

As alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 e seus reflexos no combate a improbidade administrativa sob a ótica da Análise Econômica do Direito

Maurício Correa Soares da Mota

Pery Francisco Assis Shikida

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Análise Econômica do Direito (AED)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Vice-Presidente no exercício da Presidência)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

André Luis de Carvalho

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETORA-GERAL

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Ana Carolina Dytz Fagundes de Moraes

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

As alterações trazidas pela Lei n.º 14.231/2021 e seus reflexos no combate a improbidade administrativa e corrupção sob a ótica da Análise Econômica do Direito

Maurício Correa Soares da Mota

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Análise Econômica do Direito.

Orientador(a):

Prof. Pery Francisco Assis Shikida

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CORREA SOARES DA MOTA, Maurício. As alterações trazidas pela Lei 14.230/2021 e seus reflexos no combate a improbidade administrativa e corrupção sob a ótica da Análise Econômica do Direito. 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): Maurício Correa Soares da Mota

TÍTULO: As alterações trazidas pela Lei 14.230/2021 e seus reflexos no combate a improbidade administrativa e corrupção sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Maurício Correa Soares da Mota

mauriciomota@mpf.mp.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Correa Soares da Mota, Maurício

Título: As alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 e seus reflexos no combate a improbidade administrativa e corrupção sob a ótica da Análise Econômica do Direito/ Maurício Correa Soares da Mota. – Brasília: ISC/TCU, 2023.

(Monografia de Especialização)

1. Análise Econômica do Direito. 2. Tema 2. 3. Tema 3. I. Título.

CDU 02

CDD 020

As alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 e seus reflexos no combate a improbidade administrativa e corrupção sob a ótica da Análise Econômica do Direito

Maurício Correa Soares da Mota

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Análise Econômica do Direito.

Brasília, 28 de junho de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Pery Francisco Assis Shikida
Orientador
Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Prof. Dr. Luiz Marcelo Berger
Avaliador
Professor dos cursos MBA e LLM da Fundação Getúlio Vargas (FGV), dos cursos de Especialização da Faculdade de Ciências Econômicas UFRGS, da Especialização LLM em Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Resumo

O presente estudo tem como objetivo central analisar, de maneira pragmática, os efeitos decorrentes da promulgação da Lei nº 14.230/2021, responsável por implementar transformações de grande relevância na LIA. Para alcançar tal objetivo, procurou-se incorporar elementos provenientes da Análise Econômica do Direito, especialmente aqueles relacionados à denominada Economia do Crime ou Teoria Econômica do Crime, com o propósito de investigar a inter-relação existente entre as esferas econômica e jurídica.

Nesse contexto, empreendeu-se um exame detalhado a respeito do surgimento do movimento da Análise Econômica do Direito, abordando-se os elementos fundamentais da Teoria Econômica do Crime, bem como os instrumentos empregados pela doutrina para assegurar a aplicação correta das normas legais.

Ao final, o estudo voltou-se para a análise de um caso específico, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Nessa situação, à luz da nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230/2021), examinou-se os efeitos decorrentes da substancial alteração legislativa, bem como a possível regressão no enfrentamento à improbidade administrativa e à corrupção, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Teoria Econômica do Crime; Corrupção; Lei de Improbidade Administrativa; Lei 14.230/2021.

Abstract

The central objective of this study is to pragmatically analyze the effects resulting from the enactment of Law No. 14.230/2021, responsible for implementing significant changes in the Administrative Improbability Law. To achieve this goal, it was sought to incorporate elements from the Law and Economics, especially those related to the Economics of Crime, in order to investigate the interrelation between the economic and legal spheres.

Within this context, a detailed examination was undertaken on the emergence of the Economic Analysis of Law (EAL) movement, addressing the fundamental elements of the economic theory of crime, as well as the tools used by the doctrine to ensure the correct application of legal norms.

Finally, the study turned to the analysis of a specific case judged by the Federal Court of the First Region. In this situation, considering the new Administrative Improbability Law, the effects resulting from the substantial legislative change were examined, and the possible regression in combating administrative improbity and corruption, from the perspective of Law and Economics.

