevante papel a cumprir, porquanto, será acionado para aplicação de sanções contra agentes públicos envolvidos com desvio de recursos públicos que deveriam ser aplicados no sistema de saúde. O objetivo do artigo é trazer à tona quais são os enquadramentos legais àqueles agentes públicos municipais que desviam recursos públicos destinados ao enfrentamento à COVID-19, quais os órgãos competentes (justiça estadual ou federal) para processar e julgar eventuais processos de responsabilização e, finalmente, quais as sanções aplicáveis e os principais requisitos para sua regular imposição.

Nesse cenário, o Poder Judiciário poderá, por meio do exercício de suas competências outorgadas pela Constituição Federal, contribuir de forma relevante no combate à pandemia, inclusive punindo adequadamente agentes públicos municipais que, imbuídos de espírito nada republicano, desviam recursos públicos destinado à saúde. A aplicação das sanções, todavia, deve observar estritamente o ordenamento jurídico vigente, inclusive para se evitar nulidades que poderão gerar à impunidade.

2. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AOS MUNICÍPIOS: ENQUADRAMENTOS LEGAIS

Os Municípios são entes federados autônomos e é certo que um dos aspectos mais relevantes da autonomia destes entes federados diz respeito à forma como obterão recursos para financiar os serviços que são oferecidos à população local. A autonomia financeira é tão relevante que José Maurício Conti afirma que: “Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação.”¹

¹ CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e fundos de participação**. – São Paulo : Editora Juarez Oliveira, 2011, p. 14.



A principal fonte de receita do Município, e que garante sua autonomia financeira, é obtida por meio do pagamento de impostos, cuja Constituição outorga aos Municípios sua instituição (IPTU, ITBI e ISS), além de outras rendas obtidas por meio de transferências intergovernamentais (transferências obrigatórias e voluntárias), *v.g.*, transferências constitucionais de receita (diretas ou via fundo de participação).

Todavia, os recursos públicos nem sempre são destinados aos seus devidos fins, mas desviados por intermédio de atos de corrupção para incorporarem o patrimônio particular dos agentes públicos. O desvio de recursos públicos inviabiliza a execução material plena dos direitos fundamentais, portanto, podemos afirmar, amparados em autorizada doutrina², que a corrupção agride os direitos humanos, porquanto, impede o adequado financiamento de serviços públicos relativos à saúde, à educação, à segurança pública, à assistência social entre outros direitos fundamentais.

O desvio de recursos públicos por prepostos estatais destinados aos Municípios ou por eles empregados no combate à pandemia de coronavírus pode dar ensejo à severas sanções administrativas (atos de improbidade administrativa) e penais (infrações penais).

2.1 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal impõe à Administração Pública o dever de observar o princípio da moralidade, isto é, a conduta dos agentes públicos, que são prepostos do Estado, deve pautar-se sempre pela ética e retidão na busca pelo interesse público e social.

José dos Santos Carvalho Filho, acerca do princípio da moralidade, ensina que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se³.

Toda atuação da Administração Pública, de todos os Poderes constituídos e esferas federativas, deve estar alinhada à moralidade, destarte, condutas que não obedeçam aos cânones éticos, à honestidade e ao dever de atuar com justiça são inconstitucionais e não podem ser toleradas pelos órgãos de controle, especialmente pelo Poder Judiciário que poderá (deverá) anular atos contrários ao princípio constitucional.

Alguns atos praticados por agentes públicos que não se harmonizam com o princípio da moralidade, em especial aqueles dotados de especial gravidade, podem caracterizar atos de improbidade

² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 409.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 28. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Atlas, 2015, p. 22.



administrativa e dar ensejo às graves sanções previstas na lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (lei de improbidade administrativa). Todavia, Matheus Carvalho⁴ alerta que:

(...) a noção de improbidade não se confunde com a de imoralidade, sendo esta uma espécie daquela. O agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade, contudo, nem todo ato de improbidade tipificado em lei corresponde a violação ao princípio da moralidade.

Por intermédio dos escólios de Matheus Carvalho, podemos concluir que os atos de improbidade administrativa tipificados na lei nem sempre correspondem à violação do princípio da moralidade, porquanto o conceito de improbidade é mais amplo e abrange o conceito de imoralidade.

Os atos de improbidade administrativa previstos na lei 8.429/1992 são de 04 (quatro) espécies, a saber: i) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; iii) atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e iv) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

São pertinentes ao estudo do tema proposto somente os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e que causam prejuízo ao erário, porquanto eventual desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia caracteriza situação de fato que pode subsumir-se aos tipos descritos nos arts. 9º e 10, da lei nº 8.429.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito são os mais graves. Acerca da gravidade dos referidos atos ímprobos, Marino Pazzaglini Filho⁵ é categórico:

Trata-se da modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral, ocupando o mais alto grau da escala da reprovabilidade.

(...)

Configura-se esse tipo de improbidade administrativa quando o agente público (político, autônomo, servidor público ou particular em colaboração com o Poder Público) auferir dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública (direta ou indireta, incluindo a fundacional) dos entes da Federação e dos poderes do Estado, inclusive em empresas incorporadas ao patrimônio público, em entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. E, também, em entidades privadas de interesse público que recebem ou manejam verbas públicas.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito consistem, portanto, nas condutas de agentes públicos que auferem, por exemplo, vantagem patrimonial indevida no desempenho ou em razão do exercício de suas funções.

⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador : JusPODIVM, 2019, p. 986.

⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada : aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. - 7. ed. - São Paulo : Atlas, 2018, p. 53 [livro eletrônico].



