

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modernist architecture, featuring two prominent, tall, rectangular towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some vehicles visible in the foreground.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 04 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2018

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro,
2018.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho

Avaliadores:

- | | |
|---|---|
| Prof. Alexandre Santos de Aragão, UERJ. | Prof. Dr. José Vicente S. Mendonça, UERJ. |
| Sr. Bruno Teixeira Marcelos, UFF. | Sr. Márcio Lacombe, UFF. |
| Sra. Debora Sotto, PUC-SP. | Sr. Paulo Henrique Maceira, USP |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Ms. Paulo Macera, USP. |
| Sra. Isabela Ferrari, UERJ. | Profa. Maria de Los Angeles, U. Barcelona |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ. | Prof. Phillip Gil França, PUC-RS. |
| Prof. Dr. Jamir Ribeiro, UFJF. | Prof. Dr. Sandro Alex Simões, CESUPA-PR. |
| Prof. Dr. Jamir Ribeiro, UFJF. | Sr. Silvio Costa Filho, UFMG. |

Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

<i>APRESENTAÇÃO</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITOS DA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA</i>	006
Ana Lucia Pretto Pereira	
<i>DIREITOS E MECANISMOS GRACIOSOS DO CIDADÃO NO PROCEDIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO SOB A PERSPETIVA DA LEI PORTUGUESA</i>	015
Isa Filipa António	
<i>REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE INSTITUTOS PENAIIS AOS ATOS ÍMPROBOS</i>	035
Camila Paula de Barros Gomes	
<i>O REGIME ADUANEIRO ESPECIAL DE DRAWBACK COMO POLÍTICA ECONÔMICA DE INCENTIVO ÀS OPERAÇÕES DE COMÉRCIO EXTERIOR NO MODAL MARÍTIMO</i>	058
Érico Hack e Paula Tatyane Cardozo Stemberg	
<i>ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SEU POTENCIAL PARA REVIGORAR A RELAÇÃO DO ESTADO COM A SOCIEDADE. LEI Nº 9.037/96</i>	075
Andréia Gomes	
<i>OS CONSELHOS DE CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL</i>	109
Alex Cavalcante Alves e Joseanne Carla de Aguiar Santos	
<i>A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE A SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS QUE UTILIZAM VEÍCULO PRÓPRIO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA</i>	128
William Silva Coutinho	
<i>ENTRE A CORRUPÇÃO E A INEFICIÊNCIA: A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTADO GERENCIAL BRASILEIRO COMO UM DOS MITOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO</i>	153
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>A GESTÃO ESTRATÉGICA DE RECURSOS APLICADA À ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO</i>	167
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães e Cristiane Caldas Carvalho	

REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE INSTITUTOS PENAIS AOS ATOS ÍMPROBOS

REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF PENAL INSTITUTES TO ADMINISTRATIVE DISHONESTY

CAMILA PAULA DE BARROS GOMES

*Mestre em Direito pelo Centro Universitário
UNITOLEDO de Araçatuba. Professora da graduação
e pós-graduação do Centro Universitário Toledo.*

RESUMO: A natureza dos atos de improbidade administrativa provoca acirradas discussões no universo jurídico nacional. Como consequência, muitos defendem a transposição para os atos ímprobos, de institutos característicos da esfera criminal como a tentativa, o foro por prerrogativa de função, o princípio da insignificância e a teoria da cegueira deliberada. O objetivo desse artigo é analisar a natureza da improbidade administrativa para, a partir daí, verificar o cabimento da transposição desses institutos penais para uma infração de natureza diversa. Para tanto foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa; tentativa; insignificância; prerrogativa de foro; cegueira deliberada.

ABSTRACT: The nature of the acts of administrative improbity provokes intense discussions in the national juridical universe. As a consequence, many defend the transposition to the administrative desonesty, of institutes characteristic of the criminal sphere as the attempt, the forum by prerogative of function, the principle of insignificance and the theory of the deliberate blindness. The purpose of this article is to analyze the nature of administrative improbity in order to verify the appropriateness of transposing these penal institutes into a violation of a different nature. For this purpose bibliographical and documentary research was used.

KEYWORDS: Administrative dishonesty; attempt; insignificance; prerogative of forum; blindness.

I. INTRODUÇÃO

É chegado o momento de comemorar os trinta anos da Constituição Federal de 1988. Não resta dúvida de que muitos foram os avanços decorrentes das inovações oriundas da Carta Magna, sejam eles no sentido de assegurar direitos e garantias individuais, sejam no sentido de disciplinar a estrutura estatal e a forma como devem ser conduzidos e gerenciados os interesses públicos.

Um dos grandes destaques é o sucesso alcançado pela tutela da moralidade e pelo relevante papel que a punição dos atos de improbidade administrativa assumiu na sociedade brasileira. A partir da previsão constitucional de severas penas para aqueles que praticassem atos de improbidade administrativa, o conceito foi se fortalecendo, o combate à impunidade foi aprimorado e muitos resultados positivos foram conseguidos. Após o advento da Constituição Cidadã, a ação de improbidade se mostrou um excelente mecanismo de combate à corrupção, possibilitando o retorno de quantias significativas, que foram desviadas dos cofres públicos; bem como punindo servidores e terceiros que usaram a máquina estatal para se enriquecer ilicitamente ou causar prejuízo ao Erário.

Instrumento de destaque no combate à corrupção, a Lei 8.429/92, que regulamentou o dispositivo constitucional, ainda gera controvérsias jurídicas relevantes. Apesar da própria Constituição Federal, em seu artigo 37, §4º, deixar claro que os atos de improbidade administrativa não possuem natureza penal, é frequente a existência de debates acerca da aplicação de institutos típicos dessa seara do direito aos referidos atos.

