

Estímulos persecutórios excessivos: uma reflexão sobre a lei de improbidade administrativa

Erro não é improbidade

Por Gustavo da Rocha Schmidt¹

1. Introdução.

Existe uma demanda histórica por justiça no Brasil, fruto em larga medida da percepção, compartilhada no seio da sociedade, de uma atávica impunidade de ricos e poderosos. É frequente a afirmação de que, no país, o cárcere é apenas para pobres e para as classes menos abastadas, havendo uma casta privilegiada que estaria acima da lei, ou fora do alcance dela. A corrupção é tida como endêmica no Estado brasileiro. A literatura é vasta sobre o assunto², assim como são diversas as razões, de cunho histórico, cultural e institucional, que explicam (ou, ao menos, tentam explicar) o enraizamento de tais práticas antirrepublicanas na burocracia estatal³.

É nesse contexto que, na última década, sucessivas leis foram aprovadas, a pretexto de combater a corrupção e os crimes do colarinho branco, como é o caso da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei de Ficha Limpa), da Lei nº 12.683/2012 (que

¹ Professor da FGV Direito Rio. Presidente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA e da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR. Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Master of Laws pela New York University of Law. Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Advogado. Sócio fundador de Schmidt, Lourenço & Kingston - Advogados Associados. Procurador do Município do Rio de Janeiro. É, ainda, Presidente da Comissão de Arbitragem dos BRICS da OAB Federal.

² Sobre o tema: vide: CARVALHO, José Murilo. *Passado, presente e futuro da corrupção brasileira*. In: AVRITZER, Leonardo et alli (orgs.). *Corrupção: ensaios e crítica*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008; FILGUEIRAS, Fernando. *A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas*. Cadernos Cedes, IUPERJ, nº 5, 2006; ABRAMO, Claudio Weber. *Percepções pantanosas. A dificuldade de medir a corrupção*. Novos Estudos - CEBRAP, nº 73, 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext. Acesso em: 10.10.2020; ANECHIARICO, Frank & JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996; JOHNSTON, Michael. *Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

³ FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância da corrupção no país: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In: Opinião Pública, Capinas, v. 15, n 2, nov 2009, p. 386-421; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A corrupção como fenômeno social e político*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em 12.10.2020; FAORO, Raimundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2000; DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis. Uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1980; CAMPANTE, Rubens Goyatá. *O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira*. Dados - Revista de Ciências Sociais, v. 46, nº1, 2003, p. 153-193. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>. Acesso em 10.10.2020; LIPSET, Seymour Martin & LENZ, Gabriel Salman. *Corrupção, cultura e mercados*. In: HARRINSON, Lawrence E. & HUNTINGTON, Samuel P. (orgs.). *A cultura importa: Os valores que definem o progresso humano*. Rio de Janeiro: Record, 2002.

reformulou a Lei de Lavagem de Dinheiro), da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção, da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e da Lei nº 13.964/2019 (o desfigurado Pacote Anticrime).

Os referidos atos normativos compõem um verdadeiro microssistema de combate à corrupção, inaugurado há cerca de 28 anos, com a aprovação da pioneira Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, em 14 de agosto de 1991, o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 406⁴, submetendo à aprovação parlamentar projeto de lei que dispunha sobre “*o procedimento para a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou funcional*”, depois convertido na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Ali, na Exposição de Motivos nº EM.GM/SAA/0388, já destacava o Ministro da Justiça Jarbas Passarinho que o referido anteprojeto tinha o declarado objetivo de combater “*a prática desenfreada e impune da corrupção, no trato com os dinheiros públicos*”⁵.

Ocorre que, transcorridos mais de vinte e oito anos da entrada em vigor da LIA, não há qualquer evidência de que o referido marco regulatório tenha contribuído para reduzir a desonestidade no bojo da Administração Pública.

Leis mais recentes, como a Lei nº 12.850/2013, ajudaram a revelar, mediante o emprego de institutos como a colaboração premiada, esquemas bilionários de corrupção no âmbito de empresas estatais, naquela que ficou conhecida como a “*Operação Lava Jato*”. Não há, contudo, qualquer episódio ou caso paradigmático, no campo do combate à corrupção, que tenha sido reprimido eficientemente pela LIA.