Por sua vez, acerca dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁶ ensinam que:

Os atos de improbidade, que causam prejuízos ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/1992, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que *acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens* ou *haveres* da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1.º da Lei de Improbidade Administrativa. (grifei)

Os atos de improbidade administrativa que acarretam prejuízo ao erário diferem dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, porquanto, naqueles atos, conforme podemos haurir da leitura do art. 10, *caput*, da lei de improbidade administrativa, o agente público não se locupleta do patrimônio público, mas causa-lhe dano, por intermédio de uma conduta dolosa ou culposa. Destarte, o agente público que, *v.g.*, facilitar, permitir ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de verbas destinadas ao combate à pandemia de coronavírus, responderá pela prática de ato de improbidade administrativa que acarreta prejuízo ao erário.

O desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia caracteriza, conforme defendido, atos de improbidade administrativa, mas pode acarretar outros tipos de ilícitos, como por exemplo infrações penais (crimes), cuja sanção (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa) será aplicável também pelo Poder Judiciário.

2.2 INFRAÇÃO PENAL (CRIME)

A lei de introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.914/1914, art. 1º) define o conceito de crime: “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.”

Cezar Roberto Bitencourt⁷ critica a definição legal de crime prevista no referido Decreto-lei:

Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável.

Este artigo adere à crítica feita pelo autor, porquanto, o conceito legal de crime não descreve os elementos necessários para sua definição, já que se limita apenas à distinção acerca da pena privativa de liberdade e suas espécies (reclusão e detenção), portanto, insuficiente para compreensão do conceito de crime.

A doutrina majoritária utiliza o conceito analítico de crime, logo, crime é todo fato típico, anti-jurídico e culpável⁸. Acerca desses 03 (três) elementos, disserta Hans Welzel⁹:

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende de. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 124 [livro eletrônico].

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral, 1.** – 17. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 271.

⁸ PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. – Rio de Janeiro : Elsevier, 2009, p. 13.

⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bastos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile : Jurídica de Chile, 1987, p. 57.



A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Indo a frente, eventuais condutas de funcionários públicos¹⁰ que utilizam das prerrogativas de seus cargos, empregos ou funções para desviar recursos públicos podem caracterizar crime de peculato, conforme prevê o Código Penal¹¹.

O crime de peculato de verbas públicas destinados ao combate à pandemia pode ocorrer em 04 (quatro) modalidades distintas, a saber: i) peculato-apropriação; ii) peculato-desvio; iii) peculato furto; iv) peculato-culposo.

O Tribunal Regional Federal¹² da Primeira Região, em acórdão bastante didático, aborda as 04 (quatro) modalidades de peculato:

O delito do artigo 312, do Código Penal, inserido no capítulo I, correspondente aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, prevê quatro modalidades do delito de peculato, a saber: a) peculato-apropriação (primeira parte do caput do art. 312); b) peculato-desvio (segunda parte do caput do art. 312); c) peculato-furto (§ 1º, e d) peculato culposo (§ 2º). 2. Tratando das duas primeiras modalidades de peculato previstas no caput, do art. 312, do Código Penal, assevera que (...) a conduta núcleo, portanto, constante da primeira parte do art. 312, do Código Penal, é o verbo apropriar, que deve ser entendido no sentido de tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se indevidamente de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou a detenção em razão do cargo. Aqui, o agente inverte o título da posse, agindo como se fosse dono, vale dizer, com o chamado *animus rem sibi habendi*. (...) a segunda parte do art. 312, do Código Penal, prevê o peculato-desvio. Aqui, o agente não atua no sentido de inverter a posse da coisa, agindo como se fosse dono, mas sim desvia o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, em proveito próprio ou alheio. No peculato-desvio, exige-se que o servidor público se aproprie de dinheiro do qual tenha posse direta ou indireta, ainda que mediante mera disponibilidade jurídica.

A prática de peculato, em quaisquer de suas modalidades (mormente as dolosas), no atual cenário de calamidade pública decorrente da pandemia, tem causado indignação na população,

¹⁰ O conceito de funcionário público, para fins penais, está previsto no art. 327, *caput* e § 1º, do Código Penal: “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.”

¹¹ “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.”

¹² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **APR: 00013880820134013818 0001388-08.2013.4.01.3818**, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 09/10/2017.



inclusive, tramita no Senado da República, projeto de lei (projeto de lei nº 4499/2020) de autoria do Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), que pretende incluir o crime de peculato no rol de crimes hediondos quando ocorrer apropriação ou desvio de recursos públicos destinados à efetivação dos direitos previstos no art. 6º, da Constituição Federal, dos quais encontra-se o direito à saúde.

Outro projeto (projeto de lei nº 1485/2020) de autoria da Deputada Federal Adriana Ventura (NOVO/SP) pode dobrar a pena do crime de peculato, entre outros crimes contra a Administração Pública.

As intenções do Poder Legislativo são boas, todavia, recrudescer a progressão de regime e aumentar a pena do crime de peculato não resolverá o problema do desvio de recursos públicos caso a medida não venha acompanhada de outras que aumentem a probabilidade de aplicação da pena privativa de liberdade descrita abstratamente.

2.2.1 Princípio da especialidade: aplicação do decreto-lei nº 201/1967 prevalece sobre as sanções penais descritas no Código Penal

O decreto-lei nº 201/1967 dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e vereadores, trata-se de lei especial cuja aplicação deve prevalecer acerca das disposições gerais previstas no Código Penal desde que o sujeito ativo dos delitos praticados seja Prefeito municipal, conforme recomenda o princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

O art. 1º, *caput*, não obstante a previsão expressa de que “são crimes de responsabilidade” dos Prefeitos municipais, trata, na verdade, de crimes comuns, não de crimes de responsabilidade, porquanto as penas impostas para as condutas descritas nos 23 (vinte e três) incisos que compõem o art. 1º são de detenção ou reclusão, portanto, penas privativas de liberdade. Não se trata, portanto, de sanções políticas (cassação de mandato ou suspensão dos direitos políticos), mas sanções de natureza penal (penas privativas de liberdade e restritiva de direitos, pois não vemos nenhuma razão para vedação, desde que preenchidos os requisitos do Código Penal, da conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos).