O objetivo desse artigo é analisar a possibilidade de utilização, na ação de improbidade administrativa, de instrumentos típicos do direito penal e processual penal como a tentativa, a prerrogativa de foro, o princípio da insignificância e a teoria da cegueira deliberada. Para tanto será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, com destaque para a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

II. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A proteção ao patrimônio público é uma preocupação constante no ordenamento jurídico brasileiro. No aspecto penal, o Código Criminal do Império, datado de 1830, bem como todos aqueles que o sucederam, já se preocupava em criminalizar condutas ofensivas ao interesse público. Peita, suborno e concussão eram delitos contra a Administração Pública na

época imperial e puniam aqueles servidores que recebiam dinheiro para praticar ou deixar de praticar determinado ato. A mesma preocupação marcou o Código Penal de 1890; a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto n.22.213, de 1932; e o atual Código Penal Brasileiro, datado de 1940, que pune diversas condutas consideradas crimes contra a Administração Pública, como a corrupção ativa, a corrupção passiva e o peculato.

No entanto, era necessário que se buscasse uma punição mais ampla para essas condutas, objetivando o ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário Público. A primeira Constituição Federal a demonstrar preocupação com a temática foi a de 1946, cujo artigo 141, parágrafo 31, em sua parte final, assim determinava: “A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”. As leis Pitombo-Godói Ilha (Lei 3.164/57) e Bilac Pinto (Lei 3.502/58) disciplinaram o enriquecimento ilícito previsto na Constituição, contribuindo para incentivar a aplicação de sanções civis aos atos atentatórios à Administração Pública.

Em 1967, a nova Constituição Federal praticamente reproduziu os ditames da Magna Carta que a antecedeu ao determinar, em seu artigo 150, parágrafo 11, que a lei disporá sobre “o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”. Dessa forma, não houve avanços no combate aos atos atentatórios à moralidade administrativa, cenário este modificado com o advento da Constituição Cidadã.

É a Constituição de 1988 que introduz significativa evolução na tutela da moralidade. Além de considerar esta um princípio constitucional da Administração Pública, o texto disciplina a improbidade administrativa, expressão até então desconhecida das Cartas Constitucionais brasileiras. Nos termos do artigo 37, §4º da Magna Carta nacional, “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Percebe-se o nítido avanço com relação às legislações anteriores, pois passou a possibilitar a suspensão dos direitos políticos e a perda do cargo dos agentes públicos responsáveis por atos que ofendam os princípios fundamentais da Administração. A probidade foi elevada a ditame máximo a ser observado pelo agente público, sob pena de sanções severas, tanto na esfera penal, quanto na seara civil e administrativa.

As legislações infraconstitucionais que antecederam a Carta de 1988, apesar de recepcionadas, por não contrariarem o texto, mostravam-se insuficientes para dar aos atos de improbidade administrativa o tratamento determinado pela Constituição Federal. Era necessário regulamentar o artigo 37, §4º, e o início dos anos 90 trouxe o cenário político ideal para que isso se concretizasse.

O governo do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, passava por uma série turbulenta de denúncias de corrupção, que mais tarde, culminariam no seu *impeachment*. Com claro intuito de dar uma resposta à sociedade e mostrar-se vinculado a ditames éticos e morais, o Presidente encaminhou, em agosto de 1991, à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 1.446/91, cuja exposição de motivos salientava a prática desenfreada de atos de corrupção no país e a necessidade de se reprimir, de forma legítima, tais condutas por meio do devido processo legal (MARTINS JÚNIOR, 2002, p.184).

Ocorre que o referido projeto de lei apenas reformulava a Lei Bilac Pinto, ao introduzir as sanções previstas no texto constitucional. Na prática, em nada contribuía para ampliar o combate efetivo à corrupção ou para alargar o alcance da improbidade administrativa. Entretanto, como salientam Flávia Campos Pereira e Talles Oliveira Dantas Pinto (2018):

...ao ser apresentado na Câmara dos Deputados, o projeto de lei sofreu 302 (trezentas e duas) emendas; recebendo um substitutivo ao chegar no Senado Federal; e, voltando para a Câmara dos Deputados, sofreu mais emendas, para depois ser enviado ao Presidente da República. Assim, o referido projeto de lei apresentado pelo Executivo, sofreu tantas alterações que nada tem a ver com seu resultado, a Lei n.º 8.429/92.

Em outras palavras, o projeto foi ampliado, remodelado e acabou se tornando uma importante legislação para o efetivo combate às condutas contrárias ao interesse público, atendendo os anseios da sociedade. A Lei 8.429/92, conhecida como Lei de improbidade administrativa, veio para definir condutas e sanções, disciplinando o texto constitucional e revogando, expressamente, as Leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto. Muitos avanços decorreram dessa legislação, que tem se mostrado um importante instrumento no combate à corrupção e no crescimento político da sociedade brasileira. Muitas discussões e debates jurídicos também surgem a partir dela. Para melhor tratamento do tema, impõe-se a definição dos atos de improbidade.

III. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Definir improbidade administrativa é um desafio. O conceito não é encontrado no texto constitucional ou na lei regulamentadora e gera muitos debates doutrinários. Em linhas gerais faz-se uma correlação entre a improbidade e a moralidade administrativa, o que pode ser explicado pela intrínseca relação entre a moral e a noção de boa gestão pública. Autores como Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010, p.816) afirmam que, a rigor, as expressões moralidade e probidade administrativa significam a mesma coisa, pois se relacionam à ideia de honestidade na Administração Pública.

Em contrapartida, Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p.99) sustenta que o princípio da probidade está contido no princípio da moralidade administrativa, caracterizando-se como um subprincípio desta derivado.