Keywords: Law and Economics; Economic Theory of Crime; Corruption; Administrative Improbability Law; Law 14.230/2021.

Sumário

Introdução.....	12
1. A Análise Econômica do Direito erigida como mecanismo aplicativo das disposições normativas em prol de uma atuação mais eficaz.....	14
1.1 O advento da Análise Econômica do Direito e sua insígnia histórica.....	15
1.2 O individualismo metodológico, as escolhas racionais e a eficiência enquanto pilares doutrinários.....	18
1.3 A normatividade e a positividade da Análise Econômica do Direito como faces complementares de sua abordagem.....	21
2. A Teoria Econômica do Delito e das Sanções Punitivas sob a égide da perspectiva econômica.....	23
3. A teoria econômica aplicada às sanções para o ato de improbidade administrativa previsto no inciso VIII do art. 8ª da Lei 8.429/1992 - um estudo de caso.....	28
4. Conclusão.....	35
Referências.....	38

Introdução

A Análise Econômica do Direito (AED) é um campo emergente e vigoroso, que representa uma perspectiva essencialmente interdisciplinar, incorporando práticas avançadas e princípios essenciais da economia ao intrincado universo jurídico. Tal abordagem estratégica não se resume à elucidação dos impactos econômicos decorrentes de determinadas normativas legais. A EAD tem como singularidade a busca meticulosa da efetividade e da aplicabilidade eficiente do referido conjunto de leis.

Na esteira da LIA, e das reformulações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, a contribuição da AED tem potencial para amplificar de forma significativa o entendimento das relevantes ramificações econômicas observadas nesse contexto. Tal conhecimento pode vir a auxiliar, assim, na formulação de políticas públicas mais robustas e eficazes na prevenção de práticas de corrupção.

Um dos pilares fundamentais da AED, a eficiência, é um conceito que aspira a maximizar o bem-estar social, por meio de uma distribuição ótima e equitativa de recursos. Quando este conceito é meticulosamente aplicado ao contexto da LIA, torna-se possível avaliar se as penalidades e sanções delineadas na referida lei são suficientemente eficazes para desestimular práticas corruptas e, conseqüentemente, incentivar a integridade e a transparência no cenário da Administração Pública.

A Lei nº 14.230/2021 introduziu modificações substanciais na LIA, com o objetivo ambicioso de incrementar sua eficácia e alcance. Entre estas mudanças, destacam-se as penalidades atribuídas aos agentes públicos que cometem atos de improbidade. Neste cenário, a AED surge como uma ferramenta útil, permitindo uma análise abrangente dessas mudanças à luz de conceitos-chave, como custo-benefício, incentivos e desincentivos, bem como, a partir da Teoria Econômica do Crime.

Pautado por tal abordagem, o propósito deste estudo é examinar a interseção entre essa ferramenta econômica poderosa e a LIA, visando compreender o comportamento humano e otimizar a aplicação das normas legais, a fim de alcançar os objetivos primordiais perseguidos pelo legislador e pela sociedade como um todo.

O estudo está dividido em três partes. Inicialmente, explorar-se-á os métodos analíticos empregados pela AED, com ênfase em seus conceitos fundamentais, particularmente na perspectiva da Teoria da Microeconomia. Na segunda fase, o estudo avança para a avaliação da Teoria Econômica do Crime e das Penas, examinando minuciosamente a conduta de um agente racional que decide pela prática ou abstenção de um delito, levando em consideração as circunstâncias presentes no momento dos fatos. Na última parte, serão empregados na prática os conceitos previamente estudados, apresentando um caso específico julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região sob a vigência da nova Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Neste contexto, serão analisados, de forma mais aprofundada, os reflexos provocados pelas mudanças legislativas, a partir da perspectiva da AED.

