

Rodrigo Valgas dos Santos

DIREITO ADMINISTRATIVO DO

*Risco e fuga da responsabilização
dos agentes públicos*

3ª edição
revista, atualizada e ampliada

Prefácio

MARÇAL JUSTEN FILHO

Apresentação

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiários: Aline Pavanelli e João Victor Sales

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cava cante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Michelle Kwan e Rebeca Crespo Rangel

Capa: Linotec

Caricaturista: João Spacca de Oliveira

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista e Jéssica Maria Ferreira Bueno

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. – 3. ed. rev., atual. e ampl. --São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023.

Bibliografia.

ISBN 978-65-260-1930-6

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

23-175228

CDU-351(81))

Índices para catálogo sistemático:

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

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427



Sumário

Agradecimentos	7
Apresentação	13
Prefácio	17
Nota à 3ª edição	21
Lista de Abreviaturas e Siglas	23
Introdução	35
Capítulo 1 – Separação de poderes: origem, crise e novos arranjos institucionais	59
1.1. Separação de poderes e formação do direito administrativo	62
1.2. O problema do ativismo judicial e o desequilíbrio da balança dos poderes	71
1.3. O conflito entre política e burocracia na separação de poderes	87
1.4. Novos arranjos institucionais na teoria da divisão dos poderes: órgãos constitucionais e ascensão dos não eleitos	96
1.5. Conclusões acerca dos novos arranjos institucionais.....	117

Capítulo 2 – Disfunções do controle externo decorrentes da interpretação e da aplicação do direito no Brasil.....	125
2.1. Conceito operacional de disfunção.....	127
2.2. Fundamentos ideológicos do controle externo capazes de produzir disfuncionalidades.....	133
2.3. Influxos do decisionismo e do protagonismo judicial na interpretação e na aplicação do direito no Brasil.....	143
2.4. Os problemas na aplicação da teoria dos princípios no Brasil e suas conexões como controle externo.....	153
2.5. Conclusões acerca das premissas ideológicas do controle externo.....	163
Capítulo 3 – A casuística disfuncional nas ações de improbidade, tribunais de contas e justiça eleitoral.....	165
3.1. Considerações iniciais.....	168
3.2. As disfunções nas ações de improbidade.....	169
3.2.1. Conceito de Improbidade Administrativa na Lei 8.429/1992 a partir da Constituição da República.....	176
3.2.2. Os principais problemas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – LIA.....	182
3.2.2.1. Os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa.....	182
3.2.2.2. Dolo nas ações de Improbidade Administrativa.....	186
3.2.2.3. Falta de critérios adequados para dosimetria das suas sanções.....	192
3.2.3. Números impressionantes: a incrível quantidade de ações de improbidade aforadas no Brasil.....	198
3.2.4. Casos que demonstram como é fácil ser ímprobo no Brasil.....	201
3.2.4.1. O caso do prefeito dançarino da cidade de Capela do Alto Alegre.....	203
3.2.4.2. O caso das fotos oficiais de prefeito em órgãos do município....	204

3.2.4.3.	Casos de aplicação do dano <i>in re ipsa</i> pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ	205
3.2.4.4.	O caso de condenação por cegueira deliberada	207
3.2.4.5.	O caso do prefeito condenado por adotar o lema: “SP cidade linda”	208
3.2.4.6.	O caso de improbidade por uso de 14 folhas de papel timbrado	209
3.2.5.	Algumas considerações sobre as decisões do STF acerca do novo regime de improbidade da Lei 14.230/2021	211
3.3.	As disfunções nos tribunais de contas	218
3.3.1.	Considerações acerca da composição dos tribunais de contas no Brasil e seus reflexos no controle externo	218
3.3.2.	As presunções de responsabilidade civil dos ordenadores primários, autoridades ou responsáveis nos tribunais de contas	223
3.3.3.	A falta da defesa técnica	226
3.3.4.	O problema da rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa pelos tribunais de contas.....	229
3.3.4.1.	Contas anuais	230
3.3.4.2.	Contas dos administradores	232
3.3.5.	Da incompetência dos tribunais de contas para aferir irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa	234
3.3.6.	A problemática do julgamento político das contas anuais.....	236
3.3.7.	<i>Due process of law</i> nas cortes de contas: o problema da prova testemunhal e pericial	238
3.3.8.	A relutância no reconhecimento da prescrição punitiva e ressarcitória nos tribunais de contas.....	241
3.3.8.1.	A prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.....	242
3.3.8.2.	Os tribunais de contas e a forçada mudança de rumo no trato da prescrição	243

