

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS

DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO

*Risco e fuga da responsabilização
dos agentes públicos*

MARÇAL JUSTEN FILHO | PREFÁCIO
RUY SAMUEL ESPÍNDOLA | APRESENTAÇÃO

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfourri

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezzi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Santos, Rodrigo Valgas dos

Direito Administrativo do medo : risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos / Rodrigo Valgas dos Santos. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-289-0

1. Administração pública 2. Agentes públicos 3. Direito administrativo 4. Direito administrativo – Brasil 5. Responsabilidade administrativa I. Título.

20-44198

CDU-351(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Agentes públicos : Administração pública : Direito administrativo 351(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Sumário

Agradecimentos	7
Apresentação	13
Prefácio	17
Lista de Abreviaturas e Siglas	21
Introdução	31
Capítulo 1 Separação de poderes: origem, crise e novos arranjos institucionais.....	55
1.1. Separação de poderes e formação do direito administrativo	58
1.2. O problema do ativismo judicial e o desequilíbrio da balança dos poderes.....	67
1.3. O conflito entre política e burocracia na separação de poderes	83
1.4. Novos arranjos institucionais na teoria da divisão dos poderes: órgãos constitu- cionais e ascensão dos não eleitos	92
Conclusões acerca dos novos arranjos institucionais.....	111
Capítulo 2 – Disfunções do controle externo decorrentes da interpretação e da apli- cação do direito no Brasil	119
2.1. Conceito operacional de disfunção	121
2.2. Fundamentos ideológicos do controle externo capazes de produzir disfun- cionalidades	127

2.3. Influxos do decisionismo e do protagonismo judicial na interpretação e na aplicação do direito no Brasil	137
2.4. Os problemas na aplicação da teoria dos princípios no Brasil e suas conexões com o controle externo	146
2.5. Conclusões acerca das premissas ideológicas do controle externo	156
Capítulo 3 – A casuística disfuncional nas ações de improbidade, tribunais de contas e justiça eleitoral	159
3.1. Considerações iniciais	162
3.2. As disfunções nas ações de improbidade	163
3.2.1. Conceito de Improbidade Administrativa na Lei 8.429/1992 a partir da Constituição da República	169
3.2.2. Os principais problemas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – LIA	174
3.2.2.1. Os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa	174
3.2.2.2. Dolo e culpa nas ações de Improbidade Administrativa	177
3.2.2.3. Falta de critérios adequados para dosimetria das suas sanções	180
3.2.3. Números impressionantes: a incrível quantidade de ações de improbidade aforadas no Brasil	184
3.2.4. Casos que demonstram como é fácil ser ímprobo no Brasil	187
3.2.4.1. O caso do prefeito dançarino da cidade de Capela do Alto Alegre	189
3.2.4.2. O caso das fotos oficiais de prefeito em órgãos do município	190
3.2.4.3. Casos de aplicação do dano <i>in re ipsa</i> pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ	191
3.2.4.4. O caso de condenação por cegueira deliberada	193
3.2.4.5. O Caso do Prefeito condenado por adotar o lema: “SP cidade linda”	194

3.2.4.6. O Caso de improbidade por uso de 14 folhas de papel timbrado.....	195
3.3. As disfunções nos tribunais de contas	196
3.3.1. Considerações acerca da composição dos tribunais de contas no Brasil e seus reflexos no controle externo.....	196
3.3.2. As presunções de responsabilidade civil dos ordenadores primários, autoridades ou responsáveis nos tribunais de contas	201
3.3.3. A falta da defesa técnica	204
3.3.4. O problema da rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa pelos tribunais de contas.....	207
3.3.4.1. Contas anuais	208
3.3.4.2. Contas dos administradores.....	210
3.3.5. Da incompetência dos tribunais de contas para aferir irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa.....	212
3.3.6. A problemática do julgamento político das contas anuais.....	213
3.3.7. <i>Due process of law</i> nas cortes de contas: o problema da prova testemunhal e pericial	216
3.3.8. A expansão do poder cautelar dos tribunais de contas	219
3.4. Disfunções na Justiça Eleitoral: a soma de todos os medos.....	223
3.4.1. Considerações iniciais.....	223
3.4.2. Controle de convencionalidade da Lei Complementar nº 64/1990 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.....	228
3.4.3. Algumas reflexões sobre as pródigas hipóteses de inelegibilidade da LC nº 64/1990.....	237
3.4.3.1. A inelegibilidade decorrente de exclusão do exercício da profissão (art. 1º, I, “m”, da LC 64/1990)	237
3.4.3.2. Inelegibilidade por demissão do serviço público (art. 1º, I, “o”, da LC 64/1990).....	238