Em que pesem as divergências, merece amparo a tese que sustenta que improbidade e imoralidade se aproximam, mas não se confundem. Isso porque a imoralidade acarreta a improbidade, mas nem todo ato ímprobo viola o princípio da moralidade. Essa afirmação decorre do fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 8.429/90, tipificou como improbidade administrativa os atos que atentem contra os princípios da administração. Como alerta Pedro Roberto Decomain (2007, p.24), a improbidade não se restringe a atos atentatórios ao princípio da moralidade, englobando toda e qualquer violação aos princípios norteadores da Administração Pública. Tal constatação conduz à necessidade de se reconhecer uma “estreita relação entre a improbidade administrativa e o princípio da juridicidade, pois a violação a qualquer princípio jurídico tem o potencial de configurar a prática de improbidade, desde que presentes os requisitos previstos na Lei” (NEVES; OLIVEIRA, 2016, p.18).

É com essa perspectiva que a improbidade será tratada neste artigo. Qualquer forma de atuação do gestor público que implique em violação aos princípios da Administração Pública, acompanhada, ou não, de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário. Ressalte-se que, muitas vezes, a Lei de Improbidade é utilizada como instrumento para o combate da chamada corrupção administrativa, que implica no uso da máquina pública para promoção pessoal e desvio de dinheiro, sendo instrumento de ímpar importância em nosso ordenamento jurídico.

Impõe-se destacar, ainda, que a Lei 8.429/92, ao definir os atos de improbidade, previu três espécies. A mais grave caracteriza-se pelo enriquecimento ilícito e está prevista no artigo 9º da referida lei. Para que uma conduta seja assim enquadrada impõe-se a necessidade de obtenção da vantagem patrimonial indevida, independentemente da ocorrência de prejuízo ao

erário; a conduta do agente deve ser dolosa e impõe-se a existência de um nexos causal entre a vantagem indevida e a conduta daquele que ocupa o cargo ou emprego.

O artigo 10, por sua vez, tipifica os atos que causam prejuízo ao erário. Nesse caso, admite-se a punição tanto do comportamento doloso como do culposo e deve haver nexos causal entre a conduta e a lesão ao erário.

Por fim, o artigo 11 considera improbidade administrativa a violação aos princípios da Administração Pública, independentemente de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. Exige-se o dolo para a referida responsabilização.

Cada um dos referidos artigos é acompanhado, na lei, de um rol de hipóteses que os caracterizam. Como bem explica José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.1083), na verdade, o legislador optou por colocar no caput condutas genéricas capazes de caracterizar improbidade e, nos incisos, exemplificou com condutas específicas. No entanto, a relação apresentada é meramente exemplificativa, de modo que inúmeras condutas podem se enquadrar no caput e caracterizar improbidade.

Em 2016, a Lei Complementar 157 acresceu um artigo 10-A à Lei de Improbidade, de modo a tipificar como ato violador da probidade administrativa aquele decorrente da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Passadas essas definições iniciais, impõe-se tratar da natureza da sanção decorrente do ato de improbidade, a fim de que possamos adentrar ao tema central deste artigo.

III.1 NATUREZA DAS SANÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como deixa claro o texto constitucional, as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não são de natureza penal. Tal interpretação decorre da parte final do artigo 37, § 4º da Constituição segundo o qual os atos de improbidade importarão em uma série de sanções, *sem prejuízo da ação penal cabível*. Desse modo, a responsabilização penal pode ocorrer concomitantemente com a responsabilização por improbidade, e suas penas não se confundem. Outro forte argumento para afastar a natureza penal das sanções por improbidade está no fato de que as condutas, previstas na Lei 8.429/92, são abertas, apresentando rol meramente exemplificativo, o que afronta a estrita tipicidade penal, que exige a exata descrição da conduta criminosa.

As sanções previstas na Lei de Improbidade têm natureza civil. Para as hipóteses de improbidade por enriquecimento ilícito, o artigo 12, I da Lei 8.429/92 prevê a perda dos bens

ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; o ressarcimento integral do dano, quando houver; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. São sanções tipicamente civis, cujo objetivo é obter a reparação do dano e proteger o interesse público.

No contexto dos atos que causam prejuízo ao Erário, a legislação prevê um rol de sanções ligeiramente mais brando. São elas o ressarcimento integral do dano; a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; o pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

No caso da violação aos princípios, as sanções são ainda mais reduzidas. A legislação admite ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Na hipótese da recém incluída improbidade relacionada à concessão de benefícios financeiros ou tributários só foram previstas as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Em todos os casos as sanções não são consideradas cumulativas. Compete ao juiz, diante do caso concreto, levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente para definir a sanção aplicável. Esta deve ser suficiente para reprimir e prevenir atos de improbidade, pautando-se em critérios de razoabilidade. Isso não significa que não seja possível aplicar, cumulativamente, todas as sanções. No entanto, para que isso ocorra o caso deve ser grave a ponto de justificar a punição severa, com observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça (2018):

A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a cumulação de penalidades na ação de improbidade administrativa é facultativa, devendo o magistrado levar em conta, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. REsp 1.324.418/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 25/09/2014; EDcl no AREsp 360.707/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013;

Nota-se que as sanções por improbidade são severas e podem se mostrar excessivas se aplicadas de modo cumulativo a pequenos desvios éticos. Daí a necessidade de ponderação do magistrado, pautado em critérios de proporcionalidade, no momento de efetuar a dosimetria da sanção que será aplicada.

Esclarecida a natureza das sanções, impõe-se a análise da possibilidade de utilização de institutos típicos do direito penal aos atos de improbidade administrativa.

IV. APLICAÇÃO DE INSTITUTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Uma vez afastada, pela própria Constituição Federal, a natureza penal das sanções por improbidade administrativa, não deveriam surgir questionamentos sobre a aplicação de institutos típicos do campo criminal aos atos de improbidade. No entanto, muitas são as controvérsias encontradas na doutrina e na jurisprudência, cujos principais tópicos serão abordados a seguir.

IV.I. DA TENTATIVA DE IMPROBIDADE

A possibilidade de se reconhecer a tentativa de praticar atos de improbidade administrativa tem contornos muitos específicos, exigindo grande cautela por parte dos intérpretes da legislação. Isso porque os tipos previstos na Lei 8.429/92 são abertos, não taxativos, de modo que é possível enquadrar neles um grande número de condutas.

Assim, impõe-se esclarecer que qualquer análise relativa à possibilidade de se punir atos de improbidade tentados não guarda relação direta com a tentativa na esfera penal. Isso porque, no campo criminal, a definição típica é fechada e “a tentativa é, portanto, a fórmula de extensão de que se vale o Direito Penal para tornar puníveis os crimes não consumados” (BARROS; AMORIM JÚNIOR, 2017, p. 329). Já nas hipóteses de improbidade

administrativa, muitas condutas não expressamente descritas na norma podem ser enquadradas no tipo, vez que este é aberto, caracterizando um contexto completamente diverso.

Inicialmente, é preciso assinalar que, ao contrário do que faz o Código Penal, a Lei de Improbidade não trata da tentativa. Por ser instrumento tipicamente relacionado aos delitos criminais, não costuma estar prevista em legislações de natureza civil, como é o caso da Lei 8.429/92. Assim, não há qualquer embasamento legal para se falar em tentativa de improbidade.

Tal constatação não impede que, na prática, surjam situações que lembrem a chamada tentativa penal. Pode-se pensar em um agente que busca usar a máquina pública para se enriquecer ilicitamente e não logra êxito. Seria esta uma hipótese de tentativa de ilícito civil? Como seria a sua punição, vez que a lei não traz dispositivo específico de minoração da sanção?

A resposta para tais questionamentos depende de uma série de ponderações acerca das definições típicas da Lei 8.429/92. A princípio, nota-se que nos casos de improbidade por enriquecimento ilícito, a legislação exige a obtenção da vantagem patrimonial indevida para caracterizar o ato. Da mesma forma, na hipótese de improbidade por prejuízo ao erário é necessário que haja perda patrimonial ou dilapidação de bens para que haja o enquadramento da conduta no previsto pelo artigo 10 da Lei. Mesmo no caso da recente inclusão, no artigo 10 A, dos atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, é exigida a consumação do ato em contrariedade com as normas previstas.

Em nenhum desses dispositivos legais há previsão de atos tentados ou de sanções específicas para a tentativa. A explicação para tal fato está na própria redação do artigo 11, que pune a violação aos princípios da Administração Pública. Considerado um tipo subsidiário, é uma verdadeira norma de fechamento do sistema sancionatório dos atos de improbidade. Isso porque o dispositivo legal reconhece como ato de improbidade qualquer ação ou omissão dolosa que atente contra todo e qualquer princípio aplicável à Administração Pública, independentemente de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. Trata-se de norma de suma relevância, pois tutela, de forma ampla, qualquer atuação que objetive ofender os princípios que devem conduzir a atuação administrativa. Como alertam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2016, p.89), “não seria lógico supor que o administrador tivesse a opção de não observar determinados princípios jurídicos, assim

como não seria lícito concluir pela existência de hierarquia abstrata ou normativa entre os princípios constitucionais aplicáveis à Administração”.

Percebe-se, portanto, que a Lei de improbidade prevê um tratamento bastante amplo e completo para os atos que violam a probidade esperada dos gestores públicos. Tal constatação mostra que é totalmente desnecessário tentar transpor, para a improbidade administrativa, o conceito e o raciocínio utilizado quando se pensa em tentativa na esfera penal. Isso porque o artigo 11 da Lei 8.429/92 já é residual, podendo ser aplicado sempre que houver a violação dos princípios da Administração, o que efetivamente ocorre nos casos em que o indivíduo usa a máquina pública e tenta se enriquecer ilicitamente, sem lograr êxito. Não estará caracterizado o ato de improbidade por enriquecimento ilícito, mas estará sua conduta inserida na improbidade por violação de princípios administrativos. O mesmo raciocínio se aplica nas demais hipóteses em que se pode cogitar o ato tentado, como o indivíduo que buscou dilapidar o patrimônio público sem sucesso. Seu ato atenta contra uma série de princípios e deveres, de modo que se enquadra nos ditames do artigo 11 da Lei 8.429/92.

Como bem lecionam Rodrigo Janot Monteiro de Barros e Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior (2017, p.332):

Tem-se, portanto, que se torna desnecessária qualquer alusão ao instituto da tentativa penal, no âmbito da Lei 8.429/92, porque (1) não existe na LIA, dada a sua característica civil, dispositivo semelhante ao art.14,II, do Código Penal, (2) é inviável a diminuição prevista na lei penal que gera a punição da tentativa, já que a LIA faz, em seu correspondente art.12, previsão de suas próprias sanções, (3) as condutas dos arts. 9º e 10, ambos da LIA, não prescindem da existência do resultado material, e (4) o art.11 da Lei 8.429/92 pode ser residualmente aplicado quando houver, na prática, a tentativa de enriquecimento ilícito ou de dano ao Erário.

Tem-se, portanto, que eventual tentativa de ato de improbidade por enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou concessão e aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário será resolvida pelo enquadramento da conduta no ato de improbidade por violação a princípios administrativos, sem necessidade de se recorrer ao instituto penal da tentativa criminal.

Quanto a uma eventual possibilidade de tentativa de violação de princípio administrativo, é de se considerar que a hipótese é remota e trará grandes dificuldades probatórias. Isso porque o tipo exige dolo e dificilmente será possível provar que alguém quis

violar um princípio e não conseguiu. A hipótese deve ser analisada sob a ótica do elemento anímico, vez que não se punem violações culposas aos princípios da Administração Pública.

Afastada a aplicação da tentativa para os atos de improbidade, impõe-se a análise de outra questão delicada: o foro por prerrogativa de função.

IV.II. DA PRERROGATIVA DE FORO

Não é de hoje que se discute a possibilidade de aplicação do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa. Em dezembro de 2002, a Lei 10.628, alterou a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, incluindo um parágrafo segundo, cuja redação era a seguinte:

A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro, em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.797/DF e 2.860/DF e reconheceu a inconstitucionalidade do §2º do art.84 do Código de Processo Penal, conforme se verifica no seguinte trecho da ementa:

Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam

oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

A decisão acima é clara no sentido de demonstrar que a Constituição Federal estabelece em quais hipóteses será aplicável o foro por prerrogativa de função, sendo este previsto para infrações de natureza criminal, e não cível. Como bem esclarecem Eduardo Cambi e Morena Gabriela C. S. P. Batista (2014, p.222), “a competência por prerrogativa de função é uma exceção ao princípio da igualdade, devendo ser interpretada de forma estrita (*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*) e estar previamente disciplinada na Constituição, sob pena de violação da garantia do juiz natural (art. 5.º, XXVII, CF)”.

Em que pese a força desses argumentos, a questão está longe de ser pacífica, vez que a gravidade das sanções impostas aos atos de improbidade faz com que parte da doutrina visualize uma forte aproximação entre a improbidade administrativa e as ações penais, principalmente em decorrência da possibilidade de aplicação da suspensão de direitos políticos e da perda da função pública. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2017, p.124) é um dos defensores dessa tese. O saudoso Ministro Teori Zavascki (2017, p.377) também se mostrava partidário de uma interpretação extensiva das normas constitucionais sobre prerrogativa de foro, reconhecendo a tese da existência de competências constitucionais implícitas.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as decisões têm afastado o reconhecimento da prerrogativa de foro em ação de improbidade administrativa. Já no contexto do Supremo Tribunal Federal, há oscilações. Em 2008, ao julgar a Pet.3.211, a Corte avaliou uma ação de improbidade movida contra um Ministro do Supremo Tribunal Federal e considerou que compete ao STF julgar a ação de improbidade administrativa contra seus membros.

A discussão é complexa. De um lado, aqueles que entendem ser necessário ampliar a interpretação do texto Constitucional, pois não seria logicamente admissível que a Carta Maior estabelecesse foro diferenciado aos agentes políticos que praticassem crime (comum ou de responsabilidade) e desse tratamento diverso para uma ação de improbidade administrativa, cujas graves consequências se aproximam das sanções de natureza penal (MENDES, 2017, p.140). Sob outro prisma, levantam-se os seguintes argumentos:

a teoria das competências implícitas não deve ser utilizada para validar a extensão do foro por prerrogativa de função, porque a Constituição não traz normas implícitas em matéria de distribuição das atribuições dos órgãos jurisdicionais, já que isto, ao contrário, representaria violação à garantia constitucional do juiz natural.

Além disso, ainda que elementos normativos dos atos de improbidade administrativa possam ter alguma semelhança ou identidade com quaisquer outros ilícitos, penal, político ou mesmo administrativo, a impropriedade administrativa têm feição própria que decorre do art. 37, § 4.º, da CF. Não se confunde, pois, com os ilícitos penais ou com os denominados crimes de responsabilidade. A autonomia, nas esferas administrativa, civil e penal, permite concluir quanto à possibilidade de responsabilidades distintas sem a necessidade de se exigir um único órgão para o julgamento dos diversos ilícitos, sem prejuízo da instância competente resolver eventual colisão de sanções, para preservar o princípio do *non bis in idem*. (CAMBI, BATISTA, 2014, p.223)

Para fins de interesse público e defesa do Erário, melhor que se afaste o foro por prerrogativa de função das ações de improbidade, pois esta postura permite o controle da atuação pública por qualquer integrante do Ministério Público. O entendimento contrário, restringirá a atuação do “parquet” àqueles, dentre seus membros, com competência para atuar de forma originária em tribunal, o que trará uma redução prática do alcance da norma.

A natureza civil dos atos de improbidade deveria, por si só, ser suficiente para afastar qualquer discussão acerca de prerrogativa de foro. No entanto, não é o que ocorre. Em maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal foi levado a se manifestar novamente, com repercussão geral, acerca do tema e reafirmou, por 9 votos a 1, a inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, retornando ao seu posicionamento original. Tal decisão deve finalizar as discussões acerca da questão.

IV.III. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Outro tema ligado ao direito penal e que tem sido transposto para a improbidade administrativa diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. A origem do referido princípio é controversa. Ivan Luis da Silva (2006) alerta para a existência de duas correntes de pensamento acerca do tema. Uma delas já vê o princípio presente no brocardo romano *minima non curat praetor, de minimis non curat praetor*, segundo o qual o pretor não deveria se ocupar com bagatelas. Outros, como Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1997), negam a referida origem por considerarem que o Direito Romano foi estruturado sob a égide do Direito Privado, o que fez com que a ideia de crime de bagatela só ganhasse força com a estruturação do princípio da legalidade penal e o desenvolvimento do pensamento liberal dos filósofos iluministas.

Controvérsias históricas a parte, é incontestável que o princípio da insignificância ganha destaque a partir do cenário econômico vivido pela Europa, após duas guerras mundiais, que conduziu parte da população, que vivia um período de grande dificuldade financeira e com péssimas condições de vida, a praticar pequenos furtos e saques. É neste contexto que Claus Roxin resgata a ideia de bagatela e a transpõe para o direito penal, estruturando o chamado princípio da insignificância. Segundo o autor: “somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se” (ROXIN apud PERISSOLI, 2015).

O fundamento central do referido princípio está no fato de que o direito penal tutela os bens de maior relevância social, não devendo se preocupar com lesões ínfimas, para as quais a aplicação de pena privativa de liberdade seria totalmente desproporcional.

Nas palavras de Julio Dalton Ribeiro (2008, p.54):

A adoção do princípio da insignificância diminui o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis. Serve, pois, para promover a *proteção racional dos bens jurídicos* pelo Direito Penal, sendo *racional* essa proteção quando não a possa outorgar outro ramo do Direito ou a que se efetua é insuficiente ou inadequada.

A grande dificuldade relacionada ao princípio da insignificância está na falta de critérios objetivos que indiquem as hipóteses em que ele deve ser aplicado. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconhece que o referido princípio pode ser considerado uma causa excludente da tipicidade, desde que observados os seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, 2004)

Feitos esses breves apontamentos acerca do princípio da insignificância e sua aplicação na seara penal, impõe-se analisar a possibilidade de aplicação do referido princípio aos atos de improbidade administrativa de pequena repercussão.

O Superior Tribunal de Justiça, em algumas situações eventuais, reconhece a possibilidade de aplicação da insignificância aos atos de improbidade de pequeno impacto. A título de exemplo, em 2015, o Tribunal acatou a alegação de insignificância no julgamento do Recurso Especial 1536895 / RJ, decorrente de Ação de Improbidade Administrativa promovida pelo Ministério Público contra a Empresa Municipal de Urbanização (RIO-URBE) e o ex-prefeito do Rio de Janeiro, Cesar Maia, entre outros. No caso concreto, os réus celebraram contrato cujo objeto era a execução de obras na Igreja São Jorge, no valor aproximado de R\$ 150.000,00, caracterizando subvenção religiosa e violação do princípio constitucional do Estado laico. Em seu voto, o Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, assim se manifestou:

o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal. (STJ, 2016)

Apesar de, em algumas situações como a supra mencionada, o Superior Tribunal de Justiça optar por afastar a improbidade administrativa com base no princípio da insignificância, este não parece ser o melhor raciocínio. Isto porque uma das bases para aplicação da ideia de insignificância é a desproporção existente entre o ínfimo resultado danoso e a sanção prevista para a infração penal, muitas vezes consistente em pena privativa de liberdade. Mais uma vez, é necessário lembrar a sistemática punitiva no campo penal, onde

o tipo é fechado, não admitido interpretações ampliativas e a pena prevista admite dosimetria pelo magistrado dentro dos estreitos limites traçados pela lei.

A improbidade, por sua vez, tem contornos diversos. A definição é aberta e existe previsão de um conjunto de sanções, que não precisam ser aplicadas de modo cumulativo. Dessa forma, o juiz tem condições de dimensionar a quantidade da sanção de acordo com a gravidade do ato e de suas consequências, observando o princípio da razoabilidade. A liberdade para dosimetria é bem mais ampla, pois não há sanção obrigatória, competindo ao magistrado definir, diante do caso concreto quais são aquelas que melhor se adequam à situação e à tutela do interesse público.

Dessa forma, não parece adequado afastar a tipicidade da conduta de improbidade com base no princípio da insignificância. Enquanto o tipo penal é fechado e prevê, muitas vezes a pena privativa de liberdade, podendo gerar uma grande desproporção entre a conduta e a pena aplicada, na improbidade, o tipo é aberto. Esta característica associada ao amplo rol de sanções não necessariamente cumulativas, conduz ao dever do magistrado de ponderar sobre quais sanções e em que gradação deve aplicar no caso concreto, evitando punições desarrazoadas. A estrutura diferente dada aos atos de improbidade faz com que não haja necessidade de se recorrer ao princípio da insignificância. Até porque uma vez que o interesse público é indisponível, não é possível transacionar sobre ele, abrindo mão de sua proteção e amparo, o que efetivamente ocorreria caso se optasse por reconhecer o princípio da insignificância aos atos ímprobos. Nenhuma ofensa aos princípios que devem conduzir a atuação do gestor público pode ser considerada insignificante.

Pelo exposto, nota-se que a análise do ato de improbidade deve passar por dois momentos distintos: a verificação da existência da improbidade e a definição da sanção. Inicialmente, é preciso identificar se há elemento anímico (dolo ou, no caso do art.10, também a culpa) presente na conduta, de modo a caracterizar o ato ímprobo. Uma vez não demonstrada a presença do dolo, ou da culpa na hipótese de prejuízo ao erário, não há que se falar em ato de improbidade, pois a legislação não busca punir o inábil e sim, o desonesto. Condutas onde o elemento anímico não reste caracterizado consistem em mera irregularidade administrativa e como tal são reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. EXIGÊNCIA DE DOLO. DOLO GENÉRICO.

INOCORRÊNCIA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO QUE DÁ PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Cuida-se de imputação consistente na utilização de parte da verba de convênio, firmado entre o Município de Itapemirim/ES e a FUNASA para obras de saneamento, com o objetivo de fechar a folha de pagamento dos servidores do Município, valores que foram devolvidos, posteriormente, e utilizados na finalidade do convênio. 2. Na ausência de demonstração de dolo pelo agente público, descaracterizada está a imputação de improbidade administrativa pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, na linha da jurisprudência consolidada desta Corte, devendo ser mantido o acórdão que deu pela improcedência do pedido, inclusive com a manifestação favorável do MP do Estado, autor da ação. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, 2016b)

Uma vez demonstrada a presença do dolo (ou culpa, no caso do artigo 10) e caracterizada a improbidade, não há que se falar em insignificância. Toda e qualquer ofensa à probidade administrativa deve ser punida, sendo a questão transposta para o aspecto da dosimetria da sanção a ser aplicada. Uma vez que já foi apontado que as sanções não são cumulativas, o juiz é livre para ponderar e aplicar, na situação concreta, apenas as punições necessárias para satisfazer o interesse público, considerando a gravidade da conduta e do resultado e fazendo escolhas que respeitem o princípio da proporcionalidade.

IV.IV. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Em mais uma demonstração da tendência se aproximar, desnecessariamente, a improbidade administrativa da seara penal, transpondo para aquela institutos típicos desta, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em abril de 2014, aplicou para um ato ímprobo a teoria da cegueira deliberada.

Tratava-se de ação de improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público de São Paulo contra o ex-prefeito de Avaré, Joselyr Silvestre, e o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento da Pessoa Humana em razão de superfaturamento na contratação, mediante termo de parceria realizado sem licitação, de serviços médicos em plantões nos prontos-socorros do Município. No caso analisado, a empresa contratada pelo termo de parceria prestava os mesmos serviços praticados pela empresa anterior, contratada via licitação, mas por preço muito superior, caracterizando lesão ao erário público.

O relator, em seu voto, entendeu ser aplicável a teoria da cegueira deliberada em relação ao ilícito administrativo “na medida em que os corrêus fingiram não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação por intermédio de Termo de Parceria, com objetivo único de lesar o patrimônio público, não havendo agora como se beneficiarem da própria torpeza” (TJSP, 2018).

Para melhor compreensão da decisão, é necessário delinear a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*). Também conhecida como teoria do avestruz (*ostrich instructions*) ou teoria da ignorância deliberada, tem suas raízes no direito anglo-saxão, sendo desenvolvida, posteriormente, no direito norte americano. No contexto nacional, tem sido adotada, em especial para os crimes de lavagem de dinheiro, sendo que parte da doutrina visualiza uma aproximação entre a cegueira deliberada e o conceito de dolo eventual para a legislação brasileira.

Nas palavras de Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Marins Júnior (2017, p. 237):

...a *willful blindness doctrine* é admitida no sistema judiciário norte-americano quando há prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e agiu de modo indiferente a esse conhecimento – assemelha-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira.

O grande risco na transposição desta teoria para a seara administrativa está na possibilidade de ampliação do alcance das responsabilizações a partir de critérios subjetivos. Analisando a cegueira deliberada sob a ótica dos crimes de lavagem de capitais, Marco Antonio de Barros (2017, p.69) não vê identidade entre seus pressupostos e o dolo eventual e alerta:

...o entrave à subsunção da cegueira voluntária ao dolo eventual decorre da abertura do caminho que, inapropriadamente, facilita a responsabilização criminal por mera conjectura, construída a sabor do subjetivismo do julgador, eis que édito condenatório, em tal situação, tem origem em seu mero “sentir”, na sua superficial percepção de que aquele que *assumiu o risco de lavar* (dolo eventual) “fechou os olhos” para a suposta origem espúria dos bens, direitos ou valores a ele submetidos.

No contexto dos atos de improbidade esse alerta ganha ainda mais destaque. Isso porque o dolo, ou culpa (no caso de prejuízo ao erário), precisa estar demonstrado sob pena de tratar-se de mera irregularidade administrativa. Para punir um agente público nos termos da Lei. 8.429/92 impõe-se que sua conduta seja desonesta, pautada em má-fé, não se responsabilizando o agente meramente inábil. A grande dificuldade é probatória. Eventual transposição da teoria da cegueira deliberada, do âmbito criminal para a improbidade pode resultar em responsabilização por improbidade de agentes inábeis, desatentos ou ingênuos, mas que não atuaram com má-fé. Esse não é o objetivo da lei, que traz severas punições com intuito de afastar do serviço público a malícia, a desonestidade e a fraude.

Autores como Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior (2017, p.238) concordam com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e entendem ser plenamente aplicável a teoria da cegueira deliberada aos atos de improbidade, tendo em vista que se o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da imoralidade ou lesividade do ato e atuou de modo indiferente, quis aproveitar-se de sua vilania, afastando a boa-fé.

Não merece acolhida esse entendimento. É preciso demonstrar a má-fé. Provar que ele agiu em contrariedade com os ditames legais ou que, conhecendo os fatos, assumiu o risco de produzir os resultados ímprobos. A transposição da teoria da cegueira deliberada para os atos de improbidade é desnecessária. No próprio caso julgado pelo tribunal de Justiça de São Paulo, a condenação foi por prejuízo ao erário, ilícito que admite a punição por conduta culposa, não havendo qualquer necessidade de se buscar estender uma teoria construída para tipos penais a uma situação que já estava claramente inserida no contexto da legislação administrativa. Em outras hipóteses, também parece inadequado se pensar na aplicação da referida teoria. Isso porque corre-se o risco de colocar poderes excessivos nas mãos do julgador e possibilitar a extensão das sanções por improbidade a agentes que são inábeis, incompetentes, mas não agiram com má-fé ou desonestidade.

Até o presente momento o referido acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo mostra-se uma decisão isolada no contexto da improbidade administrativa. Alexandre Mazza (2015, p.650), ao analisar a decisão, alerta que “inexiste qualquer base legal, doutrinária ou jurisprudencial em nossos tribunais superiores que autorize a aplicação da teoria da ignorância deliberada em matéria de improbidade administrativa”. Correto o autor, ante a total desnecessidade de se atribuir um tratamento elástico à teoria de cegueira deliberada, idealizada para a seara penal e não estruturada para atos de natureza civil.

V. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, percebe-se que a lei de Improbidade constituiu um grande avanço no ordenamento jurídico nacional. No entanto, apesar da própria Constituição Federal afastar qualquer interpretação que atribua natureza penal aos atos de improbidade administrativa, a doutrina e a jurisprudência encontram dificuldades em dissociar os dois contextos.

Com frequência surgem decisões que buscam transpor para os atos de improbidade a disciplina jurídica da tentativa penal, a noção de insignificância e a prerrogativa de foro. Mais recentemente, até mesmo a teoria da cegueira deliberada já foi utilizada como fundamento para condenação por improbidade.

Em todos os casos, a aplicação de institutos penais mostra-se desnecessária e inadequada. A Lei de Improbidade administrativa tem contornos próprios, com tipo aberto e possibilidade de dosimetria da sanção pelo magistrado sem necessidade de aplicação cumulativa das mesmas. O grande desafio do Judiciário no contexto da improbidade é identificar o elemento anímico do agente. A prova da má-fé, da intenção de violar os princípios da administração. Isto restando demonstrado, a punição se impõe. Em maior ou menor gradação, a depender da conduta e de suas consequências, vez que não se pode considerar insignificante a desonestidade na gestão pública, por menor que tenham sido os danos decorrentes. Da mesma forma, não se pode punir apenas com multa uma conduta grave, que gerou grande prejuízo ao erário. O princípio da proporcionalidade ganha destaque no contexto da dosimetria da sanção, incumbido ao magistrado pautar-se pela razoabilidade.

Caso a má-fé não fique demonstrada, não há que se falar em improbidade, afastando-se qualquer possibilidade de sanção, ressalvada apenas a possibilidade de punição por ato culposo no caso de improbidade por prejuízo ao erário.

Impressiona o fato de que até mesmo temas que, em princípio, já foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal, como a inaplicação da prerrogativa de foro aos atos de improbidade administrativa ainda causem tantas discussões e debates doutrinários.

A Lei de Improbidade é relativamente nova. É preciso lembrar que antes do advento da Constituição cidadã a responsabilização por atos ímprobos era extremamente tímida. Assim, ainda há muito que evoluir nessa matéria. O primeiro passo está na compreensão de que os atos de improbidade não possuem natureza penal, de modo que institutos desenhados e

construídos com base na responsabilização criminal não serão adequados para lidar com os ilícitos civis previstos na Lei 8.429/92.

REFERÊNCIAS

BARROS, M.A. *Lavagem de capitais. Crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas*. 5ªed. Curitiba:Juruá, 2017.

BARROS, R.J.M.;AMORIM JUNIOR, S.R.O. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, M.C. (coord). *Improbidade administrativa. Temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro:Forense, 2017.

CAMBI, E; BATISTA, M.G.C.S.P.. Foro por prerrogativa de função nas ações civis públicas por improbidade administrativa. *Revista de Processo*. Vol. 233. São Paulo:RT, 2014.

CARVALHO FILHO, J.S. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo:Atlas, 2013.

DECOMAIN, P.R. *Improbidade Administrativa*. São Paulo:Dialética, 2007.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS JÚNIOR, W.P. *Probidade administrativa*. 2 ed. São Paulo:Saraiva, 2002.

MAZZA, A. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

MENDES, G. A improbidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARQUES, M.C. (coord). *Improbidade administrativa. Temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro:Forense, 2017, p.113-140.

NEVES, D.A.A; OLIVEIRA, R.C.R. *Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e processual*. 4 ed, São Paulo:Método, 2016.

PERISSOLI, D. O. Análise detalhada do princípio da insignificância. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 141, out 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16481&revista_caderno=3>. Acesso em fev 2018.

PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo:Atlas, 2010.

RIBEIRO, J.D. Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.73, jul-ag., 2008, p.48-82.

ROSA, M.F.E; MARTINS JÚNIOR, W.P. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: MARQUES, M.C. (coord). *Improbidade administrativa. Temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro:Forense, 2017, p.225-239.

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

1 TJSP. *APELAÇÃO CÍVEL* [00092525620108260073 SP 0009252-56.2010.8.26.0073](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120915947/apelacao-apl-92525620108260073-sp-0009252-5620108260073/inteiro-teor-120915957). REL. REBOUÇAS DE CARVALHO. JULG. ABRIL 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://TJ-SP.JUSBRASIL.COM.BR/JURISPRUDENCIA/120915947/APELACAO-APL-92525620108260073-SP-0009252-5620108260073/INTEIRO-TEOR-120915957](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120915947/apelacao-apl-92525620108260073-sp-0009252-5620108260073/inteiro-teor-120915957), ACESSO EM FEV.2018.

STF. *Habeas Corpus 84412/SP*. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJE 19/11/2004, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84412&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em fev.2018.

STJ. *Recurso Especial 1.283.476/RJ*. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=improbidade+e+cumulacao+e+sanc+ao&b=ACOR&p=true&l=10&i=10> Acesso em 26 de jan. de 2018.

STJ. *Recurso Especial* 1.536.895 – RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/15, DJE 08/03/16, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49370490&num_registro=201500324197&data=20160308&tipo=51&formato=PDF, Acesso em fev. 2018.

STJ. AgRg no REsp 1306752 / ES – Rel. Olindo Menezes, Primeira Turma, julgado em 23/02/2016, DJE: 03/03/2016 b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22mera+irregularidade%22+e+%22improbidade%22&b=ACOR&p=true&l=10&i=13>, Acesso em fev.2018.

ZAVASCKI, T. Improbidade administrativa e prerrogativa de foro. In: MARQUES, M.C. (coord). *Improbidade administrativa. Temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro:Forense, 2017, p.366-379.