XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA RIGO SANTIN

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Josiane Petry Faria; Thiago Allisson Cardoso De Jesus.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-659-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Direito Administrativo se encontra num constante processo de transformação. Não que este cenário seja novo, mas a velocidade das transformações, sim. Ao lado de consideráveis inovações legislativas, seja na ordem constitucional, seja na ordem infraconstitucional, se encontram diversas decisões dos tribunais superiores, como é o caso das repercussões gerais do STF. Ao gestor e respectivas instâncias de controle - interno e externo - a tarefa é enorme e requer considerável esforço para encontrar a decisão juridicamente correta.

É nesse diapasão que a doutrina se faz relevante, ao repensar permanentemente os grandes temas que afligem a Administração Pública e, neste XXIX Congresso do CONPEDI, não foi diferente. Temas cruciais estiveram em pauta: combate à corrupção e os programas de responsabilização administrativas locais, medidas provisórias municiais, regulação setorial pelas Agências Reguladoras, controle judicial das política públicas, objetivos do desenvolvimento sustentável, alterações da Lei de Improbidade Administrativa, empresas estatais, controle da Administração Pública e controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas e alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Trabalhos científicos teoricamente muito bem estruturados e exposições robustas marcaram o GT Direito Administrativo e Gestão Pública. É preciso dar máxima visibilidade às produções constantes nessa obra, pois também reproduzem o imenso esforço acadêmico dos diversos programas de pós~graduação em Direito de todo o Brasil. Que os trabalhos falem por si. Que a pesquisa alcance!

Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo- UPF

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin- UPF e UCS

A PROBLEMÁTICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA PRIVADA: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO, (IN)SEGURANÇA JURÍDICA E EFEITOS NEGATIVOS AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

THE PROBLEM OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY FROM A PRIVATE PERSPECTIVE: HISTORY, EVOLUTION, LEGAL (IN)SECURITY AND NEGATIVE EFFECTS ON ECONOMIC DEVELOPMENT.

Fabricio Gaspar Rodrigues [1]

Resumo

Instigante instituto do Direito Administrativo Brasileiro, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, é o tema da improbidade administrativa dos agentes públicos. Entretanto, se por um lado a perspectiva econômica do tema não é alvo dos esforços da literatura especializada, por outro, os efeitos de tais ações sobre as pessoas jurídicas de direito privado que mantém vínculos com o Poder público também é amplamente deixado de lado pelo sestudiosos, e seus reflexos na economia do país se tornaram ainda mais visíveis após operações institucionais contra a corrupção sistêmica e institucional, como a operação Lava a Jato e o denomiado Mensalão. Assim, o presente artigo quer iniciar uma análise econômica da responsabilidade por ato de improbidade administrativa dos agentes públicos, e seus reflexos na economia a partir dos efetios da persecução judicial dos responsáveis, quando pessoas ju´ridicas são solidariamenteo arroladas no pólo passivo das ações. A análise econômica da responsabilidade da improbidade administrativa sob a ótica privada pode trazer uma nova pleiade de soluções a este problema econômico. Para tanto, faz-se necessária ainda a análise da natureza jurídica e mecânica do funcionamento da improbidade administrativa, que sofreu fortes alterações devido às alterações legislativas recentes.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador, Improbidade administrativa, Análise econômica do direito, Externalidades, Aversão ao risco

Abstract/Resumen/Résumé

An instigating institute of Brazilian Administrative Law, notably that of Sanctioning Administrative Law, is the subject of administrative improbity of public agents. However, if, on the one hand, the economic perspective of the subject is not the target of the efforts of the specialized literature, on the other hand, the effects of such actions on private legal entities that maintain ties with the Public Power is also largely left aside by scholars. , and its effects on the country's economy became even more visible after institutional operations against systemic and institutional corruption, such as the Lava a Jato operation and the so-called Mensalão. Thus, the present article wants to start an economic analysis of the responsibility for an act of administrative improbity of public agents, and its reflexes on the economy from

[1] Mestrando em Direito Econômico (UCAM/RJ); Procurador Municipal efetivo (Duque de Caxias/RJ); Especialista em Direito Ambiental (PUC-Rio); Especialista em Direito do Estado (UERJ); Bacharel em Direito (UFRJ); Advogado.

the effects of the judicial prosecution of those responsible, when legal persons are jointly and severally listed in the passive pole of the actions. The economic analysis of the responsibility for administrative improbity from the private perspective can bring a new range of solutions to this economic problem. Therefore, it is still necessary to analyze the legal and mechanical nature of the functioning of administrative improbity, which has undergone strong changes due to recent legislative changes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sanctioning administrative law, Administrative dishonesty, Economic analysis of law, Externalities, Risk aversion

1. INTRODUÇÃO

É reiteradamente debatido no âmbito do direito administrativo brasileiro o uso da ação civil por ato de improbidade administrativa como instrumento potencialmente materializador do chamado Direito Administrativo Sancionador, especialmente em tempos de combate ostensivo às práticas materializadoras de corrupção sitêmica e institucional.

Vive-se um momento ímpar da evolução republicana. Existe uma nova cultura em formação, permeada no seio de diversos órgãos de controle da Administração, que se desenvolve no sentido de se construir uma nova rotina obrigatória no trato da coisa pública, banindo toda e qualquer forma de desvio de recursos públicos. A bandeira da luta contra a corrupção hoje é uma realidade vivida pela sociedade brasileira, possuindo amplo apoio da opinião pública. A corrupção não apenas dilapida os cofres públicos. Ela impede a materialização de políticas que, se implantadas, permitiriam a efetivação de direitos fundamentais, especialmente no que tange à saúde e à educação. Por isso, inclusive, deve ser combatida diuturnamente.

Contudo, a perspectiva econômica do tema, assim como a insegurança jurídica decorrente da desmedida aplicação do instituto (esta decorrente de tipos sancionadores abertos previstos na legislação e de inclusões absolutamente descriteriosas de pessoas jurídicas que possuem ou possuíram algum vínculo com a Administração Pública no pólo passivo das ações – que se arrastam por anos no judiciário brasileiro até julgamento efetivo) não é alvo dos esforços da literatura especializada. Com isso em mente, o presente artigo busca apontar para esse viés de desestímulo que pode ser configurado no mercado, através do mau uso da referida ação, aliado à morosidade recorrente do judiciário brasileiro. O fenômeno social diretamente atrelado ao tema conhecido como "apagão das canetas", que, de forma breve, trata-se da paralisia dos agentes públicos em administrar o Estado por medo do excesso de controle causando ineficiência na gestão da coisa pública, também gera reflexos no mercado de serviços públicos terceirizados, atingindo setores econômicos estratégicos e de interesse internacional como infraestrutura, energia, tecnologia.

A preocupação com as disfuncionalidades trazidas por este fenômeno de fuga da responsabilização alcança motivos conceituados pela economia, tal como a chamada "aversão ao risco", desestimulando a formação de um ambiente de negócios seguro. Logo, a análise econômica do mau uso da ação civil por ato de improbidade

administrativa pode trazer uma nova ótica de soluções a este problema social.

Na busca pela punição de agentes corruptos e do ressarcimento ao erário em decorrência de atos irregulares, ações civis por atos de improbidade administrativa são reiteradamente ajuizadas pelo Ministério Público. Normalmente, a imensa maioria dos agentes públicos que atuaram nos processos administrativos prévios aos atos reputados ímprobos pelo *parquet* são arrolados indistintamente no polo passivo da respectiva petição inicial. Por outro lado, o artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa, altamente genérico em suas ambas redações (originária[1] e alterada pela Lei n.º 14.230/21[2]) abre a possibilidade para que os autores da ação civil por ato de improbidade administrativa arrolem as pessoas jurídicas que mantiveram vínculos com a Administração Pública exclusivamente em virtude da existência de tal vínculo, sem que seja prospectado em momento anterior à propositura efetivo atuar desonesto dos responsáveis pela gestão da pessoa jurídica contratada. Muitas vezes, os sócios são solidariamente arrolados como réus nessas ações, em enormes litisconsórcios injustificados que beiram a multitudinariedade e, na prática forense induzem ainda mais ao atraso na tramitação processual de tais feitos, postergando seu julgamento e causando angústia em quem ali estiver sendo acusado.

2. O ESTADO MODERNO

Antes de adentramos na atuação punitiva do Estado, faz-se necessário realizarmos um estudo, ainda que de modo perfunctório, a respeito da origem do Estado moderno e a sua legitimidade para executar às sanções que a legislação lhe confere competência.

2.1. A origem contratualista do Estado Moderno.

É inegável que a elaboração da teoria política do contratualismo foi uma das mais importantes contribuições que o iluminismo trouxe à sociedade moderna. Isso porque, através desta teoria houve o surgimento do Estado como uma figura soberana.

Esta teoria política e filosófica baseava-se numa ficção jurídica, onde supostamente os seres humanos, deixaram o "seu estado de natureza" e firmariam uma

[1] Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

[2] Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

espécie de pacto ou contrato social, cujo objetivo era a convivência em sociedade, conforme descrito por Norberto Bobbio:

> Em sentido muito amplo, o contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num pacto social, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos; acordo esse que assinalaria o fim do "estado natural" e o início do Estado Social e Político. Com efeito, num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola (filosófica) que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII, aproximadamente, e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588- 1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632- 1704), J. J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804), dentre outros renomados teóricos. Vale salientar que por escola (filosófica) concebe-se não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso.[3]

O contratualismo teve três principais vertentes: (i) a teoria do estado de natureza e a soberania estatal, desenvolvida por Hobbes; (ii) a teoria do direito natural à concepção de Estado Liberal, defendida por Locke; (iii) e a teoria do estado natural à legitimação do Estado Moderno, apresentada por Rousseau.

2.1.1. Thomas Hobbes (1588-1679)

"*Homo homini lupus"*[4] é uma das frases mais conhecidas do filósofo inglês Thomas Hobbes e tal frase foi utilizada para justificar sua teoria contratualista. Para Hobbes, o "estado natural" do homem é animalesco, ou seja, está em constante guerra e matança.

Neste cenário, a convivência passou a se impossível, pois não havia qualquer segurança jurídica e o medo da morte reinava! Além disso, a vida humana não possuía nenhuma garantia e a única lei existente, era a lei do mais forte.

Contudo, os homens visando organizar a vida em comum, firmaram um pacto e deram origem ao Leviatã (Estado), abrindo mão de sua autotutela e permitindo assim, que este Estado governasse as divergências que pudessem surgir:

> "[...] os homens viveriam, naturalmente, sem poder e sem organização – que somente surgiram depois de um pacto firmado por eles, estabelecendo as regras de convívio social e subordinação política."[5]

[3] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1998.
[4] O home é o lobo do homem.
[5] WEFFORT, Francisco Correia. **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau.** v.1. 13.ed. São Paulo: Ática, 2001, página 53.

Deste modo, Hobbes explica que somente em razão do estabelecimento do poder político absoluto na mão do Estado, por meio do contrato social firmando entre os homens e o rei, os indivíduos puderam se organizar socialmente e por isso estava justificado a sua manutenção:

> [...] justificou o absolutismo tendo como base a ideia de que a sociedade primitiva vivia em um imenso caos, por falta de autoridade; e que, a partir de um dado momento, os homens delegaram poder a um dos seus membros, para estabelecer a ordem. Havia, portanto, um contrato social entre o rei e seu povo. Para alcançar a ordem e, consequentemente, o progresso e a felicidade, os seus poderes deveriam ser absolutos.[6]

2.1.2. John Locke (1632-1704)

Da mesma maneira que Thomas Hobbes, John Locke também iniciou a sua teoria a partir do "estado de natureza", contudo com uma visão mais comedida a respeito do assunto.

Para Locke o "estado de natureza" do homem era semelhante a uma "tábula rasa", ou seja, os homens não nasciam maus, mas era a sociedade que os corrompiam. Por isso, ele alerta a necessidade da existência de uma estrutura que permitiria um cenário, onde os indivíduos poderiam exercer o seu direito natural de liberdade e propriedade privada.