1. A Análise Econômica do Direito erigida como mecanismo aplicativo das disposições normativas em prol de uma atuação mais eficaz

Pesquisadores de diferentes linhas de pesquisa têm evidenciado que são diversas as concepções preconcebidas que permeiam o campo de estudo da Economia, atribuindo-lhe, invariavelmente, conexões com a matemática financeira, o mercado, emprego, valores monetários e taxas de juros. No entanto, é crucial destacar que a ciência econômica contemporânea vai além de marcadores historicamente vinculados às chamadas ciências exatas, abarcando distintas formas de comportamento humano que exigem tomada de decisão (GICO JUNIOR, 2010).

Conforme delineado por Robbins (1945, p.16), o papel do economista envolve "a investigação da alocação de recursos escassos". A Economia, portanto, pode ser definida, segundo o autor, como "a ciência que examina o comportamento humano como uma relação entre fins desejados e meios escassos que possuem usos alternativos". A partir de tal assertiva, qualquer situação que envolva tomada de decisão relativa a recursos limitados, tanto em âmbito individual quanto coletivo, pode vir a ser assumida como objeto de escrutínio pela ciência econômica a partir de uma lente que é, por essência, multidisciplinar.

A Economia tem, portanto, o potencial para elucidar diversas perspectivas de comportamentos humanos que se estendem para além do cenário mercadológico. Nessa esfera, a AED emerge como uma abordagem relevante. Segundo tal perspectiva, o Direito, apesar de notoriamente distante da prática de estudos interdisciplinares com outras ciências, demonstra uma necessidade perceptível de tal aproximação.

Sob a lente teórica da AED, considerando que um dos pilares do Direito é a lei, a análise das normas jurídicas não pode ocorrer isoladamente da investigação do comportamento humano. Uma vez que o ser humano é o destinatário das leis, o conhecimento de suas reações diante delas torna-se fundamental para a elaboração de uma legislação que atinja de maneira eficiente os fins almejados.

1.1. O advento da Análise Econômica do Direito e sua insígnia histórica

À medida que a sociedade evolui historicamente e politicamente, a compreensão do Direito transforma-se, se moldando ao espaço e ao tempo. Ao longo do século XX, e, em particular após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e o Holocausto, houve um testemunho coletivo da desvalorização da aplicação de normas jurídicas desprovidas de quaisquer vestígios de valor.

Àquela altura, a necessidade de solução para tal conflito era inexorável, promovendo, no Brasil, uma resposta às correntes de análise prévias do fundamento do direito (jusnaturalismo e juspositivismo), por meio do surgimento da corrente dos chamados neoconstitucionalistas, cujo pensamento se fundamenta na valoração: busca-se interpretar a lei através dos chamados princípios jurídicos, que se encontram explanados, explícita ou implicitamente, na constituição do país.

Aqui, destaca-se a Teoria Tridimensional do Direito, segundo a qual, ao tratar o Direito como uma ciência cultural, parte-se do pressuposto de que o Direito é resultado da experiência humana e consubstancia a interação concreta entre fato, valor e norma. Tal perspectiva estabelece que um fenômeno jurídico ocorre concomitantemente à existência de um fato, seja este econômico, geográfico ou outro; ao valor, que atribui significado a esse fato, motivando ou direcionando a ação humana para alcançar ou preservar um determinado propósito; e, por último, à norma, que representa a relação que integra o fato ao valor (REALE, 2004).

Pode-se, assim, chegar à conclusão fundamental de que, na busca pela melhor resolução possível dos conflitos, o Direito não pode ser analisado sob uma perspectiva unitária, dissociado das demais ciências. O Direito é, essencialmente, integrativo.

Por outro lado, nos Estados Unidos, como reação ao juspositivismo, surgiu o Realismo Jurídico, que, segundo Gico Junior (2010, p.12), "resultou em um chamado para a interdisciplinaridade com outras ciências, a fim de aproximar o direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril".