Ao contrário, a Lei nº 8.429/1992 tem funcionado como um entrave à atuação administrativa do Estado. Instituiu uma matriz de responsabilidade caótica para o gestor público, ao ponto em que, no mais das vezes, não tem ele como saber, de antemão, aquilo que lhe é permitido, ou não, fazer. Na prática, pune severamente o erro

⁴ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em 19.10.2020. Vide, ainda, o Diário do Congresso Nacional de 17.08.1991, p. 14124. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=74>. Acesso em 19.10.2020.

⁵ *Idem*.

administrativo; e não a desonestidade, a corrupção ou a devassidão no trato da coisa pública.

Efeito disso é que poucas pessoas honestas, com sucesso profissional e patrimônio construído a duras penas, estão dispostas a seguir a vida pública. É sintomático que personalidades reconhecidas, com um histórico profissional vitorioso, como é o caso do Ministro Joaquim Barbosa⁶, do apresentador Luciano Huck⁷ e do ex-atleta olímpico e técnico de volleyball Bernardinho⁸, tenham cogitado a possibilidade de disputar eleições para cargos no Poder Executivo, mas depois desistiram.

Errar, entretanto, é da natureza humana. Só erra quem se propõe a acertar. Do bom gestor espera-se que tente, inove, tome decisões e cometa erros, até que consiga acertar⁹. O erro, evidentemente, não pode ser confundido com a improbidade¹⁰. Não se pode ignorar, como bem leciona Fernando Leal, que *“o administrador público... nem sempre decide sob condições de certeza a respeito dos efeitos que as suas escolhas produzirão na realidade ou é capaz de reunir as informações necessárias para privilegiar uma decisão ótima sem incorrer em custos muito altos ou mesmo proibitivos”*¹¹.

Mais do que isso, o gestor toma dezenas de decisões diariamente. Obviamente, vai errar em algum momento. É o que dele se espera. Inovar pressupõe a assunção de riscos. Exige tentativas e experimentalismo. Punir o erro administrativo só serve para construir uma cultura burocrática, que estimula o não fazer. É conhecida nas repartições públicas a figura do servidor público que só sabe dizer “não”. A verdade é que o “não”, em um ambiente de tanta insegurança jurídica, de tanta incerteza, constitui instrumento de autopreservação. Entre dizer um “sim” e assumir riscos na sua esfera pessoal, ou dizer um “não” e dormir tranquilo, todos tendem a dizer o “não”. Aí a origem do fenômeno que ficou conhecido como *“apagação das canetas”*.

⁶ Nesse sentido, confira-se a reportagem publicada no portal da BBC Brasil, no dia 7.04.2018, com a manchete *“Em decisão ‘pessoal’, Joaquim Barbosa desiste da disputa presidencial”*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43650210>. Acesso em 21.10.2020.

⁷ Veja-se, a título exemplificativo, matéria publicada no Valor Econômico, em 15.02.2018, com o título *“Huck desiste de ser candidato à Presidência”*. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/02/15/huck-desiste-de-ser-candidato-a-presidencia.ghml>. Acesso em: 21.10.2020.

⁸ Nesse sentido, dentre outras: *“Bernardinho desiste de concorrer ao governo do Rio”*. Estadão, 2.05.2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bernardinho-desiste-de-concorrer-ao-governo-do-rio,70002292273>. Acesso em 21.10.2020.

⁹ LEAL, Fernando. *O direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução?* In: Jota, 14.04.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-direito-ao-erro-do-administrador-publico-e-compativel-com-o-dever-de-precaucao-17042020>. Acesso em: 08.10.2020.

¹⁰ A propósito do tema, veja-se DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao erro do administrador público no Brasil*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

¹¹ LEAL, Fernando, *op. cit.*

Neste ensaio, sugere-se que muito da “*criminalização*” da atividade administrativa do Estado, no Brasil, deriva de um conjunto excessivo de estímulos (de direito material e de direito processual) à persecução dos agentes públicos, constantes da Lei nº 8.429/1992. A tese aqui defendida é a de que a LIA, no desenho atualmente em vigor, incentiva a penalização de meras irregularidades e equívocos, mesmo que inexista no atuar do gestor contornos de desonestidade ou de corrupção.

2. Sinais trocados: Entre a proteção do art. 28 da LINDB e os estímulos persecutórios da LIA.

É verdade que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou a orientação de que “*nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92*”¹². “*A improbidade*”, segundo o STJ, “*é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo do agente*”¹³, sendo certo que “*a Lei de Improbidade não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé*”¹⁴.

Mais do que isso, com a aprovação da Lei nº 13.655/2018, foi incluída no art. 28¹⁵ da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) a previsão de que só em casos excepcionais, de erro grosseiro, há que responder o agente público por seus atos (decisões ou opiniões técnicas), reforçando, a não deixar margem a dúvida, que o mero erro administrativo não é passível de punição, quer criminal, quer por improbidade administrativa, quer, ainda, no âmbito do regime sancionatório clássico do direito administrativo.¹⁶

Significa dizer que existe hoje, no arcabouço normativo brasileiro, tanto no campo legislativo, como na esfera jurisprudencial, proteção suficiente aos gestores públicos, em seu atuar administrativo, para a tomada de decisões que, por mais controversas que possam parecer, não caracterizem erro grosseiro ou algum ilícito doloso. A mera divergência, no campo político ou ideológico, jamais poderia dar ensejo

¹² STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1409556/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22.09.2020, DJe 29.09.2020.

¹³ STJ, Corte Especial, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 21.09.2011, DJe 28.09.2011.

¹⁴ STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp 838.141/MT, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 27.11.2018, DJe 03.12.2018.

¹⁵ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Redação dada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril d 2018.

¹⁶ Vide, a respeito do tema, dentre outros: BINENBOJM, Gustavo & CYRINO, André. *O art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: *Direito público na lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*, nov. 2018, p. 203-224.

ao ajuizamento de ação de improbidade. Escolhas erradas devem ser punidas nas eleições, pelo voto popular.

Ocorre que, em que pese o arcabouço normativo acima delineado, a aplicação em concreto da lei de improbidade administrativa tem sido demasiadamente penosa para o agente público, punindo-o por meras irregularidades ou mesmo por decisões ideologicamente controvertidas, sem qualquer ato de corrupção ou desonestidade a elas associado. Ao invés de combater a improbidade propriamente dita¹⁷, pune-se o erro administrativo, tendo por efeito colateral a instalação de um cenário de excessiva insegurança jurídica.

O estrago na esfera jurídica do agente público, por sua vez, revela-se não apenas pelas inúmeras e recorrentes condenações nas instâncias inferiores, por meras irregularidades, mas também em virtude do enorme contingente de ações de improbidade em curso nos tribunais, sem lastro em ato doloso ou em erro grosseiro; do frequente recebimento das petições iniciais das ações de improbidade, de forma acrítica; da recorrente e quase certa decretação de indisponibilidade de bens dos réus em tais casos; e, ainda, da morosidade na solução dos processos respectivos.

É necessário, por isso mesmo, compreender as razões pelas quais, mesmo ante o teor expresso do art. 28 da LINDB e, também, da firme jurisprudência do STJ a respeito do tema, é caótica a matriz de responsabilidade do gestor público no Brasil, no campo da improbidade administrativa, levando-o a ser processado e a suportar frequentes punições pela prática de atos que constituem meras irregularidades ou erros administrativos.

O problema identificado é que, muito embora o art. 28 da LINDB disponha, categoricamente, no sentido de que o agente público responderá por seus atos, tão somente, “*em caso de dolo ou erro grosseiro*”, a LIA sinaliza para os órgãos de controle, em especial para o Ministério Público, em direção diametralmente oposta, oferecendo duas categorias de estímulos à penalização do “*erro administrativo*”: estímulos de direito material e estímulos de direito processual.

Em outras palavras, o desenho institucional subjacente à LIA, em razão de estímulos nela contidos (no campo do direito material e do direito processual), incentiva um excessivo punitivismo da atividade administrativa do Estado, mediante a

¹⁷ Improbidade, segundo definição do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, seria: “1. Falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. Maldade, perversidade”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 925.

penalização, indistintamente, de atos de improbidade administrativa, de meras irregularidades e de rotineiros erros administrativos.

3. Estímulos persecutórios de direito material.

A primeira categoria de estímulos está no campo do direito material. Ao invés de aderir à tipicidade fechada, mediante a descrição mais exata quanto possível do ilícito a ser sancionado, conforme o faz o direito penal¹⁸, o microsistema de tutela da probidade administrativa, instituído pela Lei nº 8.429/1992, aderiu a um modelo de tipos abertos, de cunho genérico e principiológico.

Com efeito, prevê o sobredito diploma legal três espécies distintas de atos de improbidade administrativa. O art. 9º trata dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito¹⁹. Nele, estão previstos aqueles atos de caráter corrupto, essencialmente ímprobos. Já o art. 10 ocupa-se dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário²⁰. Perceba-se que aqui as expressões utilizadas pela lei, para a descrição dos ilícitos, já assumem caráter mais genérico e aberto. É o que se extrai, a título ilustrativo, do próprio *caput*, quando classifica como improbidade administrativa o ato culposos que enseje “*perda patrimonial*”. Lógica similar seguem os incisos IX e XI do aludido dispositivo, ao tipificarem como improbidade os atos de “*permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento*” e de “*liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes*”.

O mais sensível, nada obstante, está no conjunto de regras contido no art. 11 da LIA. Ali estão consagrados os chamados atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Na dicção legal, “*constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”. A palavra “*notadamente*”, que vem na sequência, permite deduzir,

¹⁸ A tipicidade do direito penal é uma derivação lógica da legalidade estrita. “É o princípio da legalidade”, como bem ensina Rogerio Greco, “o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral: Vol. 1* – 16ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 98).

¹⁹ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei (...)”.

²⁰ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...)”.

ainda, que os ilícitos ali discriminados são meramente exemplificativos, não excluindo outros atos, na percepção do órgão ministerial de fiscalização, que importem em ofensa aos princípios reitores da atividade administrativa do Estado.²¹

Consequência da opção feita pelo legislador é que qualquer ato que, na percepção de um membro do Ministério Público, caracterize ofensa a algum princípio da Administração Pública poderá dar ensejo à deflagração da ação de improbidade. O *parquet*, na prática, desde que divirja do ato, mesmo que apenas ideologicamente, consegue enquadrá-lo como ato de improbidade, por violação a norma de cunho meramente principiológico.

Mais do que isso, qualquer irregularidade, mesmo que desprovida de significância jurídica, pode ensejar ação de improbidade contra o agente público. Da mesma forma, qualquer erro administrativo, fruto da má percepção da realidade pelo gestor, em uma determinada circunstância, pode importar na decretação de indisponibilidade de seus bens e, ao final do processo, até mesmo na perda do cargo ocupado.

Erro, contudo, não é improbidade. Tampouco a mera irregularidade caracteriza ato ímprobo. Em verdade, nem mesmo a ilegalidade, isoladamente, há que ser enquadrada como tal. Conforme orientação pacífica no STJ, improbidade é a “*ilegalidade qualificada*” pela desonestidade, pela corrupção, pelo desvio, pela intenção deliberada de causar lesão ao erário.²²

4. Estímulos persecutórios de natureza procedimental.

A segunda categoria de estímulos está no campo procedimental.

Primeiro, é muito mais fácil para o promotor de justiça competente ajuizar a ação de improbidade do que arquivar o inquérito civil. Isso porque, enquanto o arquivamento do inquérito civil depende da homologação do Conselho Superior do Ministério Público, a teor do art. 9º²³, § 3º, da Lei nº 7.347/1985, tendo o titular da

²¹ Nesse sentido, dentre outros: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2007. pp. 743-745.

²² Vide, dentre outros: STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1886775/AC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18.05.2021, DJe 09.06.2021.

²³ “ Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou

investigação que submeter a decisão aos seus pares, a distribuição da ação de improbidade não está submetida a qualquer espécie de controle interno. O desenho institucional promove a transferência da decisão de ajuizar ou não a ação de improbidade – que deveria caber ao criterioso exame do Ministério Público – ao Poder Judiciário, que tem que decidir se a ação deve ou não ser recebida.

Segundo, conquanto o art. 17, § 8º, da LIA estabeleça que o juiz deve, liminarmente, em decisão fundamentada, rejeitar a ação, “*se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*”, a referida competência foi esvaziada pela importação acrítica, para o campo da improbidade administrativa, de princípio que tem aplicação no processo penal, o chamado “*in dubio pro societate*”²⁴. Na dúvida, assinala a doutrina, acompanhada pela jurisprudência do STJ²⁵, deve o juiz receber a ação e determinar o seu processamento. Assim, a ação que foi proposta por conta do estímulo perverso oferecido pelo desenho institucional acima descrito é recebida de modo quase automático pelo Poder Judiciário, por conta da aplicação de um princípio de direito penal que, na verdade, não se encontra contemplado na lei de regência.

Terceiro, firmaram os tribunais pátrios a orientação de que, caso seja formulado pedido de indisponibilidade de bens, o risco de dilapidação patrimonial (também chamado de *periculum in mora*) é presumido, de sorte que, para que a medida seja deferida, basta a existência do *fumus boni iuris*, isto é, de um relato que revele a possível prática de ato de improbidade administrativa.²⁶

rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”

²⁴ A propósito do tema, anotam Mudrovitsch e Nóbrega que: “A despeito de tudo isso, o *in dubio pro societate*, mesmo sem previsão legal, receberia a chancela jurisprudencial para se tornar uma espécie de *álibi argumentativo*, um fundamento em si apto a desonerar fundamentações adicionais” (MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Justa causa e in dubio pro societate nas ações de improbidade*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/improbidade-debate-justa-causa-in-dubio-pro-societate-aco-es-improbidade#_ftnref7. Acesso em 5 de outubro de 2020).

²⁵ “A jurisprudência desta Corte Superior é serena no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público” (STJ, Segunda Turma, AgInt no AgInt no AREsp 1501406/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 21.09.2020, DJe 24.09.2020).

²⁶ Veja-se, por todos: STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1857927/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21.09.2020, DJe 01.10.2020.

Estes estímulos processuais, em um verdadeiro e perverso conjunto de *nudges*²⁷, empurram não apenas o Ministério Público para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa, mesmo sem que tenha havido um ato desonesto ou corrupto propriamente dito, como também os magistrados para o recebimento acrítico das ações, com a decretação recorrente de indisponibilidade de bens, em casos envolvendo mera irregularidade ou erro administrativo.

5. Conclusões.

Espera-se, neste ponto, estar mais do que claro que o desenho institucional contido na LIA reúne um conjunto excessivo de estímulos, de direito material e de direito processual, em favor da persecução e da penalização de gestores públicos (mesmo os honestos e bem-intencionados).

Os *nudges* procedimentais estimulam o ajuizamento de ações de improbidade, bem como o recebimento delas pelos juízes, com a quase automática decretação de indisponibilidade de bens dos gestores públicos. Ao passo que os estímulos de direito material, fruto de tipos legais abertos e de caráter meramente principiológico, reforçam os incentivos procedimentais e induzem a condenação ao final dos processos, mesmo na ausência de atos de corrupção propriamente ditos.

O somatório de tais estímulos tem efeito dramático para a vida do gestor público. Diz-se, no Brasil, que não há prefeito, secretário de Estado ou governador que não tenha uma ação de improbidade para chamar de sua.

O modelo em vigor, além de não atingir a finalidade para a qual foi delineado (qual seja, o combate à corrupção), penaliza desnecessariamente meras irregularidades e erros administrativos, desestimulando o ingresso de pessoas honestas e bem-sucedidas na vida pública, ao mesmo tempo em que alimenta uma cultura estatal burocrática, do “*não fazer*”, naquilo que se convencionou chamar de “*apagão das canetas*” ou de “*direito administrativo do medo*”.

É inadiável repensar e reformular a sistemática vigente.

²⁷ A expressão *nudge*, cunhada por Richard Thaler e Cass Sunstein, pode ser definida como “*um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos*” (THALER, Richard H. & SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 14). *Nudges* podem ser tanto positivos e idôneos, quanto negativos e perversos. Estimulam comportamentos, para o bem ou para o mal.