Em outras palavras, Locke explicava que a ausência de um agente garantidor de uma normatização geral, os indivíduos seriam "juízes" dos seus próprios anseios e isso logicamente levaria o surgimento de conflitos e posteriormente crise institucional nas relações sociais. Deste modo, Locke justifica a necessidade do Estado, garantir a segurança jurídica dos indivíduos em exercer os seus direitos naturais e não os transferir ao Estado governante:

> "[...] o Estado deve regular as relações entre os homens e atuar como juiz nos conflitos sociais. Mas, precisa fazer isso garantindo as liberdades e os direitos individuais, tanto no que se refere ao pensamento e à expressão quanto à propriedade privada e atividade econômica. A título de exemplificação, é interessante enfatizar que tal expressão conceptual encontra-se retratada no quadro intitulado Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de autoria artística de John Trumbull (s.d.). Nesse quadro, Thomas Jefferson (s.d.) segura a Declaração de Independência dos Estados Unidos, redigida por ele próprio e promulgada em 04 de julho de 1776,

[6] SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **Minimanual compacto de história geral: teoria e prática**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2010, página 65.

> donde a República norte-americana tem, entre suas inspirações, a concepção de Estado liberal de Locke."[7]

Portanto, neste contexto apresentado por Locke, pode-se inferir que objetivo principal do contrato social é semelhante ao de Hobbes, a saber: evitar a guerra e luta entre os homens. Mas ele vai além, isso porque ele frisa sumariamente a necessidade do direito natural à propriedade e o dever do Estado garantidor trazer meios que proteja este direito.

2.1.3. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

Sob uma outra ótica, a teoria de Rousseau não buscou apenas investigar a origem do poder político que justificava a criação do Estado, mas procurou buscar aspectos que argumentassem essa transferência de "liberdade" do homem a este Estado garantidor:

> O homem nasceu livre e, não obstante, está acorrentado em toda parte. Julga-se senhor dos demais seres, sem deixar de ser tão escravo quanto eles. Como se tem realizado esta mutação? Ignoro-o. Que pode legitimá-la? Creio poder responder a esta questão.[8]

Rousseau na realidade fazia uma crítica ao "estado de natureza" Hobbesiano e o direito natural de Locke, haja vista que ao nascer, o homem é livre e sobreviviam apenas com o que a natureza o lhe oferecia. Contudo, ao adquirir a noção de propriedade, os indivíduos passaram a ter necessidade de usar a força, para garantir a posse de seus bens, ou seja, é partir desse momento que surge a "guerra de todos contra todos".

É em razão desse plano de fundo caótico que os homens decidem abandonar esse estado de violência e firmam a sociedade civil, elaborando assim um poder político, com conjuntos de leis, capazes de resolverem as demandas sociais.

Deste modo, percebe-se que a teoria apresentada por Rousseau justifica a tutela do Estado de regulamentar as relações sociais, uma vez que os próprios cidadãos seriam a **fonte originária da soberania do Estado.** e por isso cabe ao E vontade do estado deve refletir a vontade dos seus próprios cidadãos. Ou seja, os atos realizados pelo Estado, na realidade, estariam refletindo a vontade da sociedade.

3. O ESTADO SANCIONADOR

3.1. O Direito Público Sancionador.

[7] COTRIM, Gilberto Vieira. **Direito e legislação: introdução ao Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, página 178.
[8] ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1979, página 37.

Segundo o sociólogo e filósofo francês Émile Durkheim, o Estado moderno é compreendido como uma "máquina político-ideológica", gerenciando e governando tudo e a todos. Isso ocorre porque o Estado estabelece não somente, as normas de condutas sociais, mas também impõe e aplica diferentes formas de sanções, coerções, repressões e punições:

> (...)está sempre vigilante, controlando a vida das pessoas e dos grupos sociais, planejando, legislando, fiscalizando, punindo, traçando políticas diversas, assistindo, educando e, mais ainda, interferindo nos rumos da economia; não somente como órgão de fiscalização e controle, mas também como produtor e direcionador do mercado.[9]

É verdade que o surgimento da aplicação de penas, como forma de sanção, possui uma relação simbiótica com a própria organização social. Isso porque, desde o momento que os homens passaram a conviver em comunidade, sempre existiram aqueles que violavam às regras de convivência, tornando assim necessária a aplicação de uma correção coercitiva e punitiva (sanção). Foi neste momento que surgiu o cenário ideal para a vingança privada, onde a pena era imposta exclusivamente pelo próprio ofendido, ou seja, o Estado não atuava com agente sancionador.

Já na Idade Média, graças às influências religiosas da Igreja, surge o período da vingança divina, onde as normas eram de cunho religioso e indivíduo deveria ser castigado para aplacar a ira de Deus, através das famosas ordálias[10].

Além disso, é nesta mesma época que surgem as primeiras penas restritivas de liberdade. Mais uma vez, o Estado não era agente sancionador, mas as sanções advinham da Igreja.[11]

Na contemporaneidade, graças ao surgimento das noções embrionárias dos direitos humanos, somadas a transferência da autotutela dos indivíduos ao Estado, por meio do contrato social, surge a Escola Clássica do Direito Penal. Nesta ótica, o Estado

---

[9] RODRIGUES, C. A. F. **Estado, política e sociedade.** In: OLIVEIRA, R. C. S. (Org.). **Sociologia: consensos & conflitos.** Ponta Grossa: Editorial da UEPG, p. 111-148, 2001.

[10] Também conhecida como Juízo dos Deuses, as Ordálias marcaram de forma negativa os procedimentos de julgamentos dos tempos remotos. Nessa fase histórica, os reis anglo-saxões eram considerados pela população como a própria figura dos Deuses na terra, trazendo para sua pessoa a personificação dos das divindades cultuadas na época. Dentro desse cenário de religiosidade (beirando o misticismo) os reis - símbolos vivos da própria religião – tinham a missão de fazer cumprir a lei e garantir a paz. A lei nessa época origina-se predominantemente dos costumes e rituais tribais, submetendo todos aos seus regramentos (até mesmo o rei) O descumprimento de qualquer desses costumes (regras) era objeto de julgamento pelos homens livres da comunidade local (vizinhança) através de assembleias. Assim, submersa num ambiente de religiosidade devido ao empoderamento da Igreja Católica, as Ordálias se tornaram conhecidas pelas famosas provas: de fogo e da água.