Portanto, o Realismo Jurídico influenciou o surgimento de movimentos intelectuais que defendem a utilização do pensamento jurídico aliado à interdisciplinaridade. De acordo com Alvarez (2006), destacam-se três movimentos: o Law and Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), em que o direito é perscrutado sob a ótica

econômica; o Critical Legal Studies (CLS) ou Escola Crítica do Direito, com a análise do direito sob a perspectiva política; e as teorias denominadas "rights-based", que incorporam contribuições das teorias desenvolvidas por Rawls, Nozick e Dworkin, no âmbito da filosofia moral e política.

Neste contexto, um exemplo da interação do Direito com outra ciência é o movimento contemporâneo Law and Economics ou Análise Econômica do Direito - AED -, que propõe a integração entre Direito e Economia, em um empréstimo mútuo de teorias e conceitos. O Direito, com sua normatividade, e a Economia, cujo objeto compreende toda modalidade de comportamento humano que demanda tomada de decisão (GICO JUNIOR, 2010), se entrelaçam, dando origem aos juseconomistas - estudiosos da AED.

Baseando-se nos ensinamentos de Posner (2007, p.3), considerado o precursor do Law and Economics através de sua obra *Economic Analysis of Law*, "a tarefa da economia, assim definida, consiste em explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus objetivos vitais, suas satisfações, aquilo que chamamos de seus 'interesses próprios'".

Desta forma, a Economia oferece uma teoria científica comportamental que auxilia na previsão dos efeitos que as sanções legais podem ter sobre o comportamento humano e, assim, como as pessoas reagem às leis. Além disso, de acordo com Cooter e Ulen (2010, p.25-26), "a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o Direito e as políticas públicas, entendendo que as leis não são apenas argumentos técnicos arcanos, mas também instrumentos para alcançar objetivos sociais importantes".

Nesse contexto, é crucial enfatizar a percepção de Gico Junior (2010, p.15) de que o neoconstitucionalismo, embora se preocupe com valores, não se atenta de forma satisfatória às reais consequências de uma determinada lei ou decisão judicial, relegando a um segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano, com os quais o direito tradicionalmente não dialoga, "[...] os instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e medir tais consequências no mundo real".

Frente a esse cenário e à necessidade de uma teoria do comportamento humano (GICO JUNIOR, 2010), a Análise Econômica do Direito revela-se como ferramenta indispensável, pois seu propósito é compreender os fenômenos sociais e auxiliar, com seus métodos analíticos, na tomada de decisões jurídicas de maneira racional.

Segundo Cooter e Ulen (2010), o marco teórico do estudo interdisciplinar entre essas ciências é representado, nos Estados Unidos, pelos seguintes trabalhos pioneiros: "The Problem of Social Cost", de Ronald Coase (Universidade de Chicago, 1960); "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", de Guido Calabresi (Universidade de Yale, 1961); e "Crime and Punishment: an Economic Approach", de Gary Becker (Universidade de Chicago, 1968). O marco principal da aceitação e da divulgação do movimento é representado pela obra de Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, em 1973, na Universidade de Chicago.

Importante destacar que, segundo Alvarez (2006, p. 53), embora existam distintas tendências e escolas sobre a Análise Econômica do Direito, esse movimento possui como característica comum "[...] a aplicação da teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular tanto as instituições particulares quanto o sistema jurídico" como um todo. Tal cogitação é corroborada pela perspectiva de Coelho (2007), ao afirmar que, aparentemente, há um consenso na erudição jurídica que coroa a Universidade de Chicago como a autêntica iniciadora do movimento e a Economia Microeconômica Neoclássica como a teoria econômica que genuinamente permeia suas conclusões, mesmo com um considerável número de subdivisões no seio da Escola da Análise Econômica do Direito.

Originado nos Estados Unidos, o movimento se espalhou globalmente e, no Brasil, ganhou notoriedade, sendo alternadamente chamado de "Direito e Economia" ou "Análise Econômica do Direito" (SALAMA, 2008). O protagonismo brasileiro se manifesta na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - com os estudos pioneiros "A Ordem Jurídica e a Economia", de Clóvis do Couto e Silva, em 1982, e "Interpretação Econômica do Direito", de Guiomar Estrella Faria, em 1994, bem como na Universidade de São Paulo - USP - com o estudo precursor de Rachel Sztajn, "Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil", em 1998 (COOTER; ULEN, 2019).

