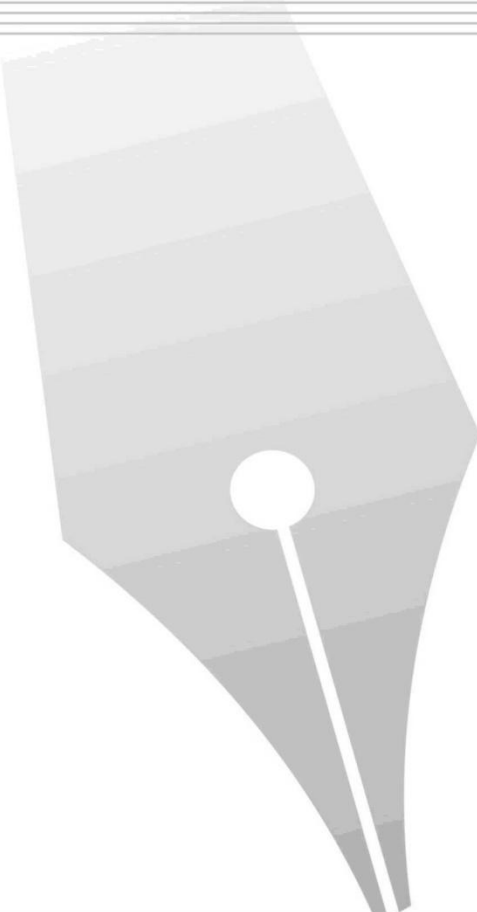


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA
COMO HIPÓTESE DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: Possibilidade e
efeitos na prevenção e no combate
à corrupção**

Carlos Humberto Prola Júnior
Benjamin Miranda Tabak
Júlio César de Aguiar

Textos para Discussão

182

Setembro/2015

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

PROLA JR, C. H.; TABAK, B. M.; AGUIAR, J. C.. **Gestão Pública Temerária como Hipótese de Improbidade Administrativa: Possibilidade e efeitos na prevenção e no combate à corrupção.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/2015 (Texto para Discussão nº 182). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 23 de setembro de 2015.

GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA COMO HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE E EFEITOS NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À CORRUPÇÃO

RESUMO

O presente trabalho avaliou dados da *Transparency International*, de processos judiciais e de inquéritos civis, que indicam a ineficiência da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa por nosso Sistema de Justiça. Essa ineficiência é reforçada pelo entendimento dos Tribunais, que exigem, para a configuração de atos de improbidade, a demonstração de “desonestidade” ou “má-fé” do agente público, afirmando que a lei não alcança o administrador “inábil, despreparado, incompetente e desastrado”, deixando sem punição a gestão temerária, ineficiente, com menosprezo da legislação e das boas práticas administrativas, condutas que denotam deficiência de *accountability* e que muitas vezes estão associadas a casos de corrupção, ou, no mínimo, criam o ambiente propício para sua ocorrência. Demonstra-se, então, em uma abordagem da Análise Econômica do Direito, que o enquadramento da gestão pública temerária como ato de improbidade administrativa, reduzindo a probabilidade de o agente público não ser punido, denota potencialidade para dissuadir a prática de corrupção. Além disso, a partir de uma interpretação centrada na otimização do âmbito de satisfação dos princípios da Administração Pública, conclui-se pelo enquadramento dessas condutas no dispositivo da Lei de Improbidade que sanciona as violações a princípios e a compatibilidade desse entendimento com a Constituição Federal, que resta reforçada pela posição consolidada quanto à constitucionalidade do crime de gestão financeira temerária.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo; análise econômica do direito; teoria econômica do crime; corrupção; improbidade administrativa; eficiência; gestão pública temerária.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	A (IN)EFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO.....	8
3	GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA E O COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA ABORDAGEM SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED	15
4	GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA COMO HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	21
5	CONCLUSÕES.....	33
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA COMO HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE E EFEITOS NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Carlos Humberto Prola Júnior¹

Benjamin Miranda Tabak²

Júlio César de Aguiar³

1 INTRODUÇÃO

De um fenômeno restrito a países não desenvolvidos e de difícil medição, a corrupção passou a ser percebida como um fenômeno que atinge toda a sociedade, com efeitos negativos sobre a alocação de recursos e a eficiência econômica. Diversas instituições e organismos internacionais, além de organizações não governamentais, passaram a se mostrar preocupados com as implicações da corrupção sobre a economia mundial. Um grande número de estudos foram produzidos, aumentando as informações sobre a disseminação da corrupção e seus efeitos perversos (GARCIA, 2003).

Em 2006, ao anunciar estratégia para combater a corrupção – entendida como *um grave impedimento ao desenvolvimento e governos eficazes* –, o então presidente do Banco Mundial afirmou⁴:

A corrupção está, frequentemente, na origem da inoperância dos governos. Enfraquece os sistemas, distorce o mercado e convida, portanto, a artes não produtivas. No fim, os governos e os cidadãos acabam por pagar um preço, com rendimentos mais baixos, menor investimento e oscilações econômicas mais voláteis. Mas quando os governos funcionam – quando combatem a corrupção e reforçam o estado de direito – conseguem até quadruplicar os seus rendimentos nacionais.

¹ Procurador da República em Santa Catarina.

² Consultor Legislativo do Senado Federal e Professor da Universidade Católica de Brasília.

³ Procurador da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Professor da Universidade Católica de Brasília.

⁴ *Banco Mundial anuncia estratégia para combater a corrupção*. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20885561~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:4607,00.html>>. Acesso em 9 de maio de 2015.

Cabe destacar que, nos últimos anos, países que apresentam níveis reduzidos de corrupção viram suas empresas envolvidas em escândalos no exterior, com a descoberta de pagamentos de propina a governantes, para serem agraciadas com contratações públicas, ou na formação de cartéis em procedimentos licitatórios.

Em alguns países, até poucos anos atrás, as empresas podiam inclusive descontar dos impostos as propinas pagas no exterior, situação que começou a ser alterada com a atuação da OCDE⁵, em especial com a edição da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, marco dessa fase do combate internacional à corrupção, que teve como propulsor inicial a preocupação com práticas de concorrência desleal (RAMOS, 2002, pp. 7-9).

Desde a década de 90, contudo, o combate à corrupção ingressou em uma nova fase, de defesa dos direitos humanos, diante da constatação da relação existente entre corrupção e a ausência de efetividade dos chamados direitos sociais. A malversação dos escassos recursos públicos, além de enfraquecer a implementação dos direitos sociais, gerando um círculo vicioso que muitas vezes afeta várias gerações, também fragiliza a democracia enquanto regra de tomada de decisão, ao submeter o processo decisório a influências ilegítimas de grupos corruptores (RAMOS, 2002, pp. 9-10).

No Brasil, recentes casos rumorosos, amplamente divulgados pelos meios de comunicação – alguns já submetidos ao Judiciário brasileiro, outros ainda em apuração pelo Ministério Público e órgãos policiais – têm provocado ainda maiores debates e discussões sobre a corrupção no país.

Estudo divulgado pela FIESP (2010) estimou o custo médio anual da corrupção no Brasil em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (em valores de 2008), o que representa 27% do gasto público em educação em 2007 ou 39% do gasto público em saúde em 2006, ou, ainda, o equivalente a quase 3 milhões de habitações populares⁶.

⁵ Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico.

⁶ O estudo demonstra, entre outras, a elevada correlação entre o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita* e o Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional, bem como entre este e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), para um conjunto de 47 países analisados. Estima, então, os custos econômicos para a sociedade gerados pela corrupção, entendidos como os recursos que não mais seriam desviados e poderiam ser aplicados em atividades produtivas, caso o nível de percepção da corrupção do país fosse reduzido à média dos 95 países analisados – assumindo inalterada a contribuição das demais variáveis para o PIB *per capita*.

Paralelamente a isso, constata-se uma diversidade de instrumentos legais em nosso ordenamento voltados ao combate à corrupção. Além da responsabilização disciplinar dos servidores públicos envolvidos, segundo seu respectivo estatuto⁷; tipificação de diversos tipos penais usualmente relacionados a essas práticas⁸; da estruturação de órgãos de controle interno e externo das contas públicas⁹; e da edição de uma recente Lei Anticorrupção Empresarial¹⁰; tem-se ainda à disposição a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, dispõe sobre as sanções cíveis aplicáveis aos agentes públicos – e terceiros envolvidos – por atos de improbidade praticados contra a Administração Pública.

Contudo, dados da *Transparency International* (2014) relativos aos níveis de corrupção dos países – e até mesmo o noticiário jornalístico – indicam que esses instrumentos não têm sido suficientes – ou não têm sido empregados de forma adequada – para a redução da corrupção em nosso país.

No que tange à Lei de Improbidade Administrativa, percebe-se uma aplicação bastante restritiva por parte de nossos Tribunais, exigindo, para configuração de atos dessa natureza, a presença de “desonestidade” e “má-fé”¹¹, elementos subjetivos até mais intensos do que aqueles necessários para uma condenação criminal, ou, ainda, a comprovação de dano ao erário em hipóteses em que a lei expressamente não exige a ocorrência de lesão à esfera econômica do patrimônio público¹².

Assim, atos temerários de gestão, ineficientes, com desperdício de recursos públicos e menosprezo da legislação e das boas práticas administrativas – em especial das normas relativas às licitações e contratações, planejamento e execução orçamentária, prestação de contas e transparência e responsabilidade na gestão fiscal –, acabam impunes, não sendo sancionados na esfera da improbidade administrativa, encarados como “meras irregularidades”.

⁷ Na esfera federal, a Lei nº 8.112/90.

⁸ Entre outros, arts. 317, 318, 319, 332, 333, 337-B, 337-C do Código Penal, arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666, de 1993, art. 3º da Lei nº 8.137, de 1990, art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 1967.

⁹ Na esfera federal, respectivamente, a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União.

¹⁰ Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

¹¹ Entre tantos outros: REsp 1420979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 10/10/2014.

¹² Por exemplo, nos casos de violação a princípios da Administração Pública – art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

O presente trabalho visa apurar, primeiro, **se é possível o enquadramento da gestão pública temerária como hipótese de improbidade administrativa; segundo, quais seriam os efeitos esperados dessa interpretação na tutela do patrimônio público e na prevenção e no combate à corrupção (em sentido amplo).**

Especialmente com relação ao último questionamento, será empregada uma abordagem econômica do comportamento humano, que assume que as pessoas fazem escolhas de maneira racional, visando ao benefício próprio, e que tais escolhas são significativamente afetadas pelos incentivos econômicos que recebem (BALBINOTTO NETO, 1993). Assim, ao tomarem decisões, as pessoas levam em consideração seus custos e benefícios privados, tendo como objetivo o de maximizar seus benefícios, incorrendo no menor custo possível (TABAK, 2015).

São três as hipóteses que o trabalho pretende testar: a) *a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa pelo Sistema de Justiça¹³ não tem sido eficiente na prevenção e no combate à corrupção*; b) *segundo a Análise Econômica do Direito, a interpretação da gestão pública temerária como hipótese de improbidade administrativa apresenta potencialidade para dissuadir a prática de corrupção e prevenir vultosos danos ao erário*; e c) *é possível, à luz do ordenamento jurídico pátrio, afirmar que a gestão pública temerária configura uma hipótese de improbidade administrativa.*

2 A (IN)EFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Segundo Tanzi (1998), a corrupção tem sido definida de muitas maneiras diferentes, cada uma falhando em algum aspecto. Contudo, apesar da dificuldade em conceituá-la, em geral não é difícil identificar sua ocorrência.

Ramos (2002, pp. 3-4) esclarece que o termo corrupção vem do latim *corruptio*, que significa “deterioração”, denotando seu sentido comum, de apodrecimento do ideal de bem comum pela apropriação privada dos recursos públicos. Cita ainda a definição de corrupção de Bobbio, Matteucci e Pasquino, como forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima sobre os negócios públicos, para proveito próprio ou alheio, que se diferencia em três espécies: *suborno*, *nepotismo* e *peculato*.

¹³ Neste trabalho, a expressão Sistema de Justiça abrange o Judiciário e o Ministério Público.

Contudo, conforme também esclarece Tanzi (1999), a definição mais usada e simples do que venha a ser corrupção é aquela empregada pelo Banco Mundial: “corrupção é o abuso do poder público para obter benefícios privados”. Destaca, contudo, que, em vários casos de corrupção, o abuso do poder político não ocorre para um benefício individual, mas sim para o benefício de um partido, de uma categoria, de amigos ou da família de alguém.

Garcia (2003) apresenta a divisão da corrupção como eventual ou sistêmica. A primeira é praticada por desvios de comportamento ou por disposição psicológica para realizar atos corruptos. Trata-se de exceção no ambiente burocrático, com efeitos reduzidos. Já a corrupção sistêmica é estabelecida endogenamente, estando relacionada ao poder discricionário dos agentes públicos, a uma estrutura de mercado monopolística e à inexistência de responsabilidade dos atos praticados. É muito prejudicial, pois a oferta de propinas torna-se uma estratégia dominante para o agente privado, a melhor escolha de uma empresa ou de um contribuinte para alcançar seus objetivos.

A corrupção eventual é facilmente detectável e punida. Tornando-se sistêmica, a probabilidade de detecção e punição diminui, pois as instituições, regras e normas de comportamento adaptam-se a ela, criando incentivos e oportunidades para que a prática continue e se dissemine (GARCIA, 2003).

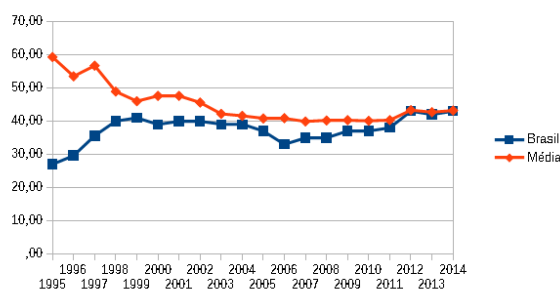
Anualmente, a *Transparency International* – Organização Não-Governamental que se autodefine como uma “coalizão global contra a corrupção” – divulga o *Corruption Perception Index*¹⁴. Trata-se de índice lançado em 1995, que reflete como empresários, analistas políticos e a população em geral percebem os níveis de corrupção no setor público, ordenando os países analisados em um ranking, a partir da nota (*score*) recebida por cada um deles. O *score* do país indica o nível de percepção da corrupção numa escala de 0 (muito corrupto) a 100 (livre de corrupção).

O Brasil aparece no *Corruption Perception Index* – CPI desde o seu lançamento. A Figura 1 abaixo mostra o gráfico da evolução do score do Brasil, em comparação à média do conjunto de países, no período de 1995 a 2014. A Figura 2 mostra o gráfico da evolução do score do Brasil em comparação com dois países vizinhos – Argentina e Chile –, além de dois países que têm liderado esse ranking por muitos anos – Finlândia e Dinamarca.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.transparency.org/research/cpi/overview>>. Acesso em: 4 mai 2015.

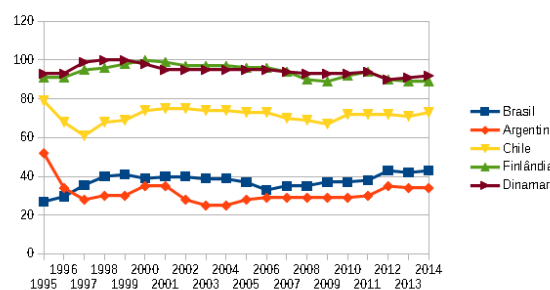
A análise desses gráficos demonstra que, após um período inicial de possível acomodação dos dados entre 1995 e 1998 – quando o número de países analisados saltou de 41 para 85¹⁵ –, o *score* do Brasil permaneceu relativamente próximo do patamar de 40 pontos e sempre abaixo da média do *score* de todos os países. Uma redução significativa no *score* (aumento de percepção da corrupção), contudo, é identificada no CPI de 2006, justamente o período em que veio à tona o denominado “Escândalo do Mensalão”. A comparação do *score* do Brasil com países que lideram esse ranking há muitos anos – e até mesmo com o vizinho Chile – também indica que ainda há muito a avançar no combate à corrupção em nosso país.

Figura 1 – Gráfico da evolução do *score* do Brasil e da média de todos os países.



Fonte: elaboração própria (2015)¹⁶.

Figura 2 – Gráfico da evolução do *score* do Brasil e de alguns outros países.



Fonte: elaboração própria (2015)¹⁷.

Embora represente um índice de percepção da corrupção e não uma medida efetiva dessa prática ilegal, Voigt e Gutmann (2014) demonstram haver uma forte correlação entre índices da transparência internacional (*Corruption Barometer*) e dados do *Global Competitiveness Report* do Fórum Econômico Mundial e do *World Justice Project*, o que denota a possibilidade de emprego do CPI como um indicativo do efetivo nível de corrupção nos países¹⁸.

¹⁵ Considerando que a Lei de Improbidade Administrativa foi editada em 1992 e a usual demora na tramitação das ações judiciais dessa natureza, não se vislumbra que a aparente melhora no índice de percepção do Brasil nos três primeiros anos se deva à aplicação daquela norma.

¹⁶ A partir dos dados disponíveis em: <<http://www.transparency.org/research/cpi/overview>>. Acesso em 5 mai 2015.

¹⁷ A partir dos dados disponíveis em: <<http://www.transparency.org/research/cpi/overview>>. Acesso em 5 mai 2015.

¹⁸ ALENCAR e GICO JR (2011) apontam que, dado o problema de assimetria de informação – os agentes envolvidos conluiam para alcançar o resultado ilegal sem revelar a colusão para o mundo exterior –, a maioria das estimativas de corrupção é baseada em percepção, mas não em corrupção propriamente dita. Esse tipo de pesquisa é realizada com base na premissa de que estimativas de corrupção derivadas de percepções subjetivas e expertise são correlacionadas com os níveis reais de

Dessa forma, a análise dos dados da Transparência Internacional parece não apontar qualquer melhora significativa no nível de corrupção no caso brasileiro entre 1998 e 2014, período em que já teria ocorrido um amadurecimento na interpretação e na aplicação dos preceitos da Lei de Improbidade Administrativa, editada em 1992.

Com relação especificamente à eficácia do Sistema de Justiça no combate à corrupção (em sentido amplo, que abrange, além dos tipos penais específicos, as hipóteses de improbidade administrativa), importante estudo foi conduzido por Alencar e Gico Jr. (2011), que identificaram, de uma amostra representativa (e de âmbito nacional) de processos administrativos disciplinares da Administração Pública federal – durante o período de 1993 a 2005, em que houve punição disciplinar dos servidores pela prática de corrupção –, aqueles que resultaram em processo judicial e condenação definitiva nas esferas cível e penal.

O estudo revelou que dois terços das demissões de servidores públicos federais estão relacionadas à prática de corrupção (441, de um total de 687 demissões). Dessas, apenas cerca de um terço (34,01%) resultaram em processos criminais. Considerando que esses números referem-se a casos já amplamente documentados e que, mesmo assim, o número de ações é muito baixo, entendem os autores que é razoável supor que a probabilidade de se enfrentar ações judiciais na esfera penal pela prática de corrupção é bem inferior a 30%.

Desses casos em que houve processo criminal, identificou-se que em apenas 14 deles ocorreu condenação definitiva, o que resulta em uma eficácia do sistema criminal no combate à corrupção de 3,17%.

Considerando que a aplicação da lei penal não implica necessariamente o encarceramento do condenado, em virtude da possibilidade de substituição por penas e regimes de cumprimento alternativos – e, diríamos nós, diante da *cultura da pena mínima* na seara criminal brasileira –, afirmam os autores do estudo que “a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero”.

Resultado não muito diferente foi encontrado naquele estudo com relação à esfera cível, apesar do menor padrão de exigência esperado quanto à prova e à

corrupção subjacentes. Destacam, contudo, que tal método tem recebido críticas de especialistas, não apenas porque a percepção é enganosa (pode, inclusive, ser histórica e culturalmente determinada), mas também por desencorajar a transparência, devido ao viés de disponibilidade gerado nas percepções quando há efetivo combate à corrupção.

culpabilidade do agente, quando comparado à seara criminal, o que levaria a se esperar “um grau de convergência muito maior entre os sistemas administrativos e cíveis”. Os dados daquele mesmo estudo, contudo, não corroboraram essa expectativa.

Do conjunto de servidores demitidos administrativamente por corrupção, apenas 107 foram processados na esfera cível, o que representa apenas 24,26% do total (441). Desses, até 2009, foram encontradas apenas 7 condenações definitivas, resultando em uma eficácia do sistema cível de combate à corrupção de 1,59%.

Considerando as elevadas cifras negras envolvendo esse tipo de prática ilícita, mostra-se razoável concluir que a probabilidade de punição de atos de corrupção por nosso Sistema de Justiça é extramente baixa – provavelmente muito próxima de zero. Como afirmam os autores desse trabalho, “a percepção generalizada de que pessoas corruptas nunca respondem à Justiça no Brasil não é exagerada”, bastando “mudarmos o 'nunca' para quase nunca que a afirmação se torna precisa”.

Na busca de elementos empíricos adicionais acerca da efetividade do Sistema de Justiça no combate à corrupção, agora especificamente na esfera da improbidade administrativa, foram avaliados os dados de ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público Federal no período de 2011 a 2014, nas Procuradorias da República no Estado de Santa Catarina – recorte estabelecido em virtude das inerentes limitações de tempo e recursos para o desenvolvimento deste trabalho –, frente ao número de inquéritos civis instaurados e em tramitação no âmbito da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – 5ª CCR¹⁹, no mesmo período e abrangência territorial.

Considerando que as notícias de irregularidades que ensejam a instauração desses procedimentos são indícios de potenciais casos de corrupção, o resultado dessa avaliação (percentual de procedimentos que resultam em ações de improbidade) constitui um indicativo de efetividade do próprio Sistema de Justiça. Cumpre enfatizar que muitos desses inquéritos civis são instaurados a partir de representações encaminhadas pelos órgãos de controle externo e interno da Administração Federal, que em diversos casos apresentam uma relação de irregularidades apontadas por muitos como meramente “formais”, mas que muitas vezes estão associadas a casos efetivos de corrupção, conforme exposto mais adiante neste trabalho.

¹⁹ Câmara com atribuição cível e criminal no combate à corrupção.

Os dados foram colhidos por meio do sistema informatizado de acompanhamento e movimentação de processos do Ministério Público Federal – Sistema UNICO. No período analisado, foram identificadas 65 petições iniciais de ações civis públicas de improbidade administrativa ajuizadas e 1.130 inquéritos civis instaurados no âmbito da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e com o tema “improbidade”. O estoque de processos em 31 de dezembro de 2010, relacionados à tutela do patrimônio público, era de 141 procedimentos. Com isso, chega-se a um índice de efetividade de 5,11%²⁰.

Importante registrar que não foram analisados os processos físicos, mas somente os dados constantes dos sistemas informatizados, não tendo havido, dessa forma, uma depuração dos dados levantados, de forma a identificar eventuais equívocos na alimentação do Sistema UNICO²¹. A par disso, uma análise do resumo do objeto dos procedimentos denota que, em alguns casos, a matéria seria, em princípio, de atribuição do Ministério Público Estadual. Ademais, alguns procedimentos, embora atinentes à tutela do patrimônio público, não envolveriam a prática de atos de improbidade administrativa.

Contudo, em que pese uma depuração dos dados colhidos no Sistema UNICO – através da análise dos autos físicos – possivelmente resultasse em alguma alteração no índice de efetividade obtido, não se vislumbra que houvesse uma alteração significativa na ordem de grandeza dos percentuais acima apontados, especialmente para um valor superior ao encontrado. Assim, se, por um lado, não se pode afirmar que o índice acima represente com total exatidão o grau de efetividade da persecução na esfera da improbidade administrativa; de outro, considerando uma vez mais as elevadas cifras negras da corrupção no país – casos que não chegam ao conhecimento dos órgãos de persecução (civil e criminal) –, trata-se de um indicativo preocupante também quanto à efetividade da atuação do Ministério Público nessa seara.

²⁰ Necessário registrar que o estoque de procedimentos da 5ª CCR em 2010, ano de implantação do sistema Único, mostra-se bastante reduzido, bem inferior até mesmo à média anual de procedimentos instaurados no período analisado, o que pode ter sido causado por falhas na migração do sistema anterior, levando a crer que o índice de efetividade provavelmente seja ainda inferior ao valor encontrado.

²¹ Por exemplo, de processos equivocadamente vinculados à 5ª CCR, ou indevidamente vinculados a Câmaras de outras temáticas.

Esse quadro de elevado nível de corrupção e baixa efetividade no combate a essas práticas se agrava ao analisar-se o entendimento manifestado pelos tribunais nas ações de improbidade administrativa que lhes são submetidas para decisão.

Inicialmente, verificam-se frequentes julgados afirmando que, para a configuração de improbidade administrativa, além da presença de dolo ou culpa, faz-se necessária a demonstração de “desonestidade” ou “má-fé” por parte do agente público envolvido²².

Nessa linha, tem sido destacado por diversas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça e por Tribunais Regionais Federais que “o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil”, ou que, “de fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado”²³.

Além disso, em que pese recentes decisões em contrário²⁴, irregularidades gravíssimas, como ilegais contratações diretas, em casos em que a lei clara e expressamente exige licitação, muitas vezes não têm sido entendidas pelos Tribunais como improbidade administrativa, em virtude de alegada ausência de comprovação de dano ao erário ou de suposta ausência de desonestidade ou má-fé do administrador público²⁵.

²² Entre muitos outros: REsp 1420979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 10/10/2014; MS 13.520/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 02/09/2013; REsp 939.118/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 01/03/2011; TRF1, AC 0000421-54.2008.4.01.4200 / RR, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.1256 de 30/04/2015; TRF2, AC 2003.51.06.001207-8, Nº CNJ 0001207-45.2003.4.02.5106, Quinta Turma, Relator p/Acórdão Flavio Oliveira de Lucas, Decisão em 08/10/2014; TRF4, APELREEX 5015700-74.2013.404.7000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 30/04/2015.

²³ A título de exemplo: REsp 734.984/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008; REsp 758.639/PB, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2006, DJ 15/05/2006, p. 171; TRF1, AC 0035561-59.2006.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.904 de 13/04/2012; TRF3, AC 0002165-19.2010.4.03.6121, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2013; TRF4, AC 5010632-16.2013.404.7107, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 13/11/2014; TRF5, PROCESSO: 00020347620104058000, AC567713/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 10/06/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 20/06/2014 – Página 154.

²⁴ Nesse sentido: REsp 1275469/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 09/03/2015.

²⁵ Entre tantos outros: REsp 1174778/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 11/11/2013; TRF1, AC 0003385-77.2008.4.01.3502 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA

A eficiência dessas decisões no combate à corrupção, a partir de uma abordagem da Análise Econômica do Direito, além da conformidade desse entendimento restritivo à configuração de atos de improbidade administrativa com a ordem constitucional inaugurada em 1988, são objeto de análise das seções seguintes deste trabalho.

3 GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA E O COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA ABORDAGEM SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

Gico Jr. (2012, pp. 1-2) afirma que a Análise Econômica do Direito – AED é o campo do conhecimento que tem por objetivo empregar o ferramental teórico e empírico da economia para “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”. Segundo ele, como o Direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano, é justamente nesse aspecto que a AED lhe é mais útil, oferecendo um instrumental teórico maduro para auxiliar, em especial, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

Corroborando esse pensamento, Cooter e Ulen (2010, p. 25) afirmam que a economia proporcionou uma teoria científica capaz de prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento humano. Nessa teoria, as sanções se assemelham aos preços e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções da mesma maneira que reagem aos preços. Assim, se as pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro, presumivelmente reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada mais gravemente.

A Análise Econômica do Direito preencheria uma grande lacuna do Direito, que sempre esteve desprovido de um instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista, sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Segundo os partidários da AED, essa situação não teria sido superada pelo neoconstitucionalismo, que, apesar da clara preocupação com valores, não se preocuparia suficientemente com

TURMA, e-DJF1 p.346 de 12/12/2014; TRF5, PROCESSO: 00004753120134058404, ACR12162/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Quarta Turma, JULGAMENTO: 24/03/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 26/03/2015 – Página 201; TRF5, PROCESSO: 200980010001241, AC555007/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 05/03/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 12/03/2015 – Página 101.

as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial, tendo por foco “elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, pretensamente racional e não voluntarista” (GICO JR, 2012, pp. 4-12).

Essa teoria foi objeto de acirrado debate, a partir de duras críticas formuladas por Dworkin (1980) a postulados da análise econômica do direito de Posner (2007), questionando se uma sociedade seria melhor do que outra exclusivamente por possuir mais riqueza, ou seja, se a riqueza seria um valor em si mesmo. As críticas de Dworkin parecem estar centradas especialmente no viés normativo da AED e, em menor medida, a seu caráter descritivo²⁶, que é justamente o que mais interessa ao presente trabalho.

Nesse aspecto, a ideia central é que os agentes econômicos são racionais e, por isso, maximizam seus benefícios descontados de seus custos (POLINSKY, 2011, p. 11). São, portanto, maximizadores de utilidade, ou seja, toda vez que tiver que escolher entre duas opções, o indivíduo irá optar por aquela que lhe traz mais utilidade, segundo uma ponderação de custos e benefícios, a partir de suas preferências pessoais – que constituem um dado da realidade, que não é objeto da análise econômica. Cumpre destacar, contudo, que a teoria econômica pressupõe apenas que os indivíduos, na média, se comportam com se fossem racionais, e não que cada agente seja efetivamente racional o tempo todo (GICO JR, 2012, pp. 25-27).

A AED permite, então, analisar como os agentes efetivamente têm se comportado diante de uma regra vigente (diagnóstico) e como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento de Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose) (GICO JR, 2012, pp. 25-27).

Nessa linha, embora a tradicional teoria do delito descreva os elementos e características do crime, não oferece um modelo preditivo do comportamento criminoso. A teoria econômica do crime, contudo, possibilita essa análise. Essa teoria considera que os remédios jurídicos no direito penal devem existir para proteger e encorajar as trocas voluntárias do mercado – o que não ocorre nas práticas ilícitas – e

²⁶ Embora afirme que, nesse aspecto, a teoria não teria alcançado ainda *o início de um começo*: “That only scratches the surface of the kind of account that would be needed to give a weak instrumental explanation of judicial behavior along wealth maximization lines, but it is enough, perhaps, to suggest how far short the present literature falls. *It has not achieved the beginning of a beginning*”.

que os atos devem ser punidos – e não indenizados – quando o objetivo é a dissuasão. Por exemplo, fazer com que os autores de desfalques devolvam o dinheiro subtraído, sempre que forem pegos, pode não ser suficiente para dissuadi-los (COOTER e ULEN, 2010, pp. 472-475).

Em artigo seminal, Becker (1968) apresentou um modelo microeconômico no qual os indivíduos decidem cometer ou não crimes, ou seja, fazem uma escolha ocupacional entre o setor legal e o setor ilegal da economia. Considera que os agentes criminosos são racionais e, assim, calculam o seu benefício de atuar ou não no setor lícito da economia (SHIKIDA e AMARAL, 2012, pp. 303-304). Nessa mesma linha, destaca Balbinotto Neto (2003):

O argumento básico da abordagem econômica do crime é que os infratores reagem aos incentivos, tanto positivos como negativos e que o número de infrações cometidas é influenciada pela alocação dos recursos públicos e privados para fazer frente ao cumprimento da lei e de outros meios para preveni-los ou para dissuadir os indivíduos a cometê-los. Para os economistas, o comportamento criminoso não é visto como uma atitude simplesmente emotiva, irracional ou anti-social, mas sim como uma atividade eminentemente racional.

Segundo a teoria econômica do crime, então, o criminoso racional calcula o valor esperado do delito praticado, que é igual ao ganho menos a pena, multiplicada pela probabilidade de ser pego e condenado (COOTER e ULEN, 2010, p. 476).

No âmbito da AED, a análise da dissuasão à prática de crimes é realizada tanto por meio da imposição de prisão, quanto pela aplicação de multas, sendo este último enfoque também empregado na análise da dissuasão à prática de ilícitos civis (POLINSKY, 2011, p.79-101)²⁷.

Dessa forma, considerando a inserção da Lei de Improbidade na Administração no que pertine ao direito civil sancionatório, será analisada, a partir dos conceitos e técnicas da teoria econômica do crime, a potencialidade da interpretação da gestão pública temerária como hipótese de improbidade administrativa na dissuasão da prática de corrupção – em sentido amplo, abrangendo a esfera da improbidade administrativa.

²⁷ O autor apresenta um exemplo relativo ao controle do estacionamento em fila dupla em uma cidade por meio da aplicação de multas.

Primeiramente, contudo, e embora o âmbito de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – quanto à extensão das hipóteses de atos de improbidade a serem sancionados nos termos daquela norma, segundo o ordenamento constitucional – seja objeto de análise mais detalhada no tópico seguinte, cumpre delinear, ao menos em linhas gerais, o que se entende, para fins deste trabalho, como gestão pública temerária.

Entende-se ela como a gestão ineficiente, com desperdício de recursos públicos, com menosprezo da legislação e das boas práticas administrativas, em especial das normas relativas às licitações e contratações, planejamento e execução orçamentária, prestação de contas e transparência e responsabilidade na gestão fiscal.

Trata-se de situações frequentes no âmbito da Administração Pública brasileira. Contudo, muitas vezes tratadas, tanto pelo Judiciário, quanto até mesmo pelos órgãos de controle externo (ao menos de forma implícita), como “meras irregularidades” formais, que não causariam dano ao erário nem estariam associadas à corrupção²⁸.

Cumpre destacar, porém, conforme apontado por Sodré e Alves (2010), que essas “meras irregularidades” de gestão denotam deficiência de *accountability* (horizontal e vertical), resultando em falta de controle dos cidadãos e do próprio governo sobre os atos praticados pela Administração e, por consequência, dificuldade de responsabilização dos agentes ímprobos.

Embora essas deficiências possam ser decorrentes de disfunções gerenciais ou atos propriamente delituosos contra o erário, ambos trazem prejuízos aos cofres públicos. Além disso, raramente a segunda ocorre sem a primeira. Essas irregularidades apontam falta de controle adequado da administração dos recursos públicos e descaso com as boas práticas de gestão. Esse descaso ou ineficiência na gestão acoberta a corrupção e com ela se coaduna, quando não a incita, porquanto dificulta a *accountability* e facilita a ação de agentes corruptores, violando, portanto, princípios fundamentais e deveres para com a Administração Pública – em especial, supremacia do interesse público, eficiência, lealdade, impessoalidade (SODRÉ e ALVES, 2010).

Nesse ponto, Lobato Neto (2014), a partir de uma análise econômica da eficiência na Lei de Licitações, concluiu que, nas hipóteses em que a Lei nº 8.666, de

²⁸ Nesse sentido: AgRg no AREsp 270.857/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013; TRF5, PROCESSO: 00011451220124058305, AC565684/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 10/02/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 12/02/2015 – Página 138; ACÓRDÃO Nº 6776/2014 – TCU – 2ª Câmara.

1993 prevê como obrigatória a licitação, deve ela ser realizada, pois possibilita resultados mais eficientes do que a contratação direta. Dessa forma, o gestor público que opta por não realizar o procedimento licitatório não viola apenas os princípios da legalidade e impessoalidade – de forma grave, cabe destacar –, mas também escolhe uma alternativa que afronta os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, causando, assim, evidente dano ao erário – a par de obstar a ampla acessibilidade às contratações com a Administração Pública.

O dano é evidente e ocorre mesmo nos casos em que não seja identificado superfaturamento, em virtude de a não realização da licitação obstar a competição e a obtenção de preços muitas vezes abaixo dos valores de mercado.

Analisando os Relatórios de Fiscalização produzidos em 2006 e 2007 pelo Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos da Controladoria Geral da União – CGU, que abrangeu 240 municípios, Sodré e Alves (2010) identificaram que a média de constatação de irregularidades nessas fiscalizações foi de 53,73 por município, sendo 5,73 a média de problemas graves (aqueles que envolvem indícios de prejuízos e fraudes decorrentes de atos impróprios, tais como licitações forjadas, superfaturamento de despesas, objetos inexistentes etc.).

Assim, a gestão pública temerária, além de, *per se*, já configurar violação a princípios fundamentais da Administração e ensejar graves danos ao erário, muitas vezes está associada a casos de corrupção, ou, no mínimo, cria o ambiente propício para sua ocorrência. Ou seja, a gestão pública temerária constitui um importante indicativo da prática ou da facilitação da corrupção.

Segundo a análise econômica do crime, conforme acima já referido, o criminoso racional, a partir de uma análise de custo-benefício, calcula o valor esperado da atividade criminosa, que, em linhas gerais, é uma função do ganho esperado menos a pena prevista, multiplicada pela probabilidade de ser descoberto e condenado (COOTER; ULEN, 2011).

Conforme Voigt e Gutmann (2014), em análise voltada especificamente para as condutas de corrupção, a utilidade esperada pelo agente público oriunda da prática da corrupção pode ser expressa pela seguinte função:

$$E(U) = U[p \times (\text{benefício do ato de corrupção}) - (1 - p) \times q \times (\text{sanção})]$$

onde: p é a probabilidade de não ser punido, $(1-p)$ a probabilidade de ser descoberto e q a probabilidade de ser condenado.

No Brasil, porém, considerada a notória demora até o trânsito em julgado das decisões judiciais em geral, parece adequado que sobre a sanção prevista fosse ainda aplicada uma taxa de desconto r , haja vista que os indivíduos tendem a valorar de maneira menos intensa uma punição distante no tempo (POLINSKY, 2011, p. 97). Trata-se de uma aplicação, na esfera do direito sancionatório, do cálculo de valor presente descontado (a uma taxa r) de um fluxo futuro de receitas financeiras (COOTER e ULEN, 2011, pp. 59-60).

Teríamos, então, a nova formulação:

$$E(U) = U \left[p \times (\text{benefício da corrupção}) - (1-p) \times q \times \left(\frac{\text{sanção}}{1+r} \right) \right]$$

Em princípio, a prática da corrupção poderia ser dissuadida tanto com a exasperação da punição, quanto pelo incremento da probabilidade de o agente ser punido.

Contudo, a análise econômica demonstra que a incerteza exerce influência na tomada de decisões. Conforme referido por Cooter e Ulen (2010, p. 66), já no século XVIII, o matemático e clérigo suíço Daniel Bernoulli observou que, muitas vezes, as pessoas que tomam decisões em situação de incerteza não tentam maximizar o valor monetário esperado, mas sim a utilidade esperada, segundo a atitude dos tomadores de decisão frente ao risco: aversão, neutralidade ou preferência pelo risco.

A pessoa avessa ao risco considera a utilidade de uma renda certa maior que a utilidade de uma renda de mesmo valor esperado, mas incerta (COOTER e ULEN, 2010, pp. 66-67).

Já alguém neutro ao risco mostra-se indiferente entre uma perspectiva de renda certa e outra incerta de um mesmo valor esperado. Embora os economistas presumam que a maioria das pessoas seja avessa ao risco – e a grande procura por contratos de seguro parece demonstrar isso –, consideram que algumas são neutras, como jogadores, alpinistas e pilotos de corrida (COOTER e ULEN, 2010, p. 67).

Por fim, alguém que busca o risco prefere uma perspectiva incerta de renda a uma perspectiva certa de um mesmo valor esperado (COOTER e ULEN, 2010, p. 68).

No âmbito da teoria econômica do crime, Becker (1968) demonstra a validade da antiga lição de Beccaria (2008), de que os infratores são mais dissuadidos pela probabilidade de condenação do que pelo tamanho da punição caso sejam condenados, o que decorre de sua atitude de preferência pelo risco. Portanto, uma maior redução na prática de corrupção é obtida pelo aumento na probabilidade de sanção do que pelo incremento da punição.

Cumprir destacar que, conforme acima descrito, a grande demora para uma decisão definitiva nas ações judiciais, que resulta em uma taxa de desconto na sanção ao final aplicada, acaba por diminuir ainda mais o efeito do aumento da sanção para a dissuasão de práticas ilícitas.

Ademais, o atual ambiente da Administração Pública brasileira e os diminutos percentuais de efetiva punição de agentes corruptos no país parecem criar o ambiente ideal para uma atitude de preferência pelo risco, a denotar que o ponto central para dissuadir essas práticas passa, segundo a Análise Econômica do Direito, pelo incremento da probabilidade de punição dos infratores.

Nesse sentido, Shikida e Amaral (2012, p. 317) afirmam que a conclusão de que o crime não deve compensar é a solução ótima a ser perseguida. Para tanto, a sociedade deve buscar tornar nulo o retorno lucrativo médio do agente criminoso – e do ímprobo – e/ou aumentar o risco (probabilidade de punição) dessa atividade.

Assim, a interpretação da gestão pública temerária como ato de improbidade, tanto reduzindo a probabilidade de o agente público não ser punido (maior possibilidade de enquadramento como improbidade administrativa e ajuizamento das respectivas ações), quanto aumentando a probabilidade de efetiva condenação, denota, segundo a AED, potencialidade para dissuadir a prática de corrupção, fixando as variáveis envolvidas na região da curva em que “o crime não compensa” (BECKER, 1968).

4 GESTÃO PÚBLICA TEMERÁRIA COMO HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme Pazzaglini Filho (2007, p. 17), a expressão improbidade administrativa foi inserida pela primeira vez no texto constitucional pela Carta de 1988. Nessa linha, Di Pietro (2003, p. 671) esclarece que a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público,

pois, até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo.

Segundo Figueiredo (2004, p. 41), a improbidade teria origem no latim: *improbitate*, ou seja, desonestidade, apontando aquele autor a dificuldade doutrinária em fixar os limites desse conceito. Em termos gerais, segundo ele, cometeria improbidade o agente público ou o particular que infringisse a moralidade administrativa. A probidade administrativa seria espécie do gênero moralidade administrativa. O núcleo da probidade estaria associado ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à Administração em toda sua atuação. Não seriam, contudo, conceitos idênticos. A probidade seria um peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa.

Em sentido semelhante, Silva (José, 2006, pp. 668-669) afirma que a probidade é entendida como uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, consistente no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo ao exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal, ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever caracterizaria a improbidade administrativa. A improbidade administrativa, nessa concepção, seria uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Di Pietro (2003, p. 670) também afirma que, a rigor, moralidade e probidade administrativa seriam expressões que significam a mesma coisa, pois ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Contudo, a seguir, passa a afirmar que, quando se exige probidade ou moralidade administrativa, não basta o atendimento à legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei. Seria necessária, também, a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Há autores, por outro lado, que identificam a improbidade administrativa como espécie de má gestão pública. Conforme esclarece Osório (2007, pp. 42-43), a noção jurídica, dentro do direito administrativo, de boa administração ou gestão pública, e de seu oposto – má gestão pública –, tem origem teórica nas lições de Maurice Hariou, jurista francês que primeiro anunciou o princípio da moralidade administrativa, numa

perspectiva funcionalmente alicerçada no ideário de boa gestão pública. Existiria, então, uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública – as pautas de boa administração –, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais. Nessa perspectiva, a boa administração comportaria um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, mesmo que não previstas expressamente no ordenamento jurídico. Ou seja, ser bom administrador não equivaleria apenas ao mero cumprimento da lei. Essas ideias representavam um ataque ao pensamento positivista restrito predominante naquele momento da história.

Garcia e Alves (2011, pp. 55-58) afirmam que, em que pese a observância do princípio da moralidade administrativa ser um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único, pois os agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Quando muito, então, seria possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delineada por esta. Nessa concepção, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. Esse amálgama que une meio e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa. A improbidade administrativa, portanto, aponta não só para uma desconsideração dos fins, como também para uma situação de ruptura entre meios e fins.

Os mesmos autores criticam, então, a postura de alguns que, em que pese fazerem menção aos referenciais de imoralidade, deslealdade e ineficiência como importantes vetores de individualização da improbidade, de forma paradoxal, advogam a necessidade de sua imperativa integração por uma regra legal. Ou seja, para esses, a improbidade pressupõe a simultânea violação de regras e princípios. Como fundamento dessa postura seletiva, costumam invocar a necessidade de resguardar a segurança jurídica dos agentes públicos, que, segundo essa concepção, não poderiam ficar à mercê de uma ampla liberdade valorativa do intérprete no delineamento dos princípios constitucionais (GARCIA e ALVES, 2011, p. 56).

Efetivamente, essa postura, de um lado, desconsidera por completo toda evolução dogmática que entende que ambos, princípios e regras, são normas (BOBBIO,

1999, pp. 158-159), existindo entre eles não apenas uma diferença gradual, mas também uma diferença qualitativa.

Ao criticar o positivismo jurídico, Dworkin (2002, pp. 36-39) afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”, sendo as regras “aplicáveis à maneira do tudo ou nada”. Os princípios, por outro lado, não pretendem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, podendo, contudo, haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção, fazendo com que os primeiros não prevaleçam em determinado caso, não impedindo, contudo, que sejam eles decisivos em outros, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força.

Em sentido semelhante, constituindo um método que se mostra adequado à interpretação constitucional, marcada pela necessidade de avaliação da aplicabilidade de princípios a cada situação fática (GUIMARÃES, 2007), a teoria dos direitos fundamentais de Alexy afirma que, ao contrário das regras, que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, os princípios são *mandamentos de otimização*, que podem ser satisfeitos em graus variados, a partir não somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, determinadas pelos princípios e regras colidentes (2008, pp. 90-91)²⁹.

Fundamental, portanto, para a delimitação da probidade administrativa – e dos casos em que ela restará violada –, uma interpretação que implique a otimização do âmbito de satisfação dos princípios da Administração Pública, em especial, para o escopo deste trabalho, o da eficiência.

Deve ser objeto de reflexão, assim, o entendimento de que “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto”, ou ainda, que “não [pune] o

²⁹ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

inábil, despreparado, incompetente e desastrado”, especialmente quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37 da Constituição, donde se extrai que, sendo incompetência – e inabilidade, despreparo, falta de zelo, falta de planejamento etc. – e eficiência conceitos que mutuamente se excluem, por certo são insuscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal (GARCIA e ALVES, 2011, p. 57).

As concepções restritivas à tipificação de condutas como improbidade, parecem também olvidar que o art. 37 da Constituição da República, em seu *caput*, dispõe expressamente sobre o dever de observância dos princípios regentes da atividade estatal, com o parágrafo 4º conferindo ao legislador a liberdade de conformação no delineamento da improbidade³⁰, vindo a Lei nº 8.429/92 a qualificar expressamente como ato de improbidade a violação aos princípios da administração pública em seu art. 11 (GARCIA e ALVES, 2011, pp. 56-57).

Nesse sentido, afirma Ramos (2002, p. 5) que a improbidade administrativa, além de abarcar os casos de corrupção em sentido estrito, prescinde do prejuízo patrimonial do Estado, englobando os atos atentatórios aos princípios básicos da Administração Pública, como o da publicidade, impessoalidade, legalidade e eficiência. Assim, a realização de despesa supérflua e desnecessária, atentando contra o princípio da eficiência, pode ser considerada um ato de improbidade administrativa.

Na mesma linha, Di Pietro (2003, pp. 686-687) esclarece que a Lei de Improbidade tutela o patrimônio público em sentido amplo. Assim, as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico, como acontece no caso de violação aos princípios da Administração Pública.

Garcia e Alves (2011, pp. 57-58) afirmam, então, que, evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade. Porém, descumprida a regra ou inobservados os princípios, ter-se-á um relevante indício de configuração de

³⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível.

improbidade, que restará ou não confirmada a partir da ponderação do ato em cotejo com os valores que violou, denotando sua potencialidade lesiva em detrimento dos interesses tutelados, operação que será realizada com a utilização do princípio da proporcionalidade.

Cumprе enfatizar que uma postura leniente com a incompetência e a ineficiência de administradores públicos – situações muitas vezes associadas a práticas de corrupção, ou que, no mínimo, criam o ambiente propício para sua ocorrência, conforme acima já apontado –, não se coaduna com uma ordem constitucional que, além de estabelecer direitos de defesa, que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo, estabelece também direitos a prestações, que exigem que o Estado aja – com eficiência, acrescenta-se – para atenuar as desigualdades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, pp. 255-258).

Não se pode esquecer, também, dos fundamentos, inscritos no art. 1º da Constituição, e dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º da Carta, que configuram vetores de interpretação das demais normas constitucionais, que devem ser entendidas como voltadas a construir uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades sociais, promovendo a dignidade de toda pessoa humana (PROLA JR. e RINGENBERG, 2008, p. 202), o que se mostra de todo incompatível com essa postura complacente com a incompetência – e com a ineficiência, a inabilidade, o despreparo, a falta de planejamento e os frequentes *equivocos* e *meras irregularidades* que, infelizmente, sobejam no âmbito da Administração Pública brasileira –, especialmente em um ambiente de escassez de recursos públicos frente às demandas crescentes pela concretização de direitos fundamentais, em especial aqueles definidos como de segunda e terceira gerações – ou dimensões (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, pp. 233-234).

Segundo Ramos (2002, pp. 5-7), não há como entender as normas constitucionais e legais referentes à defesa do patrimônio e da moralidade pública sem a premissa de que tal proteção é essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana, pois a atuação do Estado em prol da implementação dos direitos humanos – reconhecida como essencial – acaba sendo erodida pelas práticas de corrupção. Assim, o atuar dos agentes públicos com probidade e o estabelecimento, no ordenamento jurídico, de instrumentos aptos a zelar por tal padrão de conduta, reprimindo, com sanção, os

faltosos, mostra-se fundamental para assegurar a todos uma vida digna, com a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas.

Portanto, essa busca pela atuação proba do agente público não visa somente evitar desvios e enriquecimento ilícito, mas também assegurar a utilização dos escassos recursos da sociedade de modo eficiente e equânime, “proibindo-se, então, o desperdício e a utilização supérflua ou equivocada do gasto público, que compromete, como se vê com infeliz habitualidade na vida brasileira, o atendimento das necessidades básicas da população” (RAMOS, 2002, p. 7).

Segundo essa interpretação das normas constitucionais, ao agente público não basta somente ser honesto, ou não agir de má-fé, exigindo-se também que sua atuação não seja temerária, mas eficiente, com adequado planejamento, transparência e segundo regras de conduta e princípios inerentes à disciplina interna da Administração Pública, instrumento da sociedade para a concretização dos valores e objetivos de nossa República.

Nessa linha, Silva (Jorge, 2006) destaca que a improbidade pode se perpetrar de maneira velada, sendo os ambientes descontrolados, desorganizados, sem rotinas definidas, o palco ideal para o cometimento de atos de corrupção. A ineficiência, assim, pode configurar hipótese de improbidade administrativa.

Assim, para a perfeita delimitação do que se tem denominado neste trabalho como gestão pública temerária – ineficiente, com desperdício de recursos públicos, com menosprezo da legislação e das boas práticas administrativas, em especial das normas relativas às licitações e contratações, planejamento e execução orçamentária, prestação de contas e transparência e responsabilidade na gestão fiscal –, conduta violadora do dever de probidade do agente público – segundo acima se procurou demonstrar –, ganha relevo o estabelecimento dos contornos do princípio da eficiência.

Segundo Gabardo (2002, pp. 23-29), a eficiência, comumente designada como sinônimo de eficácia, não apresenta um conceito unívoco e concreto, variando conforme o foco da análise, segundo a perspectiva científica empregada e os juízos valorativos do intérprete, bem como pela própria opção por uma ênfase axiológica ou teleológica – destaque, respectivamente, para o elemento “meio” ou “fim” –, enquadrando-se perfeitamente como um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo será delimitado no momento de sua aplicação no caso concreto. Para ele, a eficiência – e suas

expressões afins – está associada às ideias de racionalização e produtividade, afirmando que economicidade e celeridade não são sinônimos, mas atributos da eficiência, aspectos que a determinam.

No âmbito da Ciência da Administração, eficácia é entendida como a medida normativa do alcance de resultados, enquanto eficiência é uma medida da utilização desses recursos nesse processo, uma relação de custos e benefícios. Uma organização pode, então, ser eficiente e não ser eficaz, e vice-versa. Assim, a eficiência se relacionaria com os meios e a eficácia, com os resultados. A efetividade seria a conjugação desses dois fatores, obtida com a adequação de meios e fins (BOCAFOLI, 2010).

Nobre Jr. (2013) afirma que a positivação do princípio da eficiência em nosso ordenamento precede, em muito, a Emenda Constitucional nº 19/98, destacando a presença desse princípio em outros ordenamentos, como, por exemplo, no italiano, em que aparece como *exigência de boa administração*. Conceitua a eficiência, então, como “o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins, de interesse público, a que está vinculada a Administração, laborando, para tanto, com o menor custo”.

A eficiência traz à tona a preocupação com a qualidade do gasto público. Ademais, mostra-se desejada e desejável, porque representa o afastamento da falta de planejamento e do desperdício, podendo ser definida, nessa perspectiva, como a exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa – ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos oriundos de subvenção ou fomento –, de uma atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público (SILVA, Jorge, 2006). A eficiência seria, então, uma faceta do princípio da boa administração (MELLO, 2004, pp. 111-112); uma decorrência do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2014, p. 21).

Segundo Fazzio Júnior (2014, p. 98), o dever de bem administrar, que sintetiza a eficiência, decorre do princípio republicano, segundo o qual quem administra gere o que pertence à sociedade. Assim, nos parece evidente que, mesmo numa eventual ausência de previsão expressa da eficiência entre os princípios que regem a Administração Pública, incabível supor que haveria uma autorização para que os agentes encarregados de gerir a *res publica* pudessem agir de maneira temerária, ineficiente e sem planejamento, em detrimento do conjunto da sociedade.

Nesse sentido, Carvalho (2012) afirma que o princípio republicano demanda que o mandatário do povo atue no exercício da função pública e no trato dos bens públicos, o que implica a adoção de meios eficientes para a satisfação do interesse coletivo, na justa proporção das necessidades, sendo inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente.

Bocafoli (2010) apresenta o contexto histórico das reformas implementadas na Administração Pública brasileira na década de 90, com a inserção da eficiência como princípio constitucional exposto, visando, segundo seus idealizadores, uma transição de uma administração pública burocrática (rígida e ineficiente, voltada para si própria e o controle interno), para uma administração pública gerencial (flexível e eficiente, voltada para o atendimento da cidadania). Destaca, contudo, que a reforma foi criticada por não atacar os reais problemas do aparelho administrativo e por estar focada em aspectos ideológicos, o que acabou gerando questionamentos quanto a sua utilidade, ou, até mesmo, sua necessidade.

Sobre o tema, Gabardo (2002, p.66-67) afirma que, na realidade, o verdadeiro objetivo das reformas visando à flexibilização procedimental foi ideológico, de legitimação simbólica, afirmando-se que esse novo modelo seria bom por ser (ou parecer ser) mais eficiente, utilizando-se sabiamente da conotação repulsiva que a burocracia possui perante o imaginário popular. Destaca, contudo, que não foram atacados os elementos que pervertem a Administração – seja no regime burocrático, no neoliberal, ou em qualquer outro –, como corrupção, nepotismo, fisiologia, má utilização de recursos públicos, corporativismo, entre outros.

Diante desse quadro, não se pode entender que o conteúdo do princípio da eficiência seja eminentemente econômico, como mera maximização de riqueza³¹. Este é um de seus aspectos, bastante importante, mas certamente não o único. Assim, a utilização dos meios menos onerosos para o atingimento das finalidades previstas não envolve apenas uma avaliação dos custos econômicos, mas também dos custos (em especial aqueles extrapatrimoniais) suportados pela sociedade e pelos particulares decorrentes das imposições estatais, em confronto não somente com os benefícios econômico-monetários, mas também os benefícios sociais produzidos (BOCAFOLI,

³¹ Tanto pelo viés da eficiência alocativa – eficiência de Pareto –, quanto pelo critério de Kaldor-Hicks, conforme conceituados pela Análise Econômica do Direito (COOTER e ULEN, 2010, pp. 38 e 64-65).

2010), em especial na implementação dos direitos fundamentais e dos valores consagrados pela Constituição.

Nesse ponto, cabe destacar uma vez mais a crítica contundente de Dworkin a um dos fundamentos da AED, em seu viés normativo, de que as decisões judiciais deveriam sempre tentar maximizar a riqueza social, atribuindo os direitos àqueles que iriam adquiri-los, se não houvesse custos de transação. Ao demonstrar não ser possível afirmar que uma sociedade seria melhor do que outra exclusivamente por possuir mais riqueza, conclui que riqueza não representa um valor em si mesmo. Diante disso, parece evidente que o conteúdo do princípio constitucional da eficiência não pode ser reduzido exclusivamente a seu aspecto econômico. É também isso, mas é muito mais do que isso, como acima procurou-se demonstrar.

Cumprir enfatizar, também, não haver contrariedade entre os princípios da eficiência e da legalidade, devendo ambos serem implementados na maior medida em que possível. Ou seja, se por um lado uma decisão não se reveste de legitimidade com o simples cumprimento da lei escrita, de forma ineficiente, alcançando apenas a legalidade formal do ato; de outro, não há eficiência quando desrespeitados os ditames legais (SILVA, Jorge, 2006). Portanto, jamais uma suposta busca por eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência: o princípio da legalidade (MELLO, 2004, p. 112).

Por outro lado, a ampla liberdade que se tem dado ao mérito administrativo tem servido para a manutenção de decisões administrativas emanadas sem qualquer qualidade técnica, ou, ainda, com desvio de finalidade acobertado pela legalidade formal (SILVA, Jorge 2006). Assim, a ponderação do princípio da eficiência reforça esse dever de o administrador adotar, entre as opções possíveis e igualmente válidas para o ordenamento jurídico, aquela que melhor atenda à finalidade da lei e ao interesse público (BOCAFOLI, 2010).

O administrador está obrigado a adotar a melhor solução encontrada, sob pena de reformulação do ato emanado pelo Poder Judiciário. Assim, a discricionariedade só se configura em casos nos quais existem efetivamente duas ou mais soluções eficientes, podendo o administrador escolher qualquer uma delas, sem estar sujeito à interferência judicial. É o que se tem denominado Teoria da Discricionariedade Mínima (ROCHA e ROTONDANO, 2011).

Por fim, cabe registrar que, na esfera privada, já há algum tempo a gestão temerária de instituições financeiras constitui crime, tipificado no art. 4º da Lei nº 7.492/86³².

Em que pese contundente crítica de parcela da doutrina, que chegou a afirmar que o legislador teria criado um “monstro ameaçador” (PIMENTEL, 1987, pp. 51-52), alegando ser esse tipo penal vago e impreciso (VAZ e MEDINA, 2012, p. 161), com violação ao princípio da legalidade em um dos seus corolários, da determinação taxativa (SILVA, Paulo, 2006, p. 120; COSTA JR; QUEIJO e MACHADO, 2002, p. 80), não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade nesse dispositivo legal.

O tipo penal em questão destina-se à proteção do Sistema Financeiro Nacional dos atos de gestão que não primam pela observância da denominada “boa técnica bancária”, ou seja, manipulam os recursos financeiros de terceiros de modo excessivamente arriscado, sem os critérios prudenciais exigidos, colocando em risco todo o sistema financeiro (VAZ e MEDINA, 2012, pp. 161-162).

Maia (1996, p. 60) também não constata violação do princípio da reserva legal nesse tipo penal. Primeiro, porque sua objetividade jurídica – garantia da indenidade econômico-financeira da instituição, em particular, e do Sistema Financeiro Nacional, em geral, bem como o interesse público na preservação da poupança dos particulares – é compatível com o cânone constitucional. Além disso, como outros elementos culturais (normativos) utilizados pelo legislador penal, é perfeitamente possível a delimitação conceitual concreta de “gestão temerária”, mesmo que de valoração mais permeável ao contexto histórico em que se dá sua leitura e reconhecimento.

No mesmo sentido, Baltazar Jr. (2010, p. 341) destaca que, “embora contenha elemento normativo, a demandar maior esforço interpretativo, o tipo em questão é constitucional”.

Afirma-se, portanto, que o tipo em questão está em consonância com um sistema financeiro voltado ao desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletiva, conforme previsto no art. 192 da Constituição Federal, o que, indubitavelmente, impõe que os recursos aplicados pela coletividade nas instituições

³² Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:
Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

financeiras devam estar a salvo de qualquer “aventura gerencial”. Ademais, não se mostra possível ao legislador estabelecer uma ampla descrição de quais seriam as condutas temerárias, pois, diante do avanço das ciências das finanças, além do desenvolvimento acelerado e da intensa modernização dos mercados financeiros, modificam-se diariamente os métodos criminosos de praticá-las (VAZ e MEDINA, 2012, pp. 164-165).

Dessa forma, o dispositivo “tem sido aplicado em múltiplos casos pelo STF sem qualquer consideração de inconstitucionalidade”, havendo firme jurisprudência de Tribunais Regionais Federais rejeitando arguições de inconstitucionalidades desse tipo penal (VAZ e MEDINA, 2012, pp. 162-164)³³.

Portanto, se a constitucionalidade da gestão temerária como núcleo desse tipo criminal tem sido amplamente reconhecida por nossos Tribunais, em situação em que está em jogo a liberdade do indivíduo – sujeição à pena de prisão –, com maior razão ainda a consideração da gestão pública temerária como hipótese de improbidade administração, esfera que envolve somente sanções de natureza cível. Como já destacado, essa hipótese de improbidade administrativa encontra previsão expressa no art. 11 da Lei nº 8.429/92, que sanciona as violações aos princípios da Administração Pública, entre eles, o da eficiência.

Ademais, de forma similar àquele crime, que visa tutelar a estabilidade e a higidez do sistema financeiro contra atos de gestão de recursos alheios excessivamente arriscados, com violação das normas regulamentares ou usuais para a diversificação das aplicações de risco (TORTIMA, 2002, pp. 30-34), sem a necessária prudência e sem observância da boa técnica, a configuração da gestão pública temerária objetiva tutelar a higidez do patrimônio público contra a gestão ineficiente, com desperdício de recursos públicos, com menosprezo da legislação e das boas práticas administrativas – em especial das normas relativas às licitações e contratações, planejamento e execução orçamentária, prestação de contas e transparência e responsabilidade na gestão fiscal.

³³ Nesse sentido, entre muitos outros: STF, AI 714266 AgR-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013; STF, HC 87440, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00583 RT v. 96, n. 862, 2007, pp. 506-510); TRF4, ACR 0012772-13.2005.404.7100, Sétima Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 03/06/2015; TRF3, ACR 43150 (processo 0803277-24.1998.4.03.6181), Décima Primeira Turma, Relator José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2014; TRF2, ACR – 9098 (processo 200450010049655), Segunda Turma Especializada, Relator Messod Azulay Neto; Data Decisão: 21/08/2012.

Portanto, nosso ordenamento repudia, com a pecha da improbidade, não apenas a desonestidade e a má-fé, mas também as práticas temerárias no trato da coisa pública, que importem, entre outras: dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais; indefinição do objeto licitado a possibilitar direcionamento do certame e reiterados aditivos contratuais; falta de planejamento no gasto público, resultando em desperdício de recursos e obras inacabadas; falhas na fase de liquidação da despesa, sem a adequada comprovação de efetiva entrega das mercadorias ou prestação dos serviços; ausência de prestação de contas ou sua apresentação incompleta ou deficiente, sem a comprovação cabal da devida aplicação dos recursos públicos; violação de normas de transparência e de responsabilidade na gestão fiscal.

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa não objetivam punir apenas o administrador desonesto, mas também o inábil, o despreparado, o incompetente e o desastrado, constituindo a gestão pública temerária hipótese de improbidade administrativa.

5 CONCLUSÕES

Dados da *Transparency International*, de processos judiciais e de inquéritos civis indicam a ineficiência da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa por nosso Sistema de Justiça. Essa ineficiência é reforçada pelo entendimento atualmente consolidado em nossos Tribunais, que exigem, para a configuração de atos de improbidade, a demonstração de “desonestidade” ou “má-fé” por parte do agente público envolvido, afirmando que a lei não alcança o administrador “inábil, despreparado, incompetente e desastrado”, deixando sem punição a gestão temerária, ineficiente, com desperdício de recursos públicos, com menosprezo da legislação e das boas práticas administrativas, em especial das normas relativas às licitações e contratações, planejamento e execução orçamentária, prestação de contas e transparência e responsabilidade na gestão fiscal. Tais condutas, frequentes no âmbito da Administração Pública, além de denotarem deficiência de *accountability*, muitas vezes estão associadas a casos de corrupção, ou, no mínimo, criam o ambiente propício para sua ocorrência.

Em uma abordagem da Análise Econômica do Direito, em especial em seu viés descritivo, a partir da Teoria Econômica do Crime, demonstra-se que a interpretação da gestão pública temerária como ato de improbidade administrativa, tanto reduzindo a

probabilidade de o agente público não ser punido (maior possibilidade de enquadramento como improbidade administrativa e ajuizamento das respectivas ações), quanto aumentando a probabilidade de efetiva condenação, denota potencialidade para dissuadir a prática de corrupção, fixando as variáveis envolvidas na região da curva em que “o crime não compensa”. Trata-se da constatação de que os infratores são mais dissuadidos pela probabilidade de condenação do que pelo tamanho da punição caso sejam condenados, o que decorre de sua atitude de preferência pelo risco. Assim, uma maior redução na prática de corrupção é obtida pelo aumento na probabilidade de sanção do que pelo incremento da punição, constatação reforçada, no caso brasileiro, diante da grande demora para uma decisão definitiva nas ações judiciais – e conseqüentemente aplicação da punição –, que resulta em uma taxa de desconto na sanção ao final aplicada, que acaba por diminuir ainda mais o efeito do aumento da punição para a dissuasão de práticas ilícitas.

Por outro lado, essa postura de certa forma leniente com a incompetência e a ineficiência de administradores públicos não se coaduna com uma ordem constitucional que, além de estabelecer direitos de defesa, que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo, estabelece também direitos a prestações, que exigem que o Estado aja com eficiência para atenuar as desigualdades. Assim, a partir de uma interpretação que busca a otimização do âmbito de satisfação dos princípios da Administração Pública – em especial, o da eficiência –, conclui-se, como decorrência do princípio republicano e do direito fundamental à boa administração pública, que a atuação proba do agente público não visa somente evitar desvios e enriquecimento ilícito, mas também assegurar a utilização dos escassos recursos da sociedade de modo eficiente e equânime, proibindo-se o desperdício e a utilização supérflua ou equivocada do gasto público.

Conclui-se, dessa forma, que a gestão pública temerária enquadra-se no dispositivo da Lei de Improbidade que sanciona as violações a princípios que regem a Administração Pública, em especial o da eficiência, e que esse entendimento mostra-se perfeitamente compatível com a Constituição Federal, mormente quando considerados os objetivos e fundamentos de nossa República.

Além disso, se a constitucionalidade do crime de gestão temerária de instituição financeira – voltado a assegurar a higidez do Sistema Financeiro Nacional e a tutela do interesse público na preservação da poupança dos particulares – tem sido amplamente

reconhecida por nossos Tribunais, em situação em que está em jogo a liberdade do indivíduo, com maior razão ainda a compatibilidade com a Constituição do enquadramento da gestão pública temerária como hipótese de improbidade administrativa, por se tratar de esfera que envolve somente sanções de natureza cível, voltada a assegurar a higidez no trato da coisa pública, que não é individualmente de ninguém, mas de todos ao mesmo tempo.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO JR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do Sistema Judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, SÃO PAULO, v.7, n.1, pp. 75-98, Jan/Jun 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALBINOTTO NETO, Giacomio. Gary Becker: Prêmio Nobel de Economia de 1992. **Análise Econômica**, n. 19, ano 11, Porto Alegre, mar/1993.

BALBINOTTO NETO, Giacomo. A teoria econômica do crime. **Revista Leader**. ed. 35. Fev/2003. Disponível em: <http://www.revistalider.com.br/leader/edicao_35/artigo_01.asp>. Acesso em 9 de maio de 2015.

BALTAZAR JR, José Paulo. **Crimes federais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy, v. 76, n. 1, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOCAFOLI, Amaralis Inocente. **Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO, Luciani Coimbra. **A configuração jurídica das compras governamentais por padronização como concretização do princípio da eficiência**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA JR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do colarinho branco**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. **Direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, Mar 1980. pp. 191-226.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. **Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em 4 de maio de 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GABARDO, Emerson. **O princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção – teoria e evidências: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. **O princípio constitucional da eficiência na administração pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

LOBATO NETO, Lucival Lage. **Análise econômica da eficiência nas leis nacionais de licitações e contratos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86.** São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOBRE JR., Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. In: ELALI, André; ZARANZA, Evandro; SANTOS, Kallina Flor dos. **Direito corporativo – temas atuais.** São Paulo: Quartier Lantin, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa. Má gestão pública – Corrupção – Ineficiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics.** 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

POSNER, Richard. A. **Economic Analysis of Law.** 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

PROLA JR., Carlos Humberto; RINGENBERG, Diogo Roberto. O sigilo bancário e os Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei de improbidade. In: **Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92.** SAMPAIO, José Adércio et al. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROCHA, Júlio César de Sá da; ROTONDANO, Ricardo Oliveira. Uma necessária limitação ao atual conceito de discricionariedade administrativa: fundamentos da teoria da discricionariedade mínima. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,** Florianópolis, n. 63, pp. 101-132, dez. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p101>>. Acesso em 21 de abril de 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2011v32n63p101>.

SILVA, Paulo Cezar da. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais da Lei nº 7.492/86**. São Paulo: Quartier Lantin, 2006.

SILVA, Jorge Luís Terra da. **O princípio da eficiência como fator transformador**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

SODRÉ, Antonio Carlos de Azevedo; ALVES, Maria Fernanda Colaço. Relação entre emendas parlamentares e corrupção municipal no Brasil: estudo dos relatórios do programa de fiscalização da Controladoria-Geral da União. **RAC – Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 2, pp. 414-433, Mai/Jun 2010.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas** – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015

TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures. **IMPF Staff Paper**, v. 45, n. 4, dec/1998.

TORTIMA, José Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7.492/96**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption perceptions index 2014: results**. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em 5 de maio de 2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

VOIGT, Stefan; GUTMANN, Jerg. On the wrong side of the law – Causes and consequences of a corrupt judiciary. **International Review of Law and Economics**. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.irl.2014.04.005>>. Acesso em 7 de abril de 2015.