José Paulo Baltazar Júnior corrobora a afirmação:

Embora sejam conhecidos, impropriamente, como *crimes de responsabilidade*, os crimes do art. 1º do DL 201/67 são *crimes comuns*, ou seja, infrações de natureza penal, julgadas pelo Poder Judiciário, independentemente de manifestação da Câmara dos Vereadores e puníveis com reclusão ou detenção. Não devem ser confundidos, assim, com os crimes de responsabilidade em sentido estrito, objeto do art. 4º do DL 201/67 e do § 2º do art. 29 da CF, que têm natureza política, ou seja, de infrações político-administrativas, e não criminais, julgados pelo Poder Legislativo Municipal, puníveis com a perda do mandato ou *impeachment*¹³.

O Prefeito que apropriar-se, utilizar ou desviar recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde para enfrentamento da pandemia de coronavírus não responderá, destarte, por peculato (CP, art. 312), em razão do princípio da especialidade, mas por crimes semelhantes que estão descritos nos incisos I a III, do artigo 1º, do decreto-lei nº 201.

¹³ BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes federais**. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 514.



Há, ainda, como efeito extrapenal da condenação transitada em julgado (art. 1º, § 2º), a decretação da perda do cargo e a inabilitação do infrator, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público. O Superior Tribunal de Justiça¹⁴ já decidiu que a inabilitação não é limitada apenas aos Prefeitos, mas aos coautores ou partícipes.

É inevitável concluir que, diante da aplicação do princípio da especialidade, os Prefeitos municipais responderão, por desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia, nos termos do decreto-lei nº 201/1967.

3. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS PELO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

3.1 ASPECTOS GERAIS

Como são inúmeros os processos que podem ser instaurados em decorrência dos conflitos de interesse que surgem em um país e múltiplos também os órgãos jurisdicionais, é facilmente compreensível a necessidade de distribuir esses processos entre esses órgãos. A jurisdição como expressão do poder estatal é uma só (princípio da unidade da jurisdição): cada juiz, cada Pretório, é plenamente investido dela. Mas, o exercício da jurisdição é distribuído, pela Constituição e pelas Leis, entre os vários órgãos que compõem o Poder Judiciário; cada qual então a exercerá dentro de determinados limites (ou seja, com referência a determinado grupo de litígios)¹⁵.

Aury Lopes Júnior¹⁶ ensina que:

A competência é um conjunto de regras que asseguram a eficácia da garantia da jurisdição e, especialmente, do juiz natural. Delimitando a jurisdição, condiciona seu exercício. Como regra, um juiz ou tribunal somente pode julgar um caso penal quando for competente em razão da matéria, pessoa e lugar.

Ao partir das premissas indicadas pelo professor Aury Lopes Júnior podemos chegar à conclusão de que a competência é formada por parcelas de jurisdição que são atribuídas a cada órgão do Poder Judiciário cujo escopo é viabilizar seu exercício (da jurisdição). Todo órgão do Poder Judiciário (exceto o CNJ) exerce jurisdição, porém, não é todo o órgão do Poder Judiciário que é competente para apreciar toda e qualquer lide, independentemente de sua natureza.

Tradicionalmente a competência divide-se em relativa (em razão do lugar) e absoluta (em razão da matéria ou em razão da pessoa). O presente artigo apreciará, tão somente, a competência dos órgãos do Poder Judiciário para processar e julgar litígios baseados na lei de improbidade administrativa (ações civis de improbidade administrativa) e lides penais (denúncias pela prática de crimes comuns) ambos praticados por agentes públicos municipais por eventuais desvios de recursos públicos destinados ao combate à pandemia.

¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 905326 SC 2006/0255341-3**. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007, p. 714.

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. – 27. ed. Malheiros Editores : São Paulo, 2011, p. 251.

¹⁶ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 262.



3.2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

A competência da Justiça estadual é residual, ou seja, ressalvadas as competências da Justiça federal, da Justiça do trabalho, da Justiça militar e da Justiça eleitoral, todas as demais lides serão processadas e julgadas pela Justiça estadual.

A Constituição da República prevê que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios nela previstos, cuja competência dos Tribunais será definida na Constituição do respectivo Estado membro (CF, art. 125, *caput*, § 1º).

No âmbito da competência estadual serão analisadas a competência civil (pela prática de ato de improbidade administrativa) e penal.

3.2.1 Ações propostas perante a justiça estadual, desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia nos Municípios e atos de improbidade administrativa

No item acima foi dito que a competência da Justiça estadual é residual, porquanto é preciso aferir, de proêmio, a competência das outras Justiças (especializadas) e, caso não sejam competentes para processar e julgar a demanda a competência será da Justiça estadual.

Nos processos cujo objeto é a condenação de agentes públicos municipais, em litisconsórcio ou não com particulares¹⁷, pela prática de atos de improbidade administrativa caracterizados pelo desvio de recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde para enfrentamento da pandemia de COVID-19¹⁸, a fixação da competência da Justiça estadual será fixada residualmente, porquanto, desde que não haja interesse direto da União, das suas entidades autárquicas (inclusive fundações de direito público) ou empresas públicas federais, nos termos do art. 109, da Constituição.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em regra, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar agente público acusado de desvio de verba recebida em razão de convênio firmado com ente federal, desde que ausente interesse direto da União¹⁹. Ademais, já é pacífico no âmbito do Tribunal que compete à justiça estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal²⁰.

Outra questão polêmica e pertinente ao tema é se autoridades que têm foro por prerrogativa de função em matéria penal também o têm em matéria de improbidade administrativa. Por exemplo, Prefeito de determinado Município desvia verbas que deveriam ser destinadas ao combate à pandemia de coronavírus, além de crime (cuja competência para processo e julgamento é do respectivo Tribunal de segundo grau), o Prefeito também poderá ser processado pela prática de ato de improbidade administrativa, nesse processo de improbidade administrativa, o referido agente público teria foro por prerrogativa de função?

Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, em artigo publicado em julho de 1998 na revista do Senado, lecionam que:

¹⁷ Os particulares não podem ocupar isoladamente o polo passivo de um processo de improbidade administrativa. Nesse caso deverá ser formado litisconsórcio passivo.

¹⁸ Vide item 2.1.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC: 133619 PA 2014/0099422-0**. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 09/05/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/05/2018.

²⁰ STJ, Súmula nº 209: Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.



Cuida-se de indagar se os juízes de primeiro grau seriam competentes para processar e julgar ação de improbidade movida contra autoridades que gozam de prerrogativa de foro em processos criminais. A simples análise das consequências jurídicas de semelhante ação já deveria ser suficiente para provocar uma reflexão atenta sobre a questão, em um sistema constitucional que assegura aos Ministros de Estado, membros de Tribunais Superiores e ao Tribunal de Contas da União foro especial perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 102, I, c, da Constituição vigente).²¹

O entendimento sufragado pelos autores não foi acolhido pelos Tribunais de superposição, porquanto o Supremo Tribunal Federal²² e o Superior Tribunal de Justiça²³ têm jurisprudência pacificada no sentido de que o foro por prerrogativa de função em matéria penal não é extensível às ações de improbidade administrativa.

O papel da justiça estadual no processo, julgamento e, no caso de condenação, aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa por desvio de recursos públicos destinados à pandemia no âmbito municipal é sobremaneira relevante, porquanto, a competência da justiça federal somente será fixada na hipótese de interesse direto da União, nos termos do art. 109, I, da Constituição, logo, a maioria dos casos de corrupção e desvio de recursos públicos serão apurados no âmbito da justiça comum estadual.

3.2.2 Ações penais

O desvio de recursos públicos destinados à saúde caracteriza, conforme já analisado²⁴, crime de peculato, cuja competência para processo e julgamento será, em regra, da justiça estadual.

Já foi dito que a competência da justiça estadual é residual²⁵. Não há qualquer distinção no caso de competência criminal da justiça estadual, reforçam essa afirmação os escólios de Renato Brasileiro de Lima:

A competência da justiça estadual é residual ou subsidiária, ou seja, as infrações penais que não pertençam à esfera de competência da justiça militar (da União ou dos Estados), da justiça eleitoral, ou da justiça federal, deverão ser processadas e julgadas perante a justiça estadual.²⁶

Portanto, nas hipóteses em que o desvio de receitas públicas destinadas à saúde para combater à pandemia de COVID-19 caracterize crime de peculato (CP, art. 312) ou conduta semelhante praticada por Prefeito (Decreto-lei n° 201, art. 1° I e II), o Poder Judiciário estadual processará e julgará a lide penal e aplicará, em caso de condenação, uma das penas previstas no Código Penal ou no Decreto-lei n° 201.

²¹ WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15/03/2021.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AgR Pet: 3240 DF - DISTRITO FEDERAL 0004163-95.2004.1.00.0000**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/05/2018, Tribunal Pleno.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1484666 RJ 2014/0196292-4**. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/10/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2015.

²⁴ Item 2.2 supra.

²⁵ Item 3.2 supra.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 6. ed. rev., e ampl. e atual. – Salvador : Ed. Juspodivm, 2018, p. 490.



3.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A competência da Justiça federal é determinada pela Constituição. O art. 108 disciplina a competência originária e recursal dos Tribunais Regionais Federais e o art. 109 prevê a competência dos juízes federais de primeiro grau. Trata-se de competência absoluta, porquanto é fixada, em regra, em razão da matéria, igualmente, a competência da justiça federal pode ser definida em razão do critério funcional, conforme defendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a competência é dividida em competência originária (CF, art. 108, I) e recursal (CF, art. 108, II) e será fixada, no primeiro caso, em razão da pessoa (competência funcional, portanto). Por sua vez, a competência dos juízes federais (CF, art. 109) será fixada em razão da matéria e em razão da pessoa.

Desvio de recursos públicos destinados à pandemia pode, conforme já analisado, caracterizar ato de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário) e infração penal (crime de peculato), portanto, a depender do objeto da demanda, a competência será cível ou criminal, e será fixada conforme um dos critérios supracitados (matéria ou função exercida pelo agente público).

A definição da competência da Justiça federal é sobretudo importante, porquanto, por se tratar de competência absoluta os processos que tramitarem perante juízes ou Tribunais estaduais contêm vício insanável por violarem o princípio do juiz natural.

3.3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a competência da Justiça federal para processar e julgar Prefeitos e outros agentes públicos municipais por desvio de recursos públicos (crimes e atos de improbidade administrativa)

Os Prefeitos serão processados e julgados, em matéria criminal, pelos Tribunais de Justiça, porquanto, possuem foro por prerrogativa de função, nos termos do art. 29, X, da Constituição da República. No entanto, em que pese o dispositivo constitucional fixar que a competência criminal será dos “Tribunais de Justiça” e, igualmente, o art. 108 da Constituição que dispõem sobre a competência originária dos Tribunais Regionais Federais nada prever a respeito, é pacífico o entendimento²⁸ de que compete aos Tribunais de segunda instância da Justiça federal processar e julgar originariamente os Prefeitos, desde que o crime praticado guarde relação com as competências criminais outorgadas pela Constituição Federal à Justiça federal.