Antes da discussão sobre a aplicação pragmática que a Análise Econômica do Direito pode ter sobre uma legislação específica (Lei nº 8.429/1992), é imperativo esclarecer os conceitos neoclássicos inerentes à Teoria Microeconômica que refletem a essência do movimento, os quais serão discutidos nas seções subsequentes.

1.2. O individualismo metodológico, as escolhas racionais e a eficiência enquanto pilares doutrinários

O paradigma da Análise Econômica do Direito (AED) reside na premissa fundamental de que os recursos são escassos e que o comportamento humano é influenciado por incentivos. Sob o escrutínio da AED, o Direito é interpretado como um arcabouço de regras que delinea custos e benefícios, levando indivíduos a orientarem suas ações de acordo com esses incentivos (GICO JUNIOR, 2010).

Dentro deste espectro, examina-se os efeitos e consequências das leis e de suas respectivas organizações, objetivando deduzir o comportamento das pessoas e agentes públicos perante as regras estabelecidas. Adicionalmente, procura-se prever a maneira pela qual esses indivíduos ajustariam suas ações caso houvesse alteração nas normas em questão (GICO JUNIOR, 2010). Essa análise fornece um diagnóstico (entendimento) e um prognóstico (previsão) da situação.

Os conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito englobam, conforme Mackaay (2015) destaca, o individualismo metodológico e as escolhas racionais. No âmbito do individualismo metodológico, há a insistência na observação inicial das ações dos indivíduos antes de se explorar os comportamentos coletivos. Esse método sugere que os fenômenos coletivos sejam vistos como consequências diretas das decisões individuais dentro do grupo. Entretanto, isso não implica na análise isolada da conduta de um único agente, mas sim na interação dos agentes individuais. Importante ressaltar que o individualismo metodológico é uma ferramenta de análise e não estabelece implicações éticas ou interfere em valores.

O conceito subjacente é que as decisões individuais são tomadas em um contexto social, ponderando as possíveis reações dos outros. Esta interação constitui o entendimento coletivo, iniciado pela ação individual e sua repercussão no coletivo. Coelho (2007) argumenta que, na AED, os efeitos de uma norma específica no bem-estar coletivo devem ser avaliados considerando-se a soma das reações individuais a essa norma. Isso enfatiza que a escolha de normas aplicáveis em cada situação é um reflexo das decisões individuais e não necessariamente resultado de planos coletivos, da vontade geral da população ou de leis históricas pré-definidas.

No que se refere às escolhas racionais, é essencial destacar que a teoria microeconômica presume que os humanos agem racionalmente e, por isso, tendem a fazer a melhor escolha possível, de acordo com seus interesses pessoais. Tal

premissa fundamenta a ideia de *escolha racional*, segundo a qual cada pessoa, como possuidora de preferências pessoais, efetiva suas escolhas independentemente dos valores associados a essas preferências. A cada decisão tomada, o indivíduo atribui uma utilidade (GICO JUNIOR, 2010).

O conceito de maximização, proposto por Cooter e Ulen (2010), refere-se à escolha da melhor alternativa possível, dentro das restrições existentes. Segundo os autores, os indivíduos sempre escolherão a opção que lhes proporciona a maior utilidade, o que torna os agentes maximizadores racionais de utilidade. Tal perspectiva reforça a ideia de que os indivíduos procuram otimizar suas escolhas e ações, buscando alcançar o máximo de satisfação ou utilidade possível, dentro das limitações e restrições de cada situação.

Essa abordagem não assume que os indivíduos sejam perfeitamente racionais em todas as suas ações, mas sugere que, em média, os indivíduos se comportam como se estivessem agindo racionalmente. Ou seja, a teoria econômica não supõe que cada agente esteja continuamente realizando cálculos e ponderando os custos e benefícios de cada ação. No entanto, reconhece que as ações e decisões humanas são, em geral, guiadas por uma avaliação de custos e benefícios, levando a escolhas e a comportamentos racionais.