3.3.8.3.	Alguns problemas a serem equacionados no trato da prescrição nos tribunais de contas	245
3.3.9.	A expansão do poder cautelar dos tribunais de contas	248
3.4.	Disfunções na Justiça Eleitoral: a soma de todos os medos.....	252
3.4.1.	Considerações iniciais.....	252
3.4.2.	Controle de convencionalidade da LC 64/1990 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.....	257
3.4.3.	Algumas reflexões sobre as pródigas hipóteses de inelegibilidade da LC 64/1990.....	266
3.4.3.1.	A inelegibilidade decorrente de exclusão do exercício da profissão (art. 1º, I, “m”, da LC 64/1990)	266
3.4.3.2.	Inelegibilidade por demissão do serviço público (art. 1º, I, “o”, da LC 64/1990).....	268
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)	269
3.4.3.4.	Inelegibilidade por rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa (art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990) ...	270
3.4.3.5.	Inelegibilidade por condenação em ação de improbidade administrativa (art. 1º, I, “l”, da LC 64/1990)	277
3.4.4.	A insegurança jurídica da jurisprudência eleitoral	279
3.4.5.	Considerações finais acerca das hipóteses de inelegibilidades da LC 64/1990 e da insegurança da jurisprudência eleitoral no Brasil	283

Capítulo 4 – Limitação legal da responsabilidade civil dos agentes públicos e gestão de riscos como prevenção	287
--	-----

4.1.	Considerações iniciais.....	289
------	-----------------------------	-----

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	290
4.2.1.	Origem e conteúdo da <i>Business Judgment Rule</i> – BJR	294
4.2.2.	A <i>Business Judgment Rule</i> – BJR e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: correlações possíveis	298
4.2.3.	A limitação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro	302
4.2.4.	A limitação da responsabilização pessoal de certos agentes públicos por dolo ou culpa grave no direito comparado	309
4.2.4.1.	Portugal	310
4.2.4.2.	Uruguai	311
4.2.4.3.	Colômbia	312
4.2.4.4.	Costa Rica	312
4.2.4.5.	Espanha	313
4.2.4.6.	Alemanha	314
4.2.4.7.	Itália	314
4.2.4.8.	França	315
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....	315
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	319
4.2.7.	A constitucionalidade da MP 966 que tratou da responsabilização dos agentes públicos relacionada com a pandemia da Covid-19.....	324
4.3.	Gestão de riscos na atividade administrativa: parâmetros normativos e técnicas para tratamento dos riscos a que estão submetidos os agentes públicos	328

4.3.1.	Regramento normativo da gestão de riscos.....	332
4.3.2.	Metodologias de gestão de riscos	340
4.3.2.1.	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO.....	340
4.3.2.2.	ABNT NBR ISO 31000.....	343
4.3.3.	Matriz de Riscos.....	345
4.3.4.	Escala de Probabilidade.....	345
4.3.5.	Escala de impacto.....	346
4.3.6.	Escala de nível de risco.....	346
4.4.	Considerações finais acerca da gestão de riscos como modo de evitar-se a responsabilização dos agentes públicos.....	348
Capítulo 5	Risco na administração pública e estratégias de fuga da responsabili- zação	351
5.1.	Conceito operacional de risco e conceitos afins: perigo, risco residual, probabi- lidade e possibilidade.....	353
5.2.	O risco de responsabilização dos agentes públicos	358
5.3.	Interações entre risco e medo: as consequências do medo no processo de tomada de decisão.....	366
5.4.	A pesquisa empírica desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União (TCU/ colAB-i) para detectar o medo do controle nas contratações inovadoras.....	373
5.5.	Os agentes públicos nos mundos da fuga da responsabilização.....	376
5.6.	Estratégias de fuga da responsabilização: considerações preliminares	378
5.7.	Tipos de estratégias de fuga da responsabilização	382
5.7.1.	Estratégias de manipulação	383
5.7.2.	Estratégias de atuação.....	385
5.7.2.1.	Delegação	386
5.7.2.2.	Reorganização defensiva.....	388

5.7.2.3. Coletivização das decisões.....	388
5.7.2.4. Governo pelo mercado.....	391
5.7.3. Estratégias de política pública ou estratégias operacionais	391
5.7.3.1. Protocolização.....	392
5.7.3.2. Gregarismo	392
5.7.3.3. Individualização da responsabilização ou eleição de bode expiatório	392
5.7.3.4. Inação ou imobilismo decisório: a paralisia administrativa ...	393
5.7.4. Estratégias de judicialização ou substituição decisória externa	397
5.7.5. Estratégia de relacionamento informal interadministrativo	400
5.7.6. Estratégia de Blindagem Patrimonial	405
5.8. Considerações finais: as estratégias de fuga da responsabilização são algo positivo ou negativo?.....	406
5.8.1. Efeitos positivos	407
5.8.2. Efeitos negativos.....	408
Conclusão	411
Referências Bibliográficas	419