[11] CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena.** Revista Emerj, v. 12, nº 45, 2009, páginas 265-266.

passa a usar o Direito Penal como instrumento sancionador, onde as penas eram aplicadas conforme a proporção das condutas criminosas cometidas.

Porém, o direito penal falhou ao trazer sanções efetivas a responsabilização daqueles que cometessem algum ato de improbidade. Sendo assim, restou necessário a aplicação do fenômeno conhecido como "administrativização", conforme será demonstrado a seguir.

3.2. O Direito Público Sancionador no Brasil e o surgimento da Lei de Improbidade

Nas últimas duas décadas, escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos, tais como os casos do "mensalão"[12] e do "petrolão"[13], chamaram a atenção da população brasileira. Contudo, a corrupção não é algo hodierno, ao contrário, já estava inserido desde a constituição do Brasil Império, conforme informado por Pedro Cavalcanti:

> "Quem furta pouco é ladrão. Quem furta muito, barão. Quem mais furta e esconde passa de barão a visconde."[14]

Na Idade Média, os juízes e agentes públicos também eram punidos por corrupção, o mesmo ocorria na Roma Antiga. A França e a Inglaterra editaram leis para iniciar o combate à corrupção. Não podemos deixar de mencionar a influência da Lei Mosaica e do poder eclesiástico que reprimiam fortemente esse tipo de pratica. [15]

A corrupção é um mal gravíssimo, que prejudica as bases de sustentação do Estado e ameaça a sociedade como um todo, sendo fonte de descrédito das instituições regentes de um governo democrático.

Infelizmente, por muitos anos, a corrupção passou a ser tolerada, inclusive essa ideia era reforça pelo próprio ordenamento jurídico.

3.2.1. Breve histórico da legislação de improbidade administrativa no Brasil.

Segundo a professora Inês da Trindade Chaves de Melo, em seu livro *Questões Atuais e Controvertidas na Ação de Improbidade Administrativa*, a primeira referência

---

[12] CASO LAVA JATO. **Ministério Público Federal.** 2021. Disponívelem:<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso> Acesso em: 08/10/2022.

[13] MENSALAÇÃO: CRONOLOGIA DO CASO. **Memória Globo.** 2021. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/mensalao/noticia/primeiras-denuncias.ghtml> Acesso em: 08/10/2022.

[14] CAVALCANTI, Pedro. **A corrupção no Brasil.** São Paulo: Siciliano, 1991, página 46.

[15] SILVEIRA. Clariana Oliveira. Um breve histórico da improbidade administrativa no Brasil. Ed. Saraiva, 2011.

de combate judicial não criminal aos atos de corrupção, foi o disposto no parágrafo 31, do artigo 141, da Constituição Federal de 1946:

> Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> § 37 - **É assegurado** a quem quer que seja **o direito de representar**, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, **contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas**.

Mas somente no final da década de 50, surgiu a legislação infraconstitucional, integradora do artigo constitucional mencionado, a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei n.º 3.164/1957) que posteriormente fora substituída pela Lei Bilac Pinto (Lei n.º 3.502/1958). Ambas não foram efetivas!

Contudo, faz-se necessário destacar que desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil vem trilhando novos caminhos rumo à probidade, isto porque a constituinte teve o cuidado de consagrar no artigo 37, da Magna Carta, a necessidade da observância do princípio da moralidade, o qual vincula a atuação da administração pública aos padrões éticos de probidade, decoro e boa fé.

Seguindo esta seara, o legislador editou a Lei n.º 8.429/1992 – A Lei de Improbidade Administrativa. É interessante mencionar, que a supracitada lei, visando produzir eficácia, logo nos seus primeiros artigos, foram trazidas sanções ao agente público que obtivesse alguma vantagem ilícita:

> "Em 2 de junho de 1992, o combate judicial não criminal aos atos de corrupção tem significativo impulso com a edição da Lei n.º 8.429/1992, que regulamentou o §4º do art. 37 da Constituição Federal, já mencionado, definindo os atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis à sua prática, além de outras regras.
> Essa lei teve alcance muito maior que as leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto, pois não se restringiu aos atos que importam em enriquecimento ilícito, classificando os atos de improbidade administrativa em espécies: os que importam em enriquecimento ilícito 9art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10), a mais recente disposição de que os Municípios e o Distrito Federal podem figurar no polo ativo da ação ordinária que visa a combater o ato de improbidade administrativa (art. 10-A) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art.11).
> Especialmente com a previsão do art. 11 resolveu-se um grande problema, na medida em que puderam ser punidos agentes públicos que

> praticavam atos muitas vezes causadores de grande indignação, mas que não importavam em enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário."[16]

Em meio ao seu surgimento, a Lei de Improbidade Administrativa mostrou-se para findar a onda de corrupção que pairava sobre o País, combatendo os atos que atrasam o crescimento do Estado e ferem a moralidade da administração pública.

A importância dessa lei vai muito além do combate à corrupção, ela traz a ideia de que os agentes públicos devem prestar serviços à Administração Pública munidos de honradez e retidão, sem desejar obter proveito próprio, mas sim agindo com o intuito de alcançar o interesse público.

Deste modo, ficou evidente que o legislador passou a adotar uma postura mais dura no que tangia à improbidade administrativa e ao que parecia, o Estado seguiria (ou deveria seguir) as regras e diretrizes contidas na Magna Carta.

4. AS DISFUNÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE NO BRASIL

Segundo Pietro Gasparri[17], o conceito de disfunção é plurívoco, podendo abranger inúmeras perspectivas e panoramas do estudo da desorganização administrativa e a verificação concreta de violações por parte da Administração Pública.

Essa desorganização administrativa muitas vezes é refletida nos próprios atos da Administração Pública e com a Lei n.º 8.429/92 isso não foi diferente, conforme passaremos a observar a seguir.

4.1. A problemática da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92)

Segundo o professor Rodrigo Valgas dos Santos as disfunções do direito administrativo sancionador nas ações de improbidade se dão em razão de alguns aspectos que não foram superados ou são insuperáveis pela referida lei, principalmente no que diz respeito ao conceito de improbidade administrativa, os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa, dolo e culpa nas ações de improbidade e a aplicação das sanções:

> "Não seria exagero afirmar que nos tópicos anteriores residem os principais problemas da Lei de Improbidade Administrativa - LIA,

[16] MELO, Inês da Trindade Chaves de. **Questões atuais e controvertidas na ação de improbidade administrativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, páginas 7-10.
[17] GASPARRI, Pietro. **Teoria Giuridica Della Pubblica Amministrazione.** Roma: Dott Antonio Millani, 1964, página 123.

> gerando absoluto pânico em qualquer gestor minimamente preocupado com o seu patrimônio, sua honra e manutenção do pleno exercício dos seus direitos políticos fundamentais.
> É verdade que a Lei 8.429/92 trouxe importantes avanços no combate à corrupção e na busca de uma administração pública mais proba. Mas os danos que esse diploma vem causando aos direitos fundamentais dos jurisdicionados nos fazem perguntar: vale a pena ter em nosso sistema jurídico uma Lei tão devastadora e fonte de tanta iniquidade como a LIA? Parece-nos que não. Os ônus e disfunções da aplicação da LIA são muito superiores aos bônus."[18]

4.1.1. O conceito de improbidade administrativa

Rememora-se que a Constituição Federal densificou o conceito de improbidade administrativa, dando-lhe uma definição muito superior a mera ideia de falta de honra ou desonestidade, ao buscar se basear no princípio da moralidade.

Porém, é importante alertar que este conceito de improbidade oriundo da Magna Carta merece uma contextualização, no sentido de haver a necessidade de serem traçadas regras claras, visando evitar uma abertura em demasia deste conceito e a sua aplicação de forma equivocada.

Neste sentido, Cammarosano explica:

> "(...) essa flexibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade administrativa como princípio dotado de autonomia.[19]

Uma das problemáticas da Lei n.º 8.429/92 é justamente neste sentido, pois ao ampliar o conceito de improbidade, ela acabou extrapolando a definição dada pela própria Constituição Federal. E ao fazer isto, torna-se disfuncional, pois não haverão padrões a serem seguidos e quaisquer condutas poderá ser enquadrada como ímprobas, gerando um terror nos agentes públicos.

4.1.2. Os tipos abertos da Lei n.º 8.429/92

A Lei de Improbidade Administrativa, infelizmente trouxe em sua redação originária diversos artigos com descrições genéricas para fins de aplicação de seus institutos. E isso é extremamente inseguro a nível jurídico, pois os tipos abertos, ao trazerem conceitos amplos ou indeterminados violam não só segurança jurídica, mas também a legalidade, haja vista somente a previsão em lei, de forma prévia, pode ensejar numa sanção, inclusive este é o entendimento de Kelsen:

---

[18] SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, página 163.
[19] CAMMAROSANO, Márcio Alexandre. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, páginas 111-114.

> "[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicando é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo. Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito."[20]

Em muitos casos, o ajuizamento de tais ações decorre da aplicação, na seara da improbidade administrativa, do revogado crime de exegese (quando o agente emite atos equivocados ou que destoam da lei ou do direito), ou da aplicação do natimorto crime de hermenêutica (quando a interpretação da legislação realizada pelo agente público, ainda que não errônea, diverge do entendimento do órgão fiscalizador, culminando com ações onde o agente público – e a pessoa jurídica contratada pela Administração Pública são réus e devem se defender nos tribunais por anos a fio).

Em magistral artigo acerca do tema e diante do então iminente enfrentamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal, os professores Emerson Garcia e Thaís Marçal assim prenunciaram, chancelando o posicionamento aqui defendido:

> *"Dicotomia. Binário. Dois significantes que nos induziriam a um texto próprio de ciências exatas. Tudo o que o Direito não precisa. Ainda mais o Direito Sancionador. Mais ainda o Supremo Tribunal Federal ao analisar a conformidade constitucional da Lei federal no 14.230/2021, sobre a temática da improbidade administrativa. Torcidas apaixonadas precisam estar em estádios de futebol. Em julgamento da Suprema Corte, a técnica tem mando de campo. É fundamental o amadurecimento dos atores jurídicos para baixar a tensão que se desprende do tema e orientarem a análise pelos hodiernos caminhos da juridicidade.*

[20] KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

> *As ciências jurídicas são eminentemente dialógicas. A dialeticidade é própria da argumentação. Maniqueísmos interpretativos não conduzem a um Estado Democrático de Direito efetivo. O "amor ao debate" não pode ser apenas uma frase piegas em petições jurídicas. É fundamental alimentar o sentimento de alteridade argumentativa.*
> *Imputar alcunhas a defensores e opositores de posições jurídicas, ao invés de ideias, conduz ao empobrecimento jurídico. Grosseria, além de mal da alma, demonstra falta de inteligência técnica e emocional. Ambas as ausências comprometem a qualidade profissional. Arroubos panfletários argumentativos conduzem a reducionismos do debate. Aflora-se o interlocutor, alcunha-se a interlocução de ideias.*
> *O Ministro Luís Roberto Barroso costuma mencionar em suas palestras que o dever do professor é "simplificar o que é difícil, e sim nunca dificultar o que é fácil". Conquanto fácil, é pernicioso contra-argumentar grosseria com outra grosseria. É fácil encaixar pessoas em caixas de antagonistas. Contudo, assim como ideias não cabem em caixas, pessoas também não deveriam caber. A menos que se trate de um caixão, em que, além do corpo, morre o debate. Em ambientes democráticos, o pluralismo e a dialética argumentativa devem ser autorreferentes. Vida longa ao debate e ao corpo! Sabedoria ao Supremo Tribunal Federal para proferir a decisão mais equânime com a realidade brasileira!"*[21]

Rodrigo Valgas faz um convite à reflexão dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade, pois para o autor estes dispositivos em sua redação originária traziam uma acusação implícita aos administradores públicos, que perdurou décadas e remanesce no subconsciente coletivo dos integrantes órgãos de controle, notadamente do Ministério Público:

> Se analisarmos os artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92 veremos que qualquer administrador público que ordene despesa pública, especialmente os chefes de executivo municipais, por mais honestos que sejam, dificilmente irão escapar de serem acusados pelo cometimento de condutas ímprobas.
> Os tipos da LIA enquadram-se na categoria de textura aberta[17], que mesmo para certas infrações administrativas mais brandas (*ex vi* de certas sanções disciplinares) mostram-se inadequadas ao direito administrativo sancionador. Se isto se aplica para infrações administrativas menos graves, com muito mais ração há de aplicar-se para ilícitos de maior gravidade que demandam exata correlação entre conduta e respectiva sanção. Para esta natureza de processo mais

[21] GARCIA, Emerson; MARÇAL, Thaís. **Alteridade Sancionadora.** Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/alteridade-sancionadora/. Acesso em 13/10/2022.

> adequado é a tipicidade rígida, que possibilite a precisa subsunção da conduta ao tipo.[22]

Deste modo, percebe-se que a incidência de tipos genéricos, podem abranger uma infinidade de atos dos agentes públicos e dos contratados pela administração pública, dando o ensejo ao enquadramento de diversos verbos sob aqueles comandos normativos e possibilitando ao juiz a aplicação da sanção com parcial valoração do que entender ser grave – muitas vezes apenas chancelando o entendimento inicialmente trazido pelo autor da ação.

4.1.3. A "indistinção" do *status* de gravidade entre o dolo e a culpa

O dolo, em Direito Administrativo, é amplamente discutido pela doutrina, especialmente no tocante à responsabilização por improbidade administrativa, o que se busca discutir neste ensaio – ainda que especificamente voltado para a advocacia pública. Nesse sentido, oportuno o posicionamento do professor Fábio Medina Osório:

> *"O dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie."*[23]

Na mesma linha de raciocínio, leciona o Professor Marçal Justen Filho:

> *"A configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade."*[24]

É inegável, portanto, que a configuração do ato de improbidade administrativa deve ser precedida não apenas do descumprimento à norma de regência, mas principalmente da intenção danosa do agente, grave e consciente dos riscos negativos à integridade do patrimônio público decorrente de sua conduta. Para que solidariamente o particular seja albergado pelas sanções decorrentes da conduta ímproba, imprescindível seu conluio com essa intenção voltada à dilapidação da integridade patrimonial pública.

---

[22] SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, página 177.

[23] OSÓRIO, Fabio Medina. Improbidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998, p. 135.
[24] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 687.

Apontando mais uma disfunção originária na lei de improbidade, Rodrigo Valgas, já antes das alterações trazidas à Lei de Improbidade Administrativa introduzidas pela Lei n.º 14.230/21, esclarecia não serem admissíveis quaisquer modalidades culposas nas ações de improbidades, pois nunca se ouviu dizer que alguém tenha sido desonesto "sem querer" ou por mero acaso.

> Aqui, insistamos, as condutas culposas praticadas por agentes públicos que levem ao dano ao erário desde que não incida alguma excludente de responsabilidade, podem e devem ser objetos de ressarcimento civil ou administrativo. Isto não está em questão. O que nos parece incontornável é que os comportamentos culposos, apesar de indenizáveis, não podem ser objeto de ações de improbidade, e do extenso feixe de sanções de ordem política e civilmente qualificadas.[25]

Ao admitir as hipóteses de improbidade culposa, o legislador não aplicou o princípio da equidade ao editar o texto originário da Lei de Improbidade, pois ele equiparava ao mesmo *status* de gravidade o agente público que agiu dolosamente com aquele que não teve qualquer intenção de trazer prejuízo à administração pública.

Contudo, somente com as alterações legislativas realizadas pela Lei n.º 14.230/2021, foi realizada essa correção, considerando assim, atípicas, na seara da improbidade administrativa, as condutas não intencionais, ressalvada a possibilidade de busca do ressarcimento ao erário em decorrência de condutas culposas através do manejo da Ação Civil Pública, fulcrada na Lei Federal n.º 7.347/85.

4.2. As consequências negativas dessas disfuncionalidades da Lei n.º 8.429/92

Estatisticamente falando, sabe-se que apenas 30% (trinta por cento) das ações de improbidade administrativas que chegam ao Superior Tribunal de Justiça tratam de corrupção propriamente dita, sendo certo que a imensa maioria alcança temas relacionados ao descumprimento contratual ou deslizes funcionais simples não maculados por desonestidade efetiva e intencional.[26]

Com esse dado estatístico, percebeu-se que na realidade fora criada uma falsa ideia de combate à corrupção por meio da trivialidade de conceitos de irregularidade, ilegalidade e improbidade administrativa, (raciocínio dolosamente gestado no âmbito dos

---

[25] SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, página 178.
[26] SIMÃO, Calil. **Abusos na utilização das ações de improbidade levaram a alteração da lei.** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-nov-22/simao-abusos-acoes-improbidade-levaram-alteracao-lei> acesso em 10/10/2022.

legitimados para a proposição da ação aqui estudada) e inúmeros agentes públicos e pessoas jurídicas de alguma forma vinculadas à Administração Pública foram vítimas da extensão indiscriminada da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A visualização dessa insegurança jurídica, acaba influenciando também o desenvolvimento econômico brasileiro, pois os empreendedores evitam fazer investimentos no país e nos setores econômicos correlatos aos serviços públicos (tais como infraestrutura: construção civil, tecnologia, energia, dentre outros) diante deste cenário instável e inseguro, onde o exclusivo fato de se manter um vínculo contratual com o Poder Público (na imensa maioria das vezes precedido de instrumentos que buscam tornar tal vínculo **lícito**, como a **licitação**) é suficiente para a inclusão da pessoa jurídica no polo passivo de ações por ato de improbidade administrativa, e muitas vezes midiaticamente divulgadas como umbilicalmente ligadas a atos de corrupção sistêmica, com reflexos mercadológicos altamente negativos para a imagem das sociedades empresárias envolvidas.

E como é sabido, o desenvolvimento de um país tem ligação direta com seu progresso na área da infraestrutura. A debilidade de áreas elementares, como transporte, saneamento, telecomunicações e energia, afeta a geração de empregos, a competitividade entre negócios e o interesse de investidores. [27]

É evidente, que as iniciativas privadas em conjunto com o governo apresentam relevantes investimentos infraestruturas. Esse tipo de parceria necessita de estabilidade para que novas empresas sejam atraídas e estimuladas a realizarem investimentos. Entretanto, os investidores de ponta estão sendo espantados pela alta imprevisibilidade pelas inúmeras demandas judiais pendentes.

Neste sentido, Percy Soares Neto[28], diretor executivo da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de água e esgoto (ABCON), relatou que para realizar investimentos tão grandiosos e de longo prazo, o pilar seria a segurança jurídica. E por isso as companhias precisam saber que as regras do jogo não vão mudar no meio do caminho. Quando o operador procura o mercado financeiro para conseguir capital para sua obra, serão analisados o ambiente de atuação e os mecanismos para não

[27]INSEGURANÇA JURÍDICA PREJUDICA AVANÇO DA INFRAESTRUTURA BRASILEIRA. **Jota**, Brasília, 25 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-desenvolvimento/inseguranca-juridica-prejudica-avanco-da-infraestrutura-brasileira-25042022> Acesso em: 30, setembro de 2022.

[28] https://cidadesenegocios.com.br/noticia/86/entrevista-com-percy-soares-neto-diretor-executivo-abcon-sindcon. Acesso em 13/10/2022.

haver impactos na receita durante a concessão. Deste modo, os riscos ficarão todos colocados na balança, pois, dinheiro não aceita desaforo.

As instabilidades dos Tribunais Brasileiro afetam, também, as ações de improbabilidade administrativa, pois a demora no julgameno dificulta a recuperação do dinheiro desviado e colabora para o congestionamento processual, conforme informa a pesquisa divulgada em 29 de agosto de 2017, realizada pelo Instituto Não Aceito Corrupção. [29]

4.2.1. Insegurança legislativa.

Além da insegurança trazida pela judicialização, é importante demonstrar que esta patologia também afeta o legislativo e o executivo. A título de exemplo podemos destacar o estudo realizado por Guilherme Carreira, o qual faz o levantamento dos atos normativos do período da promulgação da Constituição até o ano de 2016:

> No âmbito federal foram editados 161.582 atos normativos desde a promulgação da Constituição Federal, passando por06 emendas constitucionais de revisão, 90 emendas constitucionais, 02 leis delegadas, 92 leis complementares, 5.415 leis ordinárias, 1.303 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.515 decretos federais e 137.667 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.). Em média, foram editadas 16,39 normas federais por dia ou 23,55 normas federais por dia útil nestes 27 anos.
> Já no âmbito estadual, segundo os dados da pesquisa, foram editados 1.363.073 atos normativos, sendo 312.720 leis complementares e ordinárias, 453.504 decretos e 596.849 normas complementares. Em média, foram editadas 138,28 normas por dia ou 198,67 normas por dia útil. Neste período, cada Estado editou, em média, 50.484 normas, o que dá 5,12 normas/dia ou 7,36 normas/dias útil.
> Por fim, os Municípios foram responsáveis pela edição de 3.717.259 atos normativos, divididos em 637.239 leis complementares e ordinárias, 706.179 decretos e 2.373.841 normas complementares. Em média, os municípios brasileiros editaram 377,12 normas por dia ou 541,80 normas por dia útil. Assim, considerando que existem 5.567 municípios no Brasil, cada um deles editou, em média, 667,73 normas neste período.[30]

4.3. Uma Luz no fim do túnel.

[29] COSTA, Flávio, Brasil leva 6 anos para julgar improbidade; demora dificulta recuperação de dinheiro público. UOL notícias, 28 de setembro de 2017. Disponível em: < https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm > Acesso em: 30 de setembro de 2022.

[30] CARREIRA, Guilherme Sarri. **As causas de insegurança jurídica no Brasil.** São Paulo: Revista Pensamento Jurídico, Vol. 9, n.º 1, Jan./Jun. 2016, páginas 146-147.

Nem tudo está perdido, pois o legislador, aparentemente, está percebendo a necessidade de agir e realizar mudanças no ordenamento jurídico, a fim de possibilitar a instrumentalização dos atos administrativos. O surgimento da Lei Federal n.º 14.230/21 é incandescente prova desta afirmação, como aqui defendido.

A Lei 13.655, de abril de 2018, fez uma importante alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ao estabelecer que as esferas administrativa, controladora e judicial não decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem se observar as consequências práticas da decisão, garantindo assim uma maior segurança jurídica no país. [31]

Carlos Eduardo Lima Jorge[32], presidente da Associação para o Progresso de Empresas de Obras de Infraestrutura Social e Logística e presidente da Comissão de Infraestrutura da Câmara Brasileira da Indústria da Construção enfatiza que a nova Lei de Licitações já trouxe alguns mecanismos que, se bem aplicados, servirão para mitigar os riscos de litígios ou da demora em sua solução. Isso porque a Lei nº 14.133/2021 consolidou meios alternativos para resolução de conflitos, além de demonstrar respeito dos órgãos contratantes com a legislação e os contratos firmados. Nesse mesmo sentido, conforme sugere o economista Cláudio Frischtak[33], é inegável a existência da problemática da insegurança jurídica, contudo diante deste cenário, é necessário que sejam estabelecidas conversas, em conjunto com os três poderes, a fim de que sejam promovidas soluções neste sentido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste trabalho proceder a uma crítica aberta, lastreada no desestímulo ao desenvolvimento consequente, acerca da rotina adotada processualmente pelo Ministério Público buscando desenfreadamente e sem qualquer critério objetivo prévio, a responsabilização de pessoas jurídicas de direito privado no âmbito de ações por ato de improbidade, quando existente alguma forma de vínculo com a Administração Pública. A premissa ministerial que justifica, via de regra, tal persecução é tão somente a

[31] INSEGURANÇA JURÍDICA AFASTA INVESTIDOR E PARALISA PROJETOS DE INFRAESTRUTURA, **Poder 360**, 30 de setembro de 2021. Disponível em: < https://www.poder360.com.br/conteudo-patrocinado/inseguranca-juridica-afasta-investidor-e-paralisa-projetos-de-infraestrutura/ > Acesso em: 30, setembro de 2022.

[32] http://www.portal.apeop.org.br/apeop-diz-que-a-nova-lei-de-licitacoes-representa-um-retrocesso-e-longe-de-evitar-as-causas-que-geram-corrupcao-devera-provocar-maior-inseguranca-juridica/. Acesso em 13/10/2022.

[33] https://www.poder360.com.br/conteudo-patrocinado/inseguranca-juridica-afasta-investidor-e-paralisa-projetos-de-infraestrutura/. Acesso em 13/10/2022.

existência de uma relação público-privada, a partir da qual as instâncias controladoras presumem a ilicitude e o conluio e submetem a *quaestio* ao crivo do judiciário, cujo tempo para decidir definitivamente foge – e muito – ao razoável. Os efeitos econômicos de desestímulo ao desenvolvimento decorrente de tal reiterada postura são ululantes. Em verdade, cria-se um ambiente hostil aos investimentos em setores no qual o vínculo com o Poder Público é essencial.

Definitivamente, isso não é legítimo, sequer democrático e nem republicano. Não se concede um exercício abusivo do direito de acionar. O abuso de direito se verifica quando o poder público exerce a sua faculdade de acionar quem quer que seja, com base na Lei de Improbidade Administrativa, sem que haja um mínimo de indício da prática de um ato devasso. Mesmo que o réu seja inocentado *a posteriori*, ao término da morosa lide, o dano à sua imagem fica entranhado no meio social que ele convive (e em caso de empresas, no mercado por ela ocupado), pois a cada dia que passa existe a dor de quem se vê alçado à injustiça condição de réu. A ação de improbidade administrativa traz para o réu graves consequências de ordem moral e jurídica; portanto, seu pleno exercício deve ser manejado de forma responsável, pois a ninguém (muito menos ao Estado e às suas instituições constitucionalmente assentadas) é dado o direito de invadir a honra e a privacidade de quem quer que seja.

O uso do poder de acionar não é arbitrário e não se abriga nos humores ou na preferência da autoridade responsável pelo ajuizamento da lide. Exige-se um mínimo de plausibilidade jurídica no ingresso da ação de improbidade administrativa. Desse modo, o Estado, no desempenho de sua finalidade de assegurar a ordem jurídica, não pode ser irresponsável na sua atuação, tendo em vista que é legítimo trazer para à sociedade a segurança de que as instâncias controladoras ou detentoras dos ferramentais que materializam o Direito Administrativo Sancionador não perseguirão pessoas ou grupos com a propositura de ações temerárias, que trazem no seu âmago o espírito da perseguição ou da vingança política. A prudência é necessária para conferir uma dose de equilíbrio no direito de acionar, pois a ninguém é dado o direito de utilizar a via da ilegítima investigação penal/administrativa para atingir o homem público, sem que estejam presentes indícios ou justificações concretas e sérias, obtidas por meio lícitos, não decorrendo da criação da vontade de quem quer que seja.

Na prática, com uma atuação parcial, o Ministério Público vem multiplicando o ingresso de ações por ato de improbidade sem quaisquer critérios mínimos, muitas delas sem mínima fundamentação individualizada e pormenorizada, tentando impingir em tais

ações uma função de efetiva panaceia. Realmente, as diversificadas atuações dos membros do *parquet*, tanto no âmbito federal, como no estadual, chegando a formular pedidos juridicamente impossíveis e a agir sem o devido interesse processual, têm, segundo cremos, extravasado os limites estabelecidos na legislação pátria, de sorte a tornar a ação em estudo incapaz de atingir o escopo perseguido pelo demandante. Assim, nasce o abuso de direito do Ministério Público, quando propõe ações natimortas, em que inexiste o ato de improbidade administrativa, sendo improcedente por falta de tipicidade da conduta. Essa proliferação de ações ilegítimas não se encerra rapidamente, pois nosso sistema processual é extremamente perverso, com uma tramitação lenta, parece concebido para que o processo não termine, sangrando o réu da ação quase até a morte, pois a simples propositura de tão grave ação de improbidade administrativa é um ultraje para quem não deu azo ao seu enquadramento.

Ações de improbidade administrativa que tenham sido ajuizadas em desfavor de sociedades empresárias e empresários sem nenhum indício mínimo de **dolo** e **conluio** com agentes públicos – institutos que definitivamente não se presumem – não podem prosperar, sequer deveriam ter sido distribuídas. É ônus processual primário do *parquet* descrever e demonstrar minuciosamente que a hipótese posta em juízo ultrapassa essas situações. E cabe à advocacia combativa tolher tais abusos, manejando os instrumentos cabíveis com altivez e parcimônia, sem medo de retaliações.

Nesse sentido, a legitimidade para a propositura da Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa atribuída ao *parquet* (e agora exclusiva por força legal[34]) deve ser materializada por seus membros com harmonia, responsabilidade sem que o exercício de tão pujante atribuição preste-se a desestimular a economia nacional movida por vaidades pessoais ou perseguições políticas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura. Curso de Direito Constitucional. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil anotada. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1998.

[34] Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

BULLOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena.** Revista Emerj, v. 12, nº 45, 2009.

CAMMAROSANO, Márcio Alexandre. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2006

CAVALCANTI, Pedro. **A corrupção no Brasil.** São Paulo: Siciliano, 1991.

COTRIM, Gilberto Vieira. **Direito e legislação: introdução ao Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1996

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARRI, Pietro. **Teoria Giuridica Della Pubblica Amministrazione.** Roma: Dott Antonio Millani, 1964.

GRAU. Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.
LOBO, Paulo. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELO, Inês da Trindade Chaves de. **Questões atuais e controvertidas na ação de improbidade administrativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSÓRIO, Fabio Medina. Improbidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998.

RODRIGUES, C. A. F. **Estado, política e sociedade.** In: OLIVEIRA, R. C. S. (Org.). **Sociologia: consensos & conflitos.** Ponta Grossa: Editorial da UEPG.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1979.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **Minimanual compacto de história geral: teoria e prática**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2010.

SILVEIRA. Clariana Oliveira. Um breve histórico da improbidade administrativa no Brasil. Ed. Saraiva, 2011.

WEFFORT, Francisco Correia. **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau.** v.1. 13.ed. São Paulo: Ática, 2001.