A Microeconomia, que incorpora a Teoria dos Preços, a Teoria da Escolha e da Demanda do Consumidor, e a Teoria da Oferta, é relevante nesse contexto. A primeira se refere à tendência do consumidor em maximizar a utilidade de suas preferências pessoais, considerando as restrições à satisfação dessas preferências, especialmente a renda disponível. A segunda teoria trata da tendência do produtor em maximizar seus lucros.

O equilíbrio de mercado pode ser atingido através da interação dessas teorias, levando em consideração o que o consumidor está disposto a pagar e o mínimo que o produtor deseja receber. Essa condição é alcançada em um mercado perfeitamente competitivo, no qual várias empresas atuam e nenhuma delas, por meio de suas decisões individuais, pode influenciar o preço do mercado (BORGES, 2011). Além disso, existem diversos consumidores e, com base em suas decisões individuais de maximização de utilidade, nenhum deles consegue afetar o preço do mercado.

Em cenários onde existem poucos tomadores de decisão e as escolhas de um indivíduo dependem das escolhas feitas por outros, as pessoas agem estrategicamente, em um contexto explorado pela Teoria dos Jogos.

Ao finalizar a exploração dos conceitos neoclássicos do movimento AED, é crucial destacar o conceito neoclássico de eficiência, que consiste em uma decorrência lógica dos pressupostos do individualismo metodológico e da racionalidade maximizadora.

A definição de eficiência, como proposta por Vilfredo Pareto e discutida por Cooter e Ulen (2010), está relacionada à satisfação das preferências pessoais e ocorre quando é impossível melhorar a situação de alguém sem prejudicar outra pessoa. Considerando a escassez de recursos, a eficiência está associada à minimização de desperdícios. De forma mais simples, “eficiência refere-se à maximização de benefícios e minimização de custos” (SALAMA, 2008, p.9).

No entanto, a medida de eficiência de Pareto se mostrou restrita, pois não abordava situações em que ocorriam perdas e ganhos simultâneos. Para contornar essa limitação, os economistas Nicholas Kaldor e John Richard Hicks desenvolveram a melhoria potencial de Pareto, também conhecida como eficiência de Kaldor-Hicks, que considera cenários onde as mudanças no bem-estar das pessoas podem resultar em vencedores e perdedores, desde que estes últimos sejam compensados (por exemplo, por indenizações).

Dessa forma, torna-se evidente que a Análise Econômica do Direito promove a intersecção entre os campos do Direito e da Economia, propondo a aplicação de uma teoria comportamental no sistema jurídico. Essa abordagem visa auxiliar no desenvolvimento da interpretação das normas jurídicas e na formação de julgamentos de diagnóstico (compreensão) e prognóstico (previsão), visando propor a elaboração e implementação mais adequadas de políticas públicas que visem o bem-estar da população e garantam eficiência na prática jurídica.

1.3. A normatividade e a positividade da Análise Econômica do Direito como faces complementares de sua abordagem

Na complexa interseção entre Economia e Direito, destaca-se a disciplina da AED, que mergulha em duas vertentes essenciais: positividade e normatividade. A distinção e a compreensão desses domínios são fundamentais para o pleno entendimento e a aplicação eficaz da AED.

A positividade, enquanto um desses domínios, engloba os aspectos tangíveis e reais do Direito e da Economia. Isso implica em foco na realidade, nas normas jurídicas tais como são empregadas e nas relações econômicas, conforme ocorrem. Neste âmbito da AED, lida-se com a realidade factual, analisando as normas jurídicas e as suas implicações econômicas com base em um critério de veracidade (GICO JUNIOR, 2010).

Diferentemente, a normatividade atua no campo do ideal, do esperado ou pretendido. Neste domínio da AED, há a associação ao critério de valorização, ou seja, uma avaliação do que seria mais adequado ou ideal sob a ótica da eficiência econômica e da justiça jurídica (GICO JUNIOR, 2010).