Acerca do assunto, Flávio Eduardo Turessi²⁹ ensina que:

Respeitando-se a prerrogativa de foro constitucionalmente prevista pela Carta Política de 1988, o julgamento do Prefeito Municipal pelos crimes de responsabilidade propriamente ditos, vale dizer, pelos delitos comuns previstos no Decreto-lei nº 201/67 que contam com a previsão de penas privativas de liberdade para seus autores, e por quaisquer outras infrações penais previstas no Código Penal ou em leis penais extravagantes, ocorre diretamente perante o Tribunal

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 737.

²⁸ STF, Súmula nº 702: A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

²⁹ TURESSI, Flávio Eduardo (org.). **Foro por prerrogativa de função: uma análise crítica sobre a eleição de competência criminal originária para prefeitos municipais. Crimes praticados por prefeitos**. – São Paulo : LiberArs, 2017, p. 83.



competente em razão da matéria, seja ele Federal, Estadual, Eleitoral ou até mesmo o Militar, nos exatos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal, a competência imediatamente retomada pelo órgão jurisdicional de piso, sendo considerados válidos, no entanto, todos os atos processuais já realizados em sede de competência originária.

Caso o agente público municipal não tenha prerrogativa de foro, a competência da Justiça federal para processar e julgar demandas criminais envolvendo desvio de recursos públicos destinados à saúde será fixada, por exemplo, caso haja interesse direto da União, suas autarquias, fundações públicas e suas empresas públicas, como, *v.g.*, quando as verbas destinadas aos Municípios estiverem sujeitas à prestação de contas perante órgão federal³⁰.

No que tange as ações de improbidade administrativa a competência para processar e julgar os Prefeitos será do juiz federal (CF, art. 109), pois não há foro por prerrogativa de função em ações cíveis, e será definida por meio de critérios materiais, isto é, caso haja interesse direto da União, suas autarquias e fundações públicas e suas empresas públicas, como, *v.g.*, quando as verbas destinadas aos Municípios estiverem sujeitas à prestação de contas perante órgão federal³¹.

Em outra hipótese interessante, desta vez envolvendo a nomeação de secretário municipal de Saúde, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu a competência da Justiça federal para processar e julgar ação de improbidade administrativa, argumentando que a presença do Ministério Público Federal na polaridade ativa da lide, autoriza o reconhecimento da competência da Justiça federal para processar e julgar o processo:

A presença do Ministério Público Federal no polo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimidade ativa para a causa em questão. (...)

Com efeito, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, no qual tem a União posição central de coordenação e fiscalização, havendo evidente interesse no regular funcionamento do sistema, o que legitima a atuação do Ministério Público Federal na hipótese tratada nos presentes autos, em que se aponta a irregularidade na nomeação efetivada para o cargo de Secretário de Saúde de Município, responsável, de acordo com o artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.080/90, pela direção do Sistema Único de Saúde - SUS no âmbito municipal.³²

Conclui-se, portanto, que a Justiça federal (juízes de primeiro grau e Tribunais Regionais Federais) será competente para processar e julgar quaisquer processos em que Prefeitos ou quaisquer outros agentes públicos municipais sejam acusados por desviar, apropriar-se ou subtrair recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde para combater à pandemia de coronavírus, desde que reste evidenciado lesão direta ao interesse da União e sua respectiva administração indireta (exceto, sociedades de economia mista).

³⁰ STJ, Súmula nº 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

³¹ STJ, Súmula nº 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

³² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC:00001635120094025115 RJ0000163-51.2009.4.02.5115**. Relator: VIGDOR TEITEL, Data de Julgamento: 29/05/2018, VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 05/06/2018.



4. SANÇÕES APLICÁVEIS

4.1 SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O desvio, a apropriação ou a subtração de recursos públicos destinados ao combate à pandemia podem caracterizar atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário e, como consequência, serão aplicadas as sanções previstas em nosso ordenamento jurídico.

Nossa Constituição³³ estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (princípio da independência entre as instâncias penal e cível/administrativa).

O agente público municipal que, por ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito, incorporar ao seu patrimônio verbas destinadas ao combate à pandemia de COVID-19 estará sujeito às seguintes sanções: a) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; b) ressarcimento integral do dano (quando houver); c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de 08 (oito) a 10 (dez) anos; e) multa civil de até 03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial; f) proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 (dez) anos; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios pelo prazo de 10 (dez) anos.

Os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito são os mais graves, portanto, as sanções aplicáveis serão as mais severas.

Por sua vez, as sanções aplicáveis ao agente público municipal que praticar ato de improbidade administrativa que causar prejuízo ao erário serão mais tênues, porém ainda bastante graves, vejamos: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio se ocorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos; e) multa civil de até 02 (duas) vezes o valor do dano; f) proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo 05 (cinco) anos; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios pelo prazo de 10 (dez) anos.

Em caso de condenação, ao dosar a pena, o juiz deverá observar a extensão do dano causado e/ou o proveito patrimonial obtido, podendo, para tanto, aplicar 01 (uma) ou mais sanções cumulativamente, desde que a sanção imposta atenda ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nessa linha, Marino Pazzagliani Filho³⁴ nos ensina que:

A aplicação dessas penalidades, isolada ou cumulativa, subordina-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que são de observância obrigatória na individualização das medidas punitivas em geral, sendo pertinente adotar os mesmos parâmetros previstos para a fixação das sanções administrativas (art. 17).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser obrigatoriamente observados pelos magistrados durante a dosimetria das sanções, sob pena de reforma das sentenças prolatadas com adequação das sanções à extensão do dano causado e/ou ao proveito econômico obtido pelo agente público municipal.

³³ Art. 37, § 4º.

³⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op., cit., p. 27.



4.1.1 *Prefeitos e atos de improbidade administrativa: é possível a responsabilização de Prefeito pela prática de ato de improbidade administrativa em face da legislação específica (decreto-lei nº 201/1967)?*

Questão interessante diz respeito à possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos Prefeitos em face da existência de estatuto repressor específico (decreto-lei nº 201/1967).

Sobre a questão, a doutrina³⁵ aponta 03 (três) correntes de entendimento, a saber:

1ª A ação de improbidade administrativa prevista na lei nº 8.429/1992 é independente das ações que apuram crimes comuns e crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas), portanto, é admissível a concomitância das ações;

2ª Não é admissível ação de improbidade administrativa quando o sujeito passivo é agente político (é o caso dos Prefeitos que são agentes políticos);

3ª As sanções previstas em nosso ordenamento acerca da responsabilização político-administrativa de agentes políticos e a lei de improbidade administrativa convivem harmonicamente, entretanto, não é possível a imposição de uma sanção de natureza política (por exemplo, suspensão de direitos políticos ou perda do cargo) aos agentes políticos processados com fulcro na lei de improbidade administrativa.

A primeira corrente, ao menos aparentemente, coaduna-se com o art. 2º, da lei de improbidade administrativa, que define agente público 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, emprego ou função na Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que os Prefeitos estão sujeitos às sanções da lei de improbidade administrativa, sem prejuízo das sanções penais cabíveis:

Os agentes políticos municipais (aí incluídos os Prefeitos) submetem-se aos ditames da Lei 8.429/1992, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201/1967, em face da inexistência de incompatibilidade entre esses diplomas.³⁶

A possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos Prefeitos também já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida: “O processo e julgamento de Prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias.”³⁷

É possível concluir que a possibilidade de aplicação das sanções previstas na lei de improbidade administrativa ao Prefeito, independentemente de sua responsabilização penal ou política-administrativa, é consenso doutrinário (salvo, entendimento minoritário em sentido contrário) e jurisprudencial.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op., cit., ps. 1119-1120.

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp: 1615010 CE 2016/0189365-8**. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 14/08/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE: 976566 PA - PARÁ 0000158-17.2006.4.01.3901**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/09/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-210 26-09-2019.



4.1.1 Da (im)possibilidade da celebração de acordos de não persecução cível com agentes públicos municipais que desviem recursos públicos destinados às ações e serviços de saúde para combate à pandemia de COVID-19

A lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como pacote anticrime, promoveu alterações na lei de improbidade administrativa, no que concerne a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º). Trata-se de importante inovação legislativa, porquanto, a redação anterior vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

O novel instituto é sobretudo importante para o chamado direito administrativo sancionador, porquanto o afeta diretamente pois a celebração de acordos de não persecução cível influir na pretensão punitiva estatal. Sobre a alteração legislativa que agora autoriza a celebração de acordos de não persecução cível em matéria de improbidade administrativa, Fábio Medina Osório³⁸ ensina que:

A nosso sentir, o acordo de não persecução tem consequências diretas na medida repressiva no campo do direito sancionador, afetando, desta forma, a pretensão punitiva Estatal, o que acaba por atrair o instituto para a órbita do direito material. É preciso registrar, neste norte, que a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é de curial importância, pois terá consequências diretas na vida prático/processual. E tanto o acordo de não persecução penal, quanto o acordo de não persecução cível, tem natureza de direito material, implicando renúncia à pretensão punitiva e negociação de sanções, sendo esta sua finalidade primária. Nessa medida, essas espécies de acordos traduzem óbices a que outros colegitimados adotem iniciativas subsidiárias frente à suposta inércia do titular estatal do acordo, eis que a sanção terá sido objeto de renúncia e negociação.

Podemos extrair dos escólios do autor que o acordo de não persecução cível tem natureza jurídica de direito material, portanto, haverá renúncia à pretensão punitiva estatal, caso haja negociações entre os legitimados para propositura da ação de improbidade administrativa e os autores dos atos ímprobos.

Não obstante o acerto do legislador na criação do acordo de não persecução cível, o Poder Executivo vetou integralmente o art. 17-A da lei de improbidade que o disciplinava (veto mantido pelo Poder Legislativo). O veto realizado pelo chefe do Poder Executivo poderá esvaziar o conteúdo do art. 17, § 1º, que exige para celebração de acordos de não persecução cível obediência ao teor da lei de improbidade.

Considerando à míngua de maiores detalhamentos seria juridicamente possível a celebração de acordo de não persecução cível em quaisquer situações?

Surgem duas situações possíveis, a primeira consiste na aplicação de princípio basilar de hermenêutica jurídica plasmado no brocardo jurídico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, isto é, não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringe. Portanto, os acordos de não persecução cível poderão ser celebrados em quaisquer hipóteses, sem quaisquer restrições. A segunda situação seria restringir o alcance do § 1º, do art. 17, da lei de improbidade, porquanto,

³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 18-04-2021.



em algumas circunstâncias, a celebração de acordos de não persecução cível desvirtuaria a própria finalidade da lei (interpretação teleológica) e poderia ser utilizado como instrumento garantidor da impunidade de agentes públicos que praticarem atos graves de improbidade administrativa.

Adota-se como posicionamento, neste artigo, a segunda corrente, porquanto se coaduna com o princípio constitucional da moralidade administrativa, o princípio da supremacia do interesse público e, especialmente, com uma interpretação teleológica do art. 17, § 1º, da lei de improbidade. De mais a mais, não há nenhum óbice aparente na aplicação das disposições previstas para o acordo de não persecução penal, no que couber, aos acordos de não persecução cível (diálogo entre as fontes), destarte, o órgão legitimado para propor ação de improbidade administrativa somente poderá propor acordo de não persecução cível desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do ato de improbidade administrativa praticado.

Utilizando-se essas premissas não seria possível a celebração de acordo de não persecução cível com agentes públicos que desviam recursos públicos destinados ao combate à pandemia de COVID-19, pois diante das consequências do ato de improbidade administrativa e o grau de reprovabilidade da conduta a celebração de acordo não seria necessária e suficiente à reprovação da infração à lei e não é também recomendável para prevenção de outros atos de improbidade, esta última é uma finalidade importante da aplicação de quaisquer sanções, porquanto a certeza da punição é um mecanismo dissuasor relevante para evitar a prática de novas infrações.

4.1.2 Da dosimetria da sanção: o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 como circunstância relevante para agravamento da sanção imposta

O Poder Judiciário, na aplicação das sanções, observará os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e conforme o disposto na lei de improbidade administrativa, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, a gravidade do fato e o proveito patrimonial obtido pelo agente público improbo.

Os desvios de recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde, especialmente em um contexto em que faltam leitos em UTIs e fármacos básicos para intubação de pacientes em estado de saúde grave, é devastador e sobremaneira reprovável. Portanto, a extensão do dano³⁹ justificará a aplicação de sanção mais severa, inclusive autorizará a acumulação de sanções⁴⁰.

Todavia, a aplicação cumulativa das sanções ou sua exasperação não são automáticas, cabendo ao magistrado, em ato discricionário, porém vinculado aos ditames legais, fundamentar em elementos concretos extraídos dos autos a aplicação cumulativa de sanções ou sua exasperação, sob pena de nulidade. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴¹, certa feita, já se manifestou a respeito:

A fixação das sanções consiste em ato discricionário juridicamente vinculado, pois o magistrado, respeitando os parâmetros mínimo e máximo previamente fixados pela lei, deverá estabelecer um patamar justo de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pautando-se na extensão do dano causado e no proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único, Lei n. 8.429/92).

³⁹ Art. 12, parágrafo único, da lei nº 8.429/1992.

⁴⁰ Art. 12, *caput*, da lei nº 8.429/1992.

⁴¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApCiv: 00304343920074036100 SP**. Relator: Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, Data de Julgamento: 22/03/2021, 3ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 24/03/2021.



Conclui-se, então, que é possível, considerando a extensão do dano, a gravidade do ato e proveito patrimonial obtido, aplicar sanções mais severas em desfavor de agentes públicos e particulares em litisconsórcio com aqueles pela prática de atos de improbidade administrativa que importem em desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia de COVID-19, desde que a sentença esteja devidamente fundamentada em elementos concretos do caso.

4.2 DAS SANÇÕES PENAIS E DA SUA DOSIMETRIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

As sanções penais têm origem na Constituição Federal que prevê em seu art. 5º, XLVI, um rol meramente exemplificativo de penas que poderão ser adotadas desde que haja lei nesse sentido, quais sejam: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal adota apenas 03 (três) espécies de penas, conforme seu título V, sob o título “das penas”, cujo art. 32, prevê que são penas: a) privativas de liberdade; b) restritiva de direitos; c) multa.

As penas privativas de liberdade consistem em reclusão ou detenção. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto e a pena de detenção deve ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto ou aberto, conforme prevê o art. 33, *caput*, do Código Penal. As penas restritivas de direitos, por sua vez, são a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana, nos moldes descritos no art. 43, do Código Penal. Finalmente, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, conforme determinado pelo art. 49, *caput*, do Código Penal.

Indaga-se, por que aplicar uma pena em alguém na esfera penal?

A pena, segundo Damásio E. de Jesus⁴², “é sanção afliitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”. Do conceito de pena elaborado pelo autor é possível haurir duas características importantes, quais sejam: as características retributiva e preventiva da pena.

A retribuição, segundo Damásio⁴³, consiste na ameaça de um mal contra o sujeito ativo de um delito. A finalidade preventiva da pena, por sua vez, abrange duas dimensões, a geral e a especial, sendo esta destinada a todos e aquela (prevenção especial) visa o autor do delito.

O Direito Penal, infelizmente, não tem cumprido sua finalidade preventiva, porquanto é de conhecimento geral que os índices de criminalidade no Brasil são elevados, no que tange aos crimes contra a Administração Pública, especificamente, a realidade é a mesma.

Críticas à parte, nos itens 2.2 e 2.2.1 foi dito que o desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia caracteriza crime, portanto, após regular processo penal, poderá ser aplicada pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa.

A dosimetria das sanções penais obedece, em regra, um sistema trifásico, isto é, a dosagem da pena aplicada deve passar pela análise de 03 (três) fases distintas, na primeira fase são levadas em consideração as circunstâncias judiciais, ou seja, o magistrado observará a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente e os motivos, as circunstâncias e as

⁴² JESUS, Damásio E. **Direito penal: V. 1 parte geral**. 22. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 1999, p. 519.

⁴³ *Ibidem*.



consequências do crime, para fixar a chamada pena base. Após a fixação da pena base o juiz, na segunda fase, levará em conta as causas agravantes e atenuantes e, finalmente, na terceira fase, as causas de aumento e diminuição da pena.

Na imposição da pena de multa, o sistema de dosimetria adotado é bifásico, porquanto o juiz, na primeira fase, fixa a quantidade de dias-multa e, posteriormente, na segunda fase, fixa seu valor.

O quadro atual de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 autoriza o magistrado a aplicar pena mais severa aos agentes públicos que cometam crimes relacionados ao desvio de recursos públicos destinados às ações e serviços de saúde de enfrentamento à doença, porquanto, *v.g.*, as circunstâncias e as consequências do crime são sobremaneira danosas ao bem jurídico tutelado pela norma penal, destarte, a pena pode ser fixada além do mínimo previsto em lei. Há possibilidade, igualmente, do reconhecimento de agravante, porquanto o agente público viola dever inerente a seu cargo, nos termos do art. 61, II, “g”, do Código Penal.

Em conclusão, é preponderante consignar que a aplicação de uma sanção penal não inviabiliza a aplicação de uma sanção administrativa (e vice e versa), porquanto, em regra, há independência entre as esferas administrativa e penal.

5. CONCLUSÃO

Os Municípios, entre os entes federados, encontram-se na linha de frente do enfrentamento à COVID-19 e os recursos que compõem o orçamento destes entes devem ser empregados de forma eficiente nas ações e serviços de saúde que salvaram (e salvarão) à vida de milhares de brasileiros, sem desvios. O vírus, contudo, não trouxe apenas à morte de brasileiros, mas expôs também a ganância de agentes públicos municipais que respondem a processos por desvio de recursos públicos que seriam destinados ao combate à pandemia.

Desviar ou apropriar-se de recursos públicos que deveriam estar sendo empregados para salvar à vida de brasileiros é um ato odioso que merece a imposição de sanções pelos órgãos competentes. Nesse diapasão, considerando o desvio de recursos públicos por agentes municipais, o Poder Judiciário tem relevante função a cumprir na responsabilização dos infratores, porquanto, a imposição das sanções administrativas e penais é sua atribuição.

Os agentes públicos municipais podem ser punidos pela Justiça Federal ou Estadual, a depender da origem da verba desviada e, no caso dos Prefeitos, há prerrogativa de foro por função no âmbito dos respectivos Tribunais em matéria penal.

No que tange as sanções aplicáveis, é possível a aplicação de sanções administrativas pela prática de atos de improbidade administrativa que consistem na suspensão dos direitos políticos, multa, ressarcimento ao erário, perda do cargo, entre outras, que deverão ser dosadas de acordo com a extensão do dano, a gravidade do fato e a vantagem auferida pelo agente improbo, inclusive, o ordenamento jurídico autoriza à aplicação de sanções mais intensas àqueles agentes públicos que desviam recursos destinados à saúde. Não é possível, conforme visto, a celebração de acordo de não persecução cível com agentes públicos que desviaram recursos públicos destinados ao combate à pandemia, porquanto, a medida não é necessária e suficiente para repressão e prevenção dos ilícitos praticados.

Há também possibilidade de aplicação de uma sanção penal, ou seja, a imposição de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multas que observaram, em sua dosimetria, um sistema trifásico, em regra, salvo a dosimetria das multas que obedece um sistema bifásico, em que o magistrado deverá exasperar a pena em caso de desvio de recursos destinados ao combate



à pandemia, em razão das circunstâncias e consequências do crime e, igualmente, agravá-la por constatar violação de dever inerente ao cargo do agente público que deve zelar pela integridade do erário.

Reafirma-se a mensagem de que o Poder Judiciário pode contribuir para superarmos à crise decorrente da pandemia, processando e julgando os conflitos de interesses que eventualmente surjam no decorrer da pandemia, aplicando o Direito Sancionador, e inibindo condutas de agentes públicos municipais que desviam recursos públicos que deveriam ser empregados para salvar a vida dos munícipes.

BIBLIOGRAFIA

BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes federais**. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador : JusPODIVM, 2019

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 28. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Atlas, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. – 27. ed. Malheiros Editores : São Paulo, 2011.

CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e fundos de participação**. – São Paulo : Editora Juarez Oliveira, 2011.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: V. 1 parte geral**. 22. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 6. ed. rev., e ampl. e atual. – Salvador : Ed. Juspodivm, 2018.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.



NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende de. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 [livro eletrônico].

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 18-04-2021.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada : aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. - 7. ed. - São Paulo : Atlas, 2018 [livro eletrônico].

PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. – Rio de Janeiro : Elsevier, 2009.

TURESSI, Flávio Eduardo (org.). **Foro por prerrogativa de função: uma análise crítica sobre a eleição de competência criminal originária para prefeitos municipais. Crimes praticados por prefeitos**. – São Paulo : LiberArs, 2017.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15/03/2021.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bastos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile : Jurídica de Chile, 1987.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC: 133619 PA 2014/0099422-0. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 09/05/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/05/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1484666 RJ 2014/0196292-4**. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/10/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 905326 SC 2006/0255341-3**. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007, p. 714.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp: 1615010 CE 2016/0189365-8**. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 14/08/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AgR Pet: 3240 DF - DISTRITO FEDERAL 0004163-95.2004.1.00.0000**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/05/2018, Tribunal Pleno.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE: 976566 PA - PARÁ 0000158-17.2006.4.01.3901**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/09/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-210 26-09-2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **APR:000138808201340138180001388-08.2013.4.01.3818**. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 09/10/2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC: 00001635120094025115 RJ 0000163-51.2009.4.02.5115**. Relator: VIGDOR TEITEL, Data de Julgamento: 29/05/2018, VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 05/06/2018.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApCiv: 00304343920074036100 SP**. Relator: Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, Data de Julgamento: 22/03/2021, 3ª TURMA, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 24/03/2021.