3.4.3.3. Inelegibilidade por renúncia ao mandato desde o oferecimento de representação ou petição, capaz de autorizar a abertura de processo por infringência à Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica Distrital ou Lei Orgânica Municipal (art. 1º, I, “k”, da LC 64/1990)	239
3.4.3.4. Inelegibilidade por rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa (art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990)...	241
3.4.3.5. Inelegibilidade por condenação em ação de improbidade administrativa (art. 1º, I, “l” da LC 64/1990)	248
3.4.4. A insegurança jurídica da jurisprudência eleitoral	249
3.4.5. Considerações finais acerca das hipóteses de inelegibilidades da LC 64/1990 e da insegurança da jurisprudência eleitoral no Brasil	253

Capítulo 4 Limitação legal da responsabilidade civil dos agentes públicos e gestão de riscos como prevenção	257
4.1. Considerações iniciais	259
4.2. A limitação da responsabilidade e proteção legal do agente público pelos riscos da tomada de decisão: interconexões entre a <i>business judgment rule</i> – BJR e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB	260
4.2.1. Origem e conteúdo da <i>Business Judgment Rule</i> – BJR	263
4.2.2. A <i>Business Judgment Rule</i> – BJR e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: correlações possíveis	267
4.2.3. A limitação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro	271
4.2.4. A limitação da responsabilização pessoal de certos agentes públicos por dolo ou culpa grave no direito comparado	277
4.2.4.1. Portugal	278
4.2.4.2. Uruguai	280
4.2.4.3. Colômbia	280
4.2.4.4. Costa Rica	281

4.2.4.5. Espanha	281
4.2.4.6. Alemanha	282
4.2.4.7. Itália	283
4.2.4.8. França	283
4.2.5. Breves considerações acerca da necessidade de limitação legal da responsabilização dos agentes públicos, em face dos riscos a que estão submetidos: parâmetros para tolerabilidade ao erro do administrador	284
4.2.6. A conceituação de erro grosseiro e suas correlações com a culpa grave nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB	287
4.2.7. A constitucionalidade da MP 966 que tratou da responsabilização dos agentes públicos relacionada com a pandemia da Covid-19	291
4.3. Gestão de riscos na atividade administrativa: parâmetros normativos e técnicas para tratamento dos riscos a que estão submetidos os agentes públicos	295
4.3.1. Regramento normativo da gestão de riscos	299
4.3.2. Metodologias de gestão de riscos	305
4.3.2.1. <i>Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission</i> COSO	305
4.3.2.2. ABNT NBR ISO 31000	308
4.3.3. Matriz de Riscos	309
4.3.4. Escala de Probabilidade	310
4.3.5. Escala de Impacto	310
4.3.6. Escala de nível de risco	311
4.4. Considerações finais acerca da gestão de riscos como modo de evitar-se a responsabilização dos agentes públicos	312
Capítulo 5 – Risco na administração pública e estratégias de fuga da responsabilização.....	317
5.1. Conceito operacional de risco e conceitos afins: perigo, risco residual, probabilidade e possibilidade	319

5.2.	O risco de responsabilização dos agentes públicos	324
5.3.	Interações entre risco e medo: as consequências do medo no processo de tomada de decisão	332
5.4.	Os agentes públicos nos mundos da fuga da responsabilização	339
5.5.	Estratégias de fuga da responsabilização: considerações preliminares	341
5.6.	Tipos de estratégias de fuga da responsabilização	344
5.6.1.	Estratégias de manipulação	346
5.6.2.	Estratégias de atuação	348
5.6.2.1.	Delegação	349
5.6.2.2.	Reorganização defensiva	350
5.6.2.3.	Coletivização das decisões	351
5.6.2.4.	Governo pelo mercado	352
5.6.3.	Estratégias de política pública ou estratégias operacionais	354
5.6.3.1.	Protocolização	354
5.6.3.2.	Gregarismo	354
5.6.3.3.	Individualização da responsabilização ou eleição de bode expiatório	355
5.6.3.4.	Inação ou imobilismo decisório: a paralisia administrativa ...	355
5.6.4.	Estratégias de judicialização ou substituição decisória externa	360
5.6.5.	Estratégia de relacionamento informal interadministrativo	362
5.6.6.	Estratégia de Blindagem Patrimonial	367
5.7.	Considerações finais: as estratégias de fuga da responsabilização são algo positivo ou negativo?	369
5.7.1.	Efeitos positivos	369
5.7.2.	Efeitos negativos	370
Conclusão	373
Referências Bibliográficas	381