Em suma, a AED positiva utiliza os preceitos da teoria microeconômica para examinar o Direito como ele se apresenta, em sua realidade concreta. O objetivo é esclarecer a norma jurídica sob a perspectiva da Economia, observando suas possíveis repercussões. Esta análise fornece uma compreensão mais profunda das engrenagens do Direito, expondo seus impactos econômicos e interações com as atividades econômicas (GICO JUNIOR, 2010).

Contrastando, a AED normativa se ocupa daquilo que se deseja que o Direito e a Economia sejam. Conforme Mercurio e Medema (2006, p. 47) argumentam, é nesta esfera que se discute e se constrói a política jurídica. Desta maneira, a AED normativa pode ser compreendida como uma ferramenta para facilitar a escolha da alternativa mais eficiente entre as opções disponíveis, selecionando o arranjo institucional mais adequado frente a um valor preestabelecido (GICO JUNIOR, 2010).

Exemplificando, a normatividade na AED pode ser percebida quando se busca a norma jurídica adequada para ser aplicada em uma situação específica, utilizando como guia um critério previamente determinado para essa norma, como a intenção do legislador.

Portanto, é possível afirmar que a AED é um campo de estudo com ampla profundidade e complexidade, indo além da simples análise das normas jurídicas à luz

da Economia. A AED promove um pensamento abrangente sobre a realidade e o ideal no Direito e na Economia, desempenhando um papel crucial na compreensão e formulação do Direito e da política jurídica.

Segue-se, na próxima seção, com a exposição da Teoria Econômica dos Crimes e das Penas, também conhecida como Análise Econômica do Direito Penal. Esta é uma ramificação particularmente relevante da AED, que aplica os conceitos e métodos da análise econômica para entender e avaliar o Direito Penal e suas implicações.

2. A Teoria Econômica do Delito e das Sanções Punitivas sob a égide da perspectiva econômica

O seminal estudo intitulado "Crime and Punishment: an Economic Approach", produzido pelo renomado pesquisador Gary Becker, da Universidade de Chicago, em 1968, é uma obra que ostenta uma dupla relevância. Em primeiro lugar, tal pesquisa apresenta-se como um marco teórico na área interdisciplinar entre Direito e Economia. Em segundo lugar, ela inaugura a aplicação da teoria da escolha racional em questões jurídicas no tocante à criminalidade. Essa inovação catalisou a formação de uma nova linha de investigação acadêmica conhecida como Teoria Econômica do Crime.

Nesta arena de estudo, são utilizados preceitos como a teoria das escolhas racionais e a maximização de utilidades. Por hipótese, o agente econômico, atuando de forma racional, tende a avaliar um conjunto de variáveis antes de tomar a decisão de praticar uma conduta que possa ser concordante ou contrária ao estabelecido pela legislação.

Baseando-se na obra de Cerqueira e Lobão (2004), tais variáveis que exercem influência sobre o comportamento do criminoso se dividem em dois grupos principais: de um lado, há os fatores positivos (aqueles que incentivariam o indivíduo a optar pelo mercado legal), tais como o salário, a disponibilidade de recursos, entre outros; e de outro, os fatores negativos ou dissuasórios (*deterrence*), tais como a eficiência das forças de segurança e a punição legalmente prevista.

A partir de tal perspectiva, a decisão de cometer um crime requer uma análise de sua utilidade: se a atividade criminosa for percebida como mais vantajosa do que manter-se dentro da legalidade (por meio do trabalho formal, por exemplo), o agente econômico possivelmente optará pela infração. Esse comportamento é explicado pela premissa de que o indivíduo procura maximizar a utilidade do crime, ponderando os custos, a expectativa de benefício que poderá auferir, o valor da punição prevista e a probabilidade de ser capturado e preso.

Apesar de não se pretender esgotar a análise de todo o conteúdo abrangido pela referida perspectiva teórica, destaca-se a abordagem apresentada por Cooter e Ulen (2010). Para esses autores, é imperativo justificar a necessidade do Direito Penal em comparação às ações civis, utilizