

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**MANOEL MESSIAS PEIXINHO**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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

---

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Manoel Messias Peixinho; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-346-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administrativo. 3. Gestão. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

---

#### **Apresentação**

#### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, trouxe um espaço virtual e síncrono de debates e discussões altamente qualificados, reunindo a comunidade jurídica e, em especial, os docentes e discentes dos programas de pós-graduação em direito do Brasil.

Estamos há mais de um ano da maior crise sanitária dos últimos tempos, uma pandemia que já matou mais de 500 mil brasileiros. Inobstante as enormes adversidades por que passamos neste período, a pesquisa científica não pode parar. Os novos desafios impõem alterações consideráveis no direito administrativo e na gestão pública brasileira, com um sem número de alterações legislativas, editadas com vistas a responder às demandas trazidas pela Covid-19.

Com vistas a problematizar este momento tão atípico, e na tentativa de buscar conjuntamente soluções, o CONPEDI, mais uma vez, ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível.

A possibilidade de dialogar com nossos pares em tempos tão difíceis é como um sopro de esperança para todos e, nesse sentido, as pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I” reuniram um amplo e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos e discussões abertas, horizontais, dialógicas e plurais. Contribuições marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios advindos da pandemia e, também, deste novo direito administrativo "de emergência".

A Academia (esta herança grega histórica e humanisticamente insubstituível do Ocidente) somente existe e é legitimada por meio do saber crítico – que é libertador - a visar às transformações políticas, sociais, econômicas e culturais. A produção científica do CONPEDI é resultado dos seus Congressos nacionais e internacionais, que são eventos dialógicos e dialéticos, físicos e virtuais, e da produção científica decorrente de artigos acadêmicos apresentados por estudantes e professores. Este GT concilia, transdisciplinarmente, o Direito Administrativo com a Gestão Pública num contexto histórico

dramático, imprevisível e emergencial (COVID-19) em que há o desafio irrenunciável das administrações públicas federativas na alocação de recursos financeiros eficientes, transparentes e inclusivos.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DECOLONIZAR O DIREITO ADMINISTRATIVO? UMA REFLEXÃO SOBRE OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES
2. A IDEOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS NO PREÂMBULO COMO VETOR HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
3. INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA (RE) PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
4. AS RAÍZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO PATRIMONIALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A SUA PRESENÇA NA GESTÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL
5. EMERGÊNCIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE DIRETRIZES POLÍTICAS PRA DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS.
6. REGULAÇÃO CENTRALIZADA VERSUS DESCENTRALIZADA: QUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL É MAIS SUSCETÍVEL A INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS?
7. A LEI ROBIN HOOD COMO INSTRUMENTO LEGAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: O CONTROLE SOCIAL NO CAMINHO DAS NOVAS TECNOLOGIAS
9. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS
10. A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: POR UM PROCEDIMENTO MAIS JUSTO E CÉLERE

11. ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) NOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

12. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – O CASO DO ACORDO VALE S/A E ESTADO DE MINAS GERAIS

13. REGULAÇÃO EM DESEQUILÍBRIO: ESTRATÉGIAS PARA EQUILIBRAR AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

14. AVALIAÇÃO DE RESULTADO REGULATÓRIO: UM EXAME PRELIMINAR DAS NORMAS GERAIS VIGENTES

15. OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA EFETIVIDADE NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS

16. A ANEEL E A POLÍTICA REGULATÓRIA EXTRAFISCAL SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL?

17. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO NA PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

18. A ÉTICA DA ECONOMIA DA COMUNHÃO À LUZ DA EFICAZ DESTINAÇÃO DOS BENS MÓVEIS APREENDIDOS A LEILÃO

19. BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

20. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

21. O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL

22. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ANTES E APÓS A OPERAÇÃO QUINTO DO OURO

23. MUITO ALÉM DO CONTROLE: A ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO E REVISÃO REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

24. DESESTATIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS DE UMA ESTATAL DE SANEAMENTO APÓS O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO.

25. FUNÇÃO SOCIAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e do Rio de Janeiro (RJ), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Universidade Cândido Mendes (UCAM-Rio)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS**  
**LAW AND ECONOMICS OF PUBLIC AGENTS 'RESPONSIBILITY**

**Felipe Ramirez Gullo**

**Resumo**

A mudança legislativa ocorrida com a lei 13.665/2018 trouxe novos parâmetros para aplicação da responsabilização do agente público na esfera administrativa e civil, contudo, dois anos após esta minirreforma na LINDB, o debate ainda causa insegurança jurídica numa situação que beira a anomia. Em 2020, ano da maior pandemia da história recente, foram promulgadas as medidas provisórias que diminuíam a responsabilização de agentes públicos por atos relacionados ao combate da pandemia da Covid-19. O presente trabalho tem como objetivo colocar o problema da responsabilização dos agentes públicos sob a ótica da análise econômica.

**Palavras-chave:** Controle da administração pública, Análise econômica do direito, Gestão pública, Erro grosseiro

**Abstract/Resumen/Résumé**

The changes of the Brazilian laws brought new standards for the application of the accountability of the public agent in the administrative and civil spheres, however, two years after this mini-reform at legislation, the debate still causes legal insecurity in a situation that borders on anomie. In 2020, the year of the biggest pandemic in recent history, provisional measures were enacted that reduced the accountability of public officials for acts related to combating the Covid-19 pandemic. This paper aims to place the problem of accountability of public agents from the perspective of Law and Economics.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Control of public administration, Law and economics, public administration, Gross error

## 1. Introdução

A Lei nº 13.655/2018 trouxe dez novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.57/42), dentre eles o artigo nº 28, *in verbis*: *O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*. Apesar de comumente associado à promoção da segurança jurídica, o objetivo do projeto de lei é aprimorar a gestão pública nacional.

Ou seja, sua principal meta era enfrentar o gargalo jurídico, pois devido, principalmente, da forma como estamos lidando o direito aplicado, o projeto quis atacar o vazio gerado pelas ineficiências gerenciais (JORDÃO, 2018, p. 3).

Após dois anos de sua promulgação percebe-se que o gargalo continua e a mudança legal não foi suficiente para estabelecer a segurança jurídica almejada. Fenômenos sociais como “apagões da canetas”, “Direito Administrativo do Medo” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018, p. 01) (SUNDFELD, 2017) ainda estão presente no dia-a-dia do direito administrativo pátrio e, principalmente, na aplicação do controle.

O direito administrativo do medo trata-se da chamada paralisia decisória. Os gestores públicos não decidem e não tomam medidas inovadoras que contém risco de erro, pois possuem medo de que o controlador enquadre sua conduta como ilegal, ou como ímproba, utilizando-se do amplíssimo artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

O controle se tornou grande responsável por este medo devido à percepção legal e social de que a corrupção ainda é presente em muitas instâncias da administração pública. Fazendo com que os órgãos de controle ajam com demasiada cautela, mesmo que isso configure atraso e inércia na gestão dos recursos. Isso tudo levanta a pergunta: qual grau de liberdade se pode conceder ao agente público de boa-fé para arriscar e inovar, ao mesmo tempo, que mantem-se o controle ativo e relevante para evitarmos o descaso com o patrimônio público?

O grande objetivo aqui é introduzir esta questão na seara da análise econômica, mais especificamente, na teoria econômica do crime. Assim, para responder tal pergunta traremos como foram respondidas outras questões semelhantes a esta pela teoria, tais como: “qual a eficácia dissuasória da pena de morte em comparação com penas mais brandas como a multa e/ou prisão no que diz respeito ao crime de furto?”

Assim, o alvo mais preciso aqui é evidenciar a razão do fenômeno do “apagão das canetas” pela ótica da análise econômica do direito, pois, levantamos a hipótese de que, no momento que o órgão de controle não afina o seu calibre ao tentar pegar o agente público



corrupto, extremamente displicente e/ou ímprobo que causa um imenso estrago, e muita das vezes irreparáveis, ao erário e a população, atinge e cerceia junto o agente público de boa-fé inovador, causando assim um afastamento lógico e econômico de pessoas de boa-fé avessas a este tipo de risco e atraindo aqueles que analisarão o risco e os considerarão diante de ganhos muita das vezes ilegais.

O trabalho será dividido em duas partes, a primeira parte tratará da responsabilidade dos agentes públicos e sua evolução. Na segunda parte, o enfoque será na análise econômica do crime e sua aplicação na tentativa de solucionar o impasse entre liberdade de atuação do agente público versus grau de responsabilização da atuação do agente público.

## **2. A responsabilidade dos Agentes Públicos**

### **2.1. A responsabilidade Administrativa e Civil**

A responsabilidade administrativa (disciplinar) e civil (patrimonial) dos agentes públicos não se define por presunção ou pela simples ocorrência de dano à administração ou a terceiros, pois administrar implica funções proativas de prestação de serviços públicos, abrange considerações complexas e decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo Legislador. Logo, a ação ou omissão de agentes no campo funcional presume-se de boa-fé.

E a mudança legislativa trazida pela Lei 13.665/2018 confirma essa afirmação, contudo, dois anos após esta minirreforma da LINDB, o debate em torno da aplicação e do significado dos institutos presentes nestes artigos ainda está em vigor.

Em 2020, ano da maior pandemia da história recente, foi promulgada a medida provisória 966 que diminuía a responsabilização de agentes públicos por atos relacionados ao combate da epidemia da Covid-19, exigindo a presença de dolo ou erro grosseiro para que agentes públicos sejam responsabilizados por ação ou omissão nas medidas de combate ao coronavírus ou na mitigação dos efeitos econômicos causados pela epidemia. Isso trouxe à baila o debate sobre a definição do que é “erro grosseiro” presente tanto na MP quanto no art. 28 da LINDB. Apesar da presente medida provisória não ter se tornado lei, pois em 10 de setembro de 2020 teve seu prazo de vigência encerrado sem a votação na câmara dos deputados, antes de sua revogação conseguiu suscitar o debate premente, pois sete ações diretas de inconstitucionalidade a questionaram no Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup> que não perderam o seu objeto por, agora, analisarem o período de sete meses de sua vigência.

---

<sup>1</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJ: Não publicado;

## 2.2. Histórico e evolução da Responsabilidade Administrativa e Civil do Agente Público

É preciso esclarecer que para ocorrer responsabilidade dos agentes públicos é necessário, no mínimo, a presença de dano ou o agravamento do risco de dano antijurídico; que o ato seja relevante (não insignificante); minimamente reprovável (possível de ser evitado); culpável; e diretamente imputável à ação ou omissão específica do agente público. E não é muito afirmar que esses elementos exigem investigação e prova das circunstâncias concretas do agir ou da inação dos agentes no exercício de função e da presença de causas excludentes da responsabilidade (MODESTO, 2020, p. 136).

Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva, diversa completamente da lógica da responsabilidade objetiva do Estado<sup>2</sup>. Na responsabilidade subjetiva, além do nexo de imputação e da lesão ao bem jurídico em si, procura-se o dolo ou a culpa do suposto infrator<sup>3</sup>.

Isso nos leva para a pergunta, portanto: qual o grau de culpa devemos utilizar? Culpa simples ou culpa grave/erro grosseiro? A medida provisória 966 introduziu normas interpretativas que determinavam, no caso do combate do coronavírus, como se aplicaria o dispositivo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em termos semelhantes ao do parágrafo primeiro que constava deste artigo, vetado por ocasião da sanção da Lei nº 13.655/2018<sup>4</sup> e, por igual, ao enunciado do artigo 54 do Anteprojeto de Normas Gerais de Organização Administrativa, que antecedeu e influenciou a elaboração da LINDB<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Por força da tese da dupla garantia, adotada pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o terceiro jamais não pode reivindicar indenização diretamente do agente público, mas sim do respectivo ente público (o “Estado”). A responsabilidade do Estado perante o terceiro é objetiva e, portanto, independe da presença de culpa, tudo porque, como a atividade estatal cria risco de danos a terceiros, cabe ao Poder Público absorver financeiramente esse risco (teoria do risco administrativo). É assegurado, porém, direito de regresso do Estado contra o agente público no caso de culpa ou dolo, à luz do art. § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

<sup>3</sup> A responsabilidade subjetiva se dará quando o causador de determinado ato ilícito atingir este resultado em razão do dolo ou da culpa em sua conduta, sendo obrigado a indenizar do dano causado apenas caso se consume sua responsabilidade. Exemplo clássico que podemos seguir será em um acidente de ônibus, onde o motorista do veículo será compelido a indenizar dos prejuízos, caso seja provada a vontade de praticar aquele ato (dolo) ou ainda que haja a presença de negligência, imprudência ou imperícia (culpa).

<sup>4</sup> O § 1º do Art. 28 do Projeto de Lei nº 7.448, de 2017 (nº 349/15 no Senado Federal), enunciava: “§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.” Este parágrafo foi vetado pelo Presidente da República com a justificativa de que “[A] busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.”

<sup>5</sup> “Art. 54. Os órgãos de consultoria jurídica da administração, independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas

Assim, de acordo com a MP 966, o conceito de erro grosseiro para fins de responsabilização patrimonial e disciplinar dos agentes públicos é equivalente ao de culpa grave. Este entendimento da culpa grave equivalente ao erro grosseiro surgiu na jurisprudência muito antes da alteração da LINDB. Foi invocado em sede de responsabilização dos agentes públicos a partir de decisões do STF sobre sanções aplicadas a pareceristas públicos a situações similares<sup>6</sup>. Essa jurisprudência foi explorada e aplicada com precisão por acórdão lavrado pelo Ministro Luiz Fux, com invocação também da LINDB<sup>7</sup>.

Em que pese esta vasta gama jurisprudencial a favor da aplicação do erro grosseiro/culpa grave para fins de responsabilização do agente público, ainda permanece o cabo de guerra.

E a prova que existe o debate, foram as sete ações diretas de inconstitucionalidades que questionaram a medida provisória<sup>8</sup>. Para somar a celeuma, o Ministro Barroso, em seu voto, não verificou inconstitucionalidade formal da MP, mas propôs dar interpretação conforme a Constituição para delimitar o que caracteriza erro grosseiro.

A proposta, portanto, foi para tratar como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente por não cumprimento de normas e critérios científicos e técnicos; e ainda violação dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente de normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas. Ainda em seu voto, ponderou a razão da necessidade de qualificar o que é erro grosseiro, *in verbis*:

---

aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais. § 1º Os agentes dos órgãos a que se refere o caput deste artigo não serão passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão. § 2º Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgão de supervisão ou controle, inclusive judicial”

<sup>6</sup> MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/2008; MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18.9.2012; MS 30928 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe-171, 15-08-2016

<sup>7</sup> MS 35196 AgR, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe-022 04-02-2020

<sup>8</sup> No início deste trabalho a MP 966/2020 estava ainda em vigor, contudo em 10 de setembro de 2020 ela teve seu prazo de vigência encerrado sem a sua votação na Câmara dos Deputados, porém antes de sua revogação conseguiu suscitar o debate premente, pois sete ações ainda questionam a MP no Supremo Tribunal Federal (ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427 e 6.428 e 6.431) que não perderão o objeto por se tratar de um período de sete meses de sua vigência.

*Por essa razão, deixo de me manifestar, por ora, sobre a complexa questão, que também decorre da LINDB (e de seu decreto regulamentador por arrastamento), de saber se é possível limitar a responsabilidade dos agentes públicos em geral aos casos de erro grosseiro ou de dolo e, portanto, excluir sua responsabilidade na situação de culpa simples ou de erro escusável, que é o objeto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A questão envolve, de um lado, uma leitura do alcance do princípio republicano e do art. 37, § 6º, CF; e, de outro lado, uma compreensão aprofundada sobre as circunstâncias e particularidades do processo decisório dos agentes públicos em situações de incerteza, urgência e assimetria de informações, bem como dos problemas relacionados ao exercício do poder de controle sobre tais autoridades[1]. Já adianto que há duas coisas muito ruins para a administração pública e o bem comum: de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras. Essa questão fica, portanto, postergada para o exame do mérito da presente ação, dado que, ao que tudo indica, não é imprescindível ao exame da cautelar.<sup>9</sup>*

A necessidade de se editar medida provisória para reafirmar e detalhar disposição expressa em lei vigente, que inclusive aplica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob argumento de premente necessidade de atenuar a insegurança jurídica, é amostra de que não cessou ainda, principalmente, em momento da pandemia da Covid-19, o debate do grau de culpa que deve ter a responsabilização do agente público.

Tudo devido a disposição lacônica do artigo 28 da LINDB que por estar desacompanhada de seus parágrafos, não consegue consolidar um parâmetro forte para sua aplicação, fazendo permanecer assim a resistência dos órgãos de controle em sua aplicação.

### **2.3.“Erro Grosseiro”: Controle X Legislação e Jurisprudência**

Devido a falta de parâmetro forte para aplicação do artigo 28 da LINDB, o órgão de controle, Tribunal de Contas da União - TCU, fez uma distinção não contemplada na LINDB

---

<sup>9</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJ: Não publicado

para fins punitivos no artigo. Para o órgão seria exigida, com fundamento no § 06º do artigo 37 da Constituição, a prova de dolo ou da culpa simples, *litterim*:

*“O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito”*<sup>10</sup>

Em outros Acórdãos, o TCU invoca a exigência de “especial zelo” e a figura idealizada do “administrador médio” como parâmetro de controle<sup>11</sup>. Na MP 966, os artigos 02º e 03º cuidavam de esclarecer aspectos da aplicação do conceito de erro grosseiro, considerando os itens I a IV do Art. 3º. da MP 966/2020, sintonizados perfeitamente com o artigo 22 da LINDB<sup>12</sup>, assimilado à culpa grave, mas limitando essa situação à prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia e o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19.

Porém, em que pese se aplicar somente neste evento, caso se tornasse lei, ela abriria importante precedente legislativo como um norte de segurança jurídica numa situação que beira a anomia. Incerteza jurídica paralisante e desincentivadora do bom gestor na Administração Pública brasileira

---

<sup>10</sup> Acórdão 2.391/2018, Plenário, Tomada de Constas Especial, Rel. Min. Benjamin Zymler, Boletim de Jurisprudência do TCU n. 241 de 06/11/2018).

<sup>11</sup> Acórdão 2.860/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman;

<sup>12</sup> “ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Ao que parece a primeira impressão é que órgãos de controle parecem crer que basta ao administrador seguir os comandos normativos, para que não venha a ser punido. Esse gestor público tem, inclusive, um título. É o administrador médio (DE PALMA, 2020, p. 01), segundo a jurisprudência do TCU. Trata-se de uma mente iluminada, que age irrepreensível, cautelosa e diligentemente.

Na verdade, isto só causa o medo do suposto administrador médio que eles tanto querem ajudar e proteger. E o medo aqui não é irracional ou ilógico, longe disso, trata-se realmente de sintoma da aversão ao risco causado pela insegurança jurídica.

À título explicativo e abonador, existem três tipos de medo que o agente público pode ter ao administrar, e só um dele envolve os órgãos de controle: i) ele pode ter medo das consequências para terceiros. Medo típico da sociedade de risco. Será que o remédio que está sendo licenciado é de fato adequado, foi devidamente testado, seus efeitos colaterais e interações estão devidamente mapeadas? Será que o impacto ambiental de tal empreendimento está corretamente medido?; ii) ele pode ter medo das consequências eleitorais do ato, do seu impacto nas próximas eleições, de sua capacidade de agradar ou desagradar os eleitores; iii) o agente pode ter medo de consequências do ato que o atinjam diretamente. Nesse caso há duas possibilidades: o agente pode ter medo de ser vítima de um crime por parte de alguém que seja atingido pelo ato administrativo ou de ser punido por órgãos de controle ou por sua iniciativa se o seu ato for considerado ilegal.

Essa pressão que o gestor público passa é retribuída com a aplicação de sua visão de mundo na sociedade através das políticas públicas que ele pode promover de forma prática e/ou ideológica. É prudente, portanto, essa gradação da culpa pela MP, pois traz realismo à gestão pública e ao controle e, fato que a LINDB só trouxe em termos gerais.

Esta lógica não infringe ainda o ordenamento, pois ela é usual a graduação da culpa em diversos diplomas infraconstitucionais precedentes quanto à responsabilidade, por exemplo, da responsabilização dos magistrados (art. 133 do CPC/73; art. 143, I, do CPC/2015 e art. 49 da LC 35/1979), dos membros do Ministério Público (art. 85 do CPC/1973; art. 181 do CPC/2015), dos advogados públicos (art. 184 do CPC/2015) e dos defensores públicos (art. 187 do CPC/2015).

A MP 966, como norma interpretativa, densificava o artigo 28 da LINDB para garantir maior segurança jurídica a agentes que não contam com a cobertura de normas especiais de graduação da culpa e, no mesmo passo, estabeleceu aos órgãos de controle que

deixassem de adotar para o juízo de censura de agentes públicos paradigmas como administrador médio, conceitos presumidos ou a culpa simples.

Para que todo e qualquer juízo de responsabilização, seja de reparação ou sanção punitiva, diante dos dispositivos ora expressos, passando a exigir avaliação contextual e individualizada, pois deveriam ser considerados no juízo de caracterização do erro grosseiro ou falta grave os obstáculos e dificuldades reais do agente público.

Lembrando que estas disposições não afastam a responsabilidade penal, política ou a responsabilidade por improbidade de qualquer agente público, pois a responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos são apenas duas das faces da responsabilidade. Assim, nenhum agente de má-fé deixará de ser responsabilizado na esfera política, penal ou por improbidade em razão do art. 28 da LINDB ou dos Arts. 2º e 3º da MP 966/2020. E o agente inábil ou que erra de modo escusável não é equiparado ao gestor de má-fé ou ímprobo, este último punido por legislação especial (Lei 8429/1992), exigente de conduta dolosa ou, pelo menos, eivada de culpa grave.

É indiscutível que atuação de má-fé na esfera administrativa deve ser punida e avaliada com rigor. Os gestores de boa-fé, no entanto, para o controle não pode ser uma surpresa na gestão, um incentivo para a inércia, um desincentivo para a inovação, o tutor obrigatório a que se deve ser consultado antes de qualquer decisão, pois processos de risco complexos desafiam a capacidade de compreensão e reação dos gestores. Existem as atividades em rede, envolvendo coordenação de interesses e a ativação de parceiros e órgão diversos, exigem flexibilidade, estratégia e experimentalismo. A complexidade jurídica, elevada ao plano da juridicidade e não apenas da legalidade, oferece diversas trilhas de decisão.

O ato administrativo mais desafiador de ser montar é aquele que constrói o planejamento da ação futura e, por sua vez, deve viabilizar a preservação dos interesses das atuais e futuras gerações. Este processo decisório se torna inviável quando o passado é incerto e o entendimento dominante e fundamentado em um tempo histórico passa a ser avaliado no futuro, em termos retroativos, como algo desajustado ou ilegítimo.

De fato, numa interpretação teleológica do § 06º do art. 37 da Constituição só admite o direito de regresso quando o agente público tiver causado um dano a terceiro por se desvirtuar do que legitimamente se espera de sua atuação no serviço público. Deste modo, a Constituição, em momento algum, objetivou transferir ao agente público os riscos próprios da hermenêutica jurídica nem quis suscitar o crime de exegese.

Neste contexto, estamos numa situação caótica e urgente causada pela pandemia da Covid-19 e a medida provisória nº 966/2020 estendeu o “regime especial de responsabilização”. O escopo da norma é bem amplo. Alcança, praticamente, todos os atos administrativos praticados durante o estado de emergência de saúde pública causado pela pandemia. Vários exemplos podem ser arrolados neste caso como os atos relativos a: i) concessões de benefícios assistenciais; ii) atendimentos médicos prestados nos hospitais públicos que recebem pacientes com Covid-19 durante o período da pandemia, pois, ainda que indiretamente, todos os serviços hospitalares estão sendo atingidos pela pandemia; iii) os atos praticados no curso dos processos licitatórios e de contratações relacionadas a produtos ou serviços relacionados com a pandemia, desde os atos mais simples (como o de pesquisa de preço) até os mais complexos; iv) os atos de apreensão de bens, de autuação ou de restrição de circulação de pessoas praticados por fiscais ou policiais no contexto da pandemia.

Este impasse em que um lado, os agentes públicos não sejam compelidos a posturas burocratizantes por conta do “Direito Administrativo do Medo” e, de outro lado, não sejam induzidos a mergulhar no descaso com a *res publica* ou a afundarem na corrupção, tem que ser sanado. E a proposta aqui é evidenciar que nenhum dos lados quer impunidade para o mau administrador, nem amarras desnecessárias ao bom administrador.

E para apaziguar este debate, trouxemos conceitos da Teoria de Análise Econômica do Crime como vetor de interpretação para este impasse, pois nesta teoria veremos que o ponto principal não é em si punir e sim prevenir o dano.

O objetivo da análise econômica do crime é ver como os incentivos negativos e positivos funcionam para que os indivíduos não cometam crimes/infrações. Melhor alternativa aos órgãos de controle e julgadores no controle do agente público corrupto, extremamente displicente e/ou ímprobo, pois o dano que ele causa é muito desproporcional a pena sofrida comparado ao imenso estrago que, muitas das vezes é irreparável, ao erário e a população.

Esta abordagem de raciocínio também é possível de se montar, pois apesar de estarmos falando da responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos não estarem dentro da seara penal, os casos de corrupção e improbidade estão. Logo, a forma de aplicação se encaixa perfeitamente.

Tanto é, que a partir desta visão, como um exemplo, já está consolidada a razão para o fenômeno do “apagão das canetas”, pois, de acordo com a Teoria de Análise Econômica do Crime, quando se estabelece penas severas para “crimes triviais” (por ex., a pena de morte para um crime de furto simples), pode significar aniquilar quaisquer incentivos para o bom



(ou menos mau) comportamento por parte dos criminosos (porque, nessa circunstância, pareceria a estes que as “ofensas à sociedade” não tinham uma escala valorativa associada).<sup>13</sup>

Agora, para sanar o debate e mostrar ao controlador o problema sob a ótica da Teoria da Análise Econômica do Crime, devemos fazer um breve apanhado sobre a teoria para chegarmos em suas propostas de soluções para problemas tão complexos.

### **3. Análise Econômica do Crime e sua aplicação**

A ponte de analogia presente entre o grau de responsabilização do agente público e o crime e a infração existe quando se pretende evitar a proliferação do mau-gestor, do agente corrupto, do agente improbo, assim como se pretende evitar o criminoso e infrator. Em que pese a natureza desta teoria estar intimamente ligada a atos humanos muito mais danosos e de difícil reparação como assassinato, o fato da prevenção do ato ser muito melhor que sua remediação, enquadra de perfeitamente ao atos administrativos que sejam de agentes públicos corruptos e ímprobos.

Porém, como todo exercício teórico analógico, estabeleceremos o que é este tipo de análise para depois aplicarmos a problematização levantada. A partir dos institutos e conceitos existentes poderemos perceber se teremos *outputs* novos que sanem as questões levantadas por todo este texto.

#### **3.1. O que é análise econômica do crime e quais as suas principais características?**

À primeira vista, poderá parecer estranho a ligação da economia ao crime e, conseqüentemente, ao Direito Penal. Principlamente, porque se considera objeto de estudo da economia as transações de mercado nas quais as partes agem de forma voluntária na procura de vantagens mútuas e, no outro lado, como na maioria dos crimes, não há qualquer consentimento; e, indo além, no plano metodológico consta o modelo de atuação adotado para o agente econômico que é o “*homo æconomicus*” que age de acordo com uma racionalidade limitada; e, ao invés disto, na realização do crime, o processo de decisão seria, frequentemente, impulsivo ou irracional.

Por isso, será apenas a partir do trabalho pioneiro de Gary Becker (BECKER, 1968, pp. 169-217), que se desenvolverá a ideia de que “os autores de delitos respondem a incentivos, quer positivos, quer negativos, e que o volume efetivo de delitos em relação à

---

<sup>13</sup> Nas palavras de G. Stigler: “If the offender will be executed for a minor assault and for a murder, there is no marginal deterrence to murder. If the thief has his hand cut off for taking five dollars, he had just as well take \$5,000. Marginal costs are necessary to marginal deterrence.” (BECKER, 1974, p. 57).

população é influenciado pela afetação de recursos públicos e privados à repressão penal [...] e a outros meios de prevenção criminal. [...]. Não é necessário que todos aqueles que cometem delitos específicos respondam a incentivos [...]; é suficiente que um número significativo de potenciais autores de delitos se comporte marginalmente de tal modo” (EHRLICH, 1987, p. 39).

Há quatro características distintivas da análise econômica para o estudo do crime e das suas implicações, quais sejam: a) ênfase no papel dos incentivos tem ou podem ter no comportamento dos indivíduos, partindo do princípio de que todos, sejam criminosos, vítimas ou forças da ordem e autoridades judiciais têm como objetivo principal a maximização de utilidades dentro de um contexto limitativo que lhes é específico; b) O uso de instrumentos matemáticos e métodos estatísticos como forma de distinguir os casos de correlação de casos de causalidade, em especial quando o contexto de aplicação de potenciais medidas públicas de combate ao crime não é passível (ou não se deseja que seja passível) de experimentação; c) Uma ênfase em políticas públicas, e nas suas implicações, em detrimento da avaliação de intervenções de pequena escala (p. ex.: há uma preferência por comparações de eficiência entre Estados com diferentes políticas criminais e sistemas judiciais penais, tendo em vista encontrar soluções “transplantáveis”, que permitam contrariar, da forma mais eficiente possível, o comportamento criminoso racional); d) O uso da chamada *análise custo-benefício* (ACB) como principal medida de avaliação da eficácia de políticas públicas contra o crime. (LEVITT, MILES, 2006, p. 148)

### **3.1. Por que todo crime pode ser entendido como uma externalidade negativa, mas só algumas externalidades é que são consideradas crimes?**

Numa perspectiva econômica, todo o crime pode ser definido como um tipo especial de externalidade, vez que consiste numa atividade pela qual um agente concretiza as suas preferências, independentemente de outros agentes afetados por esse comportamento terem preferências incompatíveis e de essa incompatibilidade não ter sido resolvida através de uma transação no mercado.

*Gary Becker* perante tais externalidades deste tipo configura a sanção criminal como uma adaptação da chamada “solução pigouviana” da autoria do economista A. Cecil

Pigou, 1920<sup>14</sup>. De acordo com essa adaptação, a sanção criminal pode ser entendida como uma taxa ou como um preço a se pagar pelo crime; tendo sempre em vista fazer com que esse preço seja igual ou superior aos denominados custos externos do crime, tais como, danos diretos e indiretos resultantes do crime, ou custos de prevenção, julgamento e aprisionamento.

Esta é, portanto, avaliação da sanção criminal numa perspectiva de eficiência. Mas se quiser ilustrar a mesma recorrendo a uma função de bem-estar social, então uma solução “pigouviana” pode vir a ser considerada insatisfatória, dado que, como lembra Kenneth Dau-Schmidt, é difícil acreditar que uma sociedade avalie os benefícios do crime e inclua os mesmos nos seus cálculos para a obtenção do que entende por máximo de bem-estar social.

Principalmente se o crime em causa for, como acontece com a grande maioria dos tipos penais, *malum in se*, como é o caso, por exemplo, do homicídio ou da violação, e não *malum in prohibitum*, como pode ser o caso, por exemplo, do furto realizado em estado de necessidade.

Acresce que todas sociedades admitem e defendem a existência de uma função punitiva do direito penal, tanto por razões de prevenção específica como geral, o que significa que, a principio, que rejeitam a possibilidade de existência de um crime socialmente benéfico. (DAU-SCHMIDT, 1990, pp. 12-13)

Assim sendo, se as sociedades não reconhecem uma valia social ao crime, poderia, legitimamente, perguntar-se o que é que impede ao estabelecimento de sanções criminais de custo exorbitante, que impeçam a prática racional do crime, pois ultrapassariam qualquer ganho esperado pelo criminoso, mesmo que este fosse muito otimista, e que permitam a tendencial redução dos crimes para zero.

Steven Shavell responde a esta questão dizendo que a redução dos crimes para zero com recurso a sanções de valor exorbitante não ocorre dadas, entre muitas outras, as seguintes razões: i) por haver informação imperfeita que pode alimentar expectativas puramente irracionais; ii) porque é necessário estabelecer sanções suaves para certos crimes; iii) porque há falhas na identificação, captura e julgamento de criminosos.

Por outro lado, como também alerta George Stigler, estabelecer penas severas para crimes triviais como já visto acima, pode significar eliminar quaisquer incentivos para o bom comportamento por parte dos criminosos, porque, nessa circunstância, pareceria a este

---

<sup>14</sup> A este respeito, ver, a título de mero exemplo: DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “Opportunity shaping, preference shaping, and the theory of criminal law”, in: COUGHLIN, Richard M. (Ed.) – *Morality, Rationality and Efficiency: New Perspectives on Socio-Economics*. N.Y., M.E. Sharpe Inc., 1991, pp. 43-44

mais vantajoso cometer crimes de grande monta numa relação simples de custo-benefício e que, ainda, as ofensas à sociedade não tinham uma escala valorativa associada.

Assim, a medida concreta das sanções criminais terá de passar pela fixação de valores elevados que, naturalmente, excedam os referidos custos externos do crime, mas não tão elevados ao ponto de os custos sociais da sanção poderem vir a ser superiores aos benefícios sociais que decorrem da utilização da mesma, por exemplo, ao nível da prevenção de futuros crimes.

Assim, arriscando responder à questão levantada no início desta parte, no entender de Gary Becker<sup>15</sup>, uma externalidade não transacionável só passa a ser considerada como sendo um crime quando não há montante que possa compensar o dano provocado.

Contudo, vale mencionar ainda que para autores como Guido Calabresi e Douglas Melamed, a questão da definição do que deve ser considerado crime ou não tem, antes, que ver com a necessidade de impedir o não cumprimento das chamadas “regras de propriedade” e “regras de inalienabilidade”.<sup>16</sup>

A definição de crimes passaria, portanto, por procurar evitar que, por exemplo, um ladrão furtar um relógio e depois pague apenas os respectivos danos, ou que um agente público tome a força alguma propriedade sem justificativa e depois pague somente os danos decorrentes dessa anexação.

Em outros termos, as sanções associadas aos vários tipos penais servem, no entender destes autores, para evitar que os agentes económicos consigam converter “regras de propriedade” em meras “regras de responsabilidade”.

### **3.2. Como a Teoria Económica do Crime pode solucionar o impasse entre liberdade de atuação do agente público e o grau de responsabilização da sua atuação?**

---

<sup>15</sup> Nas palavras de G. Becker: “[...] certain crimes, like murder or rape, are so heinous that no amount of money could compensate for the harm inflicted. This argument has obvious merit and is a special case of the more general principle that fines cannot be relied on exclusively whenever the harm exceeds the resources of offenders. For then victims could not be fully compensated by offenders, and fines would have to be supplemented with prison terms or other punishments in order to discourage offenses optimally. This explains why imprisonments, probation, and parole are major punishments for the more serious felonies; considerable harm is inflicted, and felonious offenders lack sufficient resources to compensate.” Ver BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, p. 196.

<sup>16</sup> Com efeito, Guido Calabresi e Douglas Melamed argumentam que a sociedade utiliza três tipos de regras para prevenir a ocorrência de danos por via de externalidades: a) as “*property rules*” (ou “regras de propriedade”), que impõem que o externalizador compre o seu direito a realizar a externalidade; b) as “*liability rules*” (ou “regras de responsabilidade”), que determinam que o externalizador é livre de realizar a externalidade desde que pague o que um tribunal (ou outra autoridade competente) determine que deve ser a compensação a atribuir aos que tenham sido negativamente afetados; e c) as “*inalienability rules*” (ou “regras de inalienabilidade”), que simplesmente proíbem a realização da actividade externalizadora, mesmo que os afectados estivessem dispostos a transacionar. (CALABRESI, 1972, pp. 1092-1093).

Os autores da teoria econômica adotam o modelo do agente econômico racional colocado em contexto de incerteza, em oposição de outras teorias explicativas do crime, que se focam na “insanidade” ou “anormalidade comportamental” dos agentes, ou que investigam causas de ordem sociológica ou cultural,

Nesse padrão, o indivíduo normal, mediano, comum escolhe praticar o ato criminoso se o resultado final do mesmo incluindo o risco de sofrer uma sanção ultrapassar o resultado que o mesmo poderia alcançar com recurso a alternativas legais.

A lógica presente neste pensamento foi bem apresentada, de uma forma eventualmente mais sofisticada, por Cesare Beccaria, quando este assinalou que, “*de uma maneira geral, o peso da pena [que deve ser pronta e próxima da ação criminosa], e a consequência de um delito, devem ser os mais eficazes para os outros e os menos duros possíveis para quem os sofre*”. (BECCARIA, 1998, p. 103).

Com efeito, para Gary Becker, é possível construir uma teoria que os criminosos são quase como quaisquer outros indivíduos e, nesse sentido, pode supor-se que os seus comportamentos serão, por norma, os típicos de um agente econômico racional que procura maximizar utilidades. (BECKER; LANDES, 1974, p. 2)

Com todo este arcabouço em mente, o problema do impasse teórico levantado neste presente trabalho pode ser mitigado recorrendo, agora, a uma útil simplificação facultada por Alison Oliver (BECKER, 1974, p. 2), pode dizer-se que, no “modelo padrão” de Becker, todos os potenciais criminosos recorrem a três variáveis para as suas análises maximizadoras de utilidades.

Por um lado, ponderam o benefício do crime (representado pela letra “B”) – benefício este que é subjetivamente configurado, pelo que inclui vantagens monetárias e psicológicas decorrentes da prática do crime. Por outro lado, deduzem a esse benefício os custos relacionados com as atividades de repressão do crime, sendo estes custos o resultado da multiplicação da severidade da pena (letra “C”) pela probabilidade de aplicação dela (letra “P”). Assim sendo, para que um crime seja cometido, o resultado final desta *análise custo-benefício* terá que ser positivo:

$$B - C.P > 0$$

Desta expressão podem, ainda, extrair-se, entre outros, os seguintes corolários: a) se o resultado final da análise aumentar, a frequência de crimes e o número de criminosos

aumenta (numa lógica similar à da lei da oferta); b) a redução do crime pode ser alcançada pela redução do benefício do crime – “B”, ou então pelo aumento da severidade da pena – “C” ou da probabilidade de aplicação da pena “P”; c) considerando que – “P” varia entre 0 (0%) e 1 (100%), pode concluir-se que a diminuição da probabilidade de aplicação da pena pode anular eventuais agravamentos das penas aplicáveis e, menos intuitivamente, pode também concluir-se que o aumento da probabilidade de aplicação da pena pode ter um grande efeito dissuasor, mesmo que essa probabilidade esteja associada a penas ligeiras.

Note-se, contudo, que os custos de oportunidade (vantagens perdidas decorrentes de alternativas legais de obtenção de rendimento) estão ausentes da referida equação<sup>17</sup>, embora possam ser incorporados na mesma (através, p. ex., da letra “O”). Neste caso, o crime já só será racionalmente cometido se se preencher a condição:

$$B - (C.P + O) > 0$$

Entre outros fatores, a importância dos efeitos contraditórios dos níveis de educação em duas das variáveis desta última fórmula: se, por um lado, o aumento médio dos níveis de educação contribui para aumentar benefício do crime – “B”, porque induz os criminosos para as áreas mais sofisticadas e, conseqüentemente, mais lucrativas (caso típico do crime organizado), em contrapartida aumenta-lhes o custo de oportunidade, dada a maior probabilidade de inserção desses indivíduos em atividades legais lucrativas.

Para entender, portanto, como resolver qual é o limite entre a liberdade de atuação do agente público e o grau de responsabilização da sua atuação, é preciso adentrar neste método, e considerar que não estamos tratando de todos os tipos de atos administrativos e de todos os agentes públicos. Cumpre, somente, entender a lógica que deve imperar sobre as várias espécies de atos que levam à constiuição e cerceamento de direitos privados e públicos dos particulares.

O ato administrativo que pode ser comparado a um ato criminoso, não pelo seu aspecto de dano a sociedade, mas de análise de risco de custo-benefício de seu agente. Pois, é no ato administrativo discricionário que o agente público tem certa margem de atuação em sua decisão, visto que o legislador, não podendo prever de antemão qual o melhor caminho a ser tomado e, principalmente, quais novos desafios surgirão na gestão, impeliu ao

---

<sup>17</sup> Mesmo não tendo sido profundamente tratada no seu artigo de 1968, Gary Becker colocou a hipótese de tais custos influenciarem o número de ofensas praticadas. Ver BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, p. 177.

administrador a possibilidade de escolha.

Nesta análise o agente público, principalmente aquele que está diante da insegurança jurídica e anomia em certos casos, aplica a fórmula apresentada acima da seguinte forma:  $B - (C.P + O) > 0$ , sendo “B” o benefício que para ele é subjetivamente configurado, pelo que inclui, por exemplo, um político em bem gerir sua prefeitura e/ou secretária, pois a inércia de um governante sempre é mal quista pela população; sendo “C” a incerteza ou certeza pelos órgãos de controle de ser punido por possível falha; e “P” a probabilidade dessa pena “C” acontecer; sendo “O” o custo de oportunidade que este mesmo agente poderia estar auferindo em outro ramo ou na iniciativa privada no qual os parâmetros de culpa e responsabilização já estão muito bem estabelecido.

Assim, caso este número dê maior que “0” o agente público se arrisca a aplicar a política pública, se não ele não arrisca. Vale mencionar que se o “O” sempre pesar nesta situação por ele ser intimamente ligado a “C”, afinal a punição vem antes só pelo fato do agente ser processado, acabando por fazer o agente pedir exoneração do cargo para não manchar sua carreira.

Assim, no momento que os órgãos de controle afirmam que aplicarão o artigo 28 com fundamento no § 06º do artigo 37 da Constituição exigindo a culpa simples causam duplo problema, pois na tentativa de aumentar a severidade da pena – “C” ou a probabilidade de aplicação da pena “P”, para evitar que os agentes públicos comentem verdadeiros crimes, impedem como efeito colateral que eles não arrisquem para melhor suprir a administração e ainda atraem para estes cargos aqueles que terão o benefício do ato administrativo “B” nesta análise custo-benefício de forma muito exagerada ocasionada, certamente, pela transformação do ato administrativo num ato criminoso de fato com ganhos diretos e pessoais como os da corrupção.

Assim, existem outras maneiras de atingir o objetivo dos órgãos de controle serem atuantes e precisos, sem deixar o Estado mais burocratizado, ineficiente e só atraente para o agente corrupto e improbo. Pode-se, por exemplo, dentro deste mesmo contexto separar o agente que errou do agente que cometeu erro grave – proposta esta da MP 966; pode benefício “B” ser mitigado para casos de corrupção, improbidade e desvios de verba causando ressarcimento dobrado de todo montante que provavelmente foi desviado; e, principalmente, não entendendo que a consideração da aplicação da culpa simples no caso em questão não aumenta a probabilidade de capturar “P” o agente corrupto e improbo e sim amarra pelos pés o agente de boa-fé que arrisca e não consegue atingir bons resultados.

Portanto para que severidade da pena – “C” ou a probabilidade de aplicação da pena “P” sejam efetivos para dissuasão dos agentes nestes casos deve-se sim aumentar os meios de vigilância sobre os atos administrativos e suas repercussões fazendo com que o próprio órgão de controle se modernize e consiga separar o joio do trigo.

#### **4. Conclusão**

Em resumo, a responsabilidade administrativa e civil dos agentes públicos ainda necessita de avanços, os artigos 20 a 30 da LINDB já representam uma plausível reação legislativa à situação do “apagão das canetas”. A MP nº 966/2020, sensível ao ambiente caótico da pandemia da Covid-19, apesar de não se tornada lei aumentou o regime especial de responsabilização dos agentes públicos, por ter enxergado que o cenário de “apagão das canetas” seria capaz de inviabilizar várias políticas públicas urgentes. No futuro, após a pandemia, outras reflexões devem vir a ser suscitadas.

O presente trabalho expôs que sob a ótica da Teoria da Análise Econômica do Crime é válida para pensar e acrescentar ao debate e mostrar ao controlador como seu raciocínio acaba por criar mais danos que soluções, como da aplicação da culpa simples no caso em questão não aumenta a probabilidade “P” de capturar o agente corrupto e improbo e sim amarra pelos pés o agente de boa-fé que arrisca e não consegue atingir bons resultados.

#### **Referências**

1. BECCARIA, Cesare (1766) – *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa, FCG, 1998, p. 103.
2. BECKER, Gary – “Crime and punishment: an economic approach”, in: BECKER, Gary; LANDES, William M. (Eds.) – *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. N.Y., CUP, 1974, p. 2
3. BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, p. 177.
4. BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, p. 196.



5. BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, pp. 169-217.
6. BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) – *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. N.Y., CUP, 1974, p. 57.
7. CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. – “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, in: *Harvard Law Review*, 85 (6), 1972, pp. 1092-1093
8. COUGHLIN, Richard M. (Ed.) – *Morality, Rationality and Efficiency: New Perspectives on Socio-Economics*. N.Y., M.E. Sharpe Inc., 1991, pp. 43-44
9. DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy”, in: *Duke Law Journal*, 1, 1990, pp. 12-13.
10. DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Quem é o ‘administrador médio’ do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. JOTA, São Paulo, 22 de Agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 04 dez. 2020.
11. EHRLICH, Isaac (1987) – “Crime e punição”, in: *Sub Judice*, 2, 1992, p. 39 (este texto é a reprodução traduzida e autorizada do artigo “Crime and punishment”, publicado em 1987).
12. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O art. 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. *Conjur*. 25 jul. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador> > 12 dez. 2020;
13. MODESTO, Paulo. MP 966 e a Responsabilidade dos Agentes Públicos. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado*

do Paraná. - n. 12, (2020) - \_ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2020. Pag. 136

14. JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro;

15. LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. – “Economic contributions to the understanding of crime”, in: Annual Review of Law and Social Science, 2, 2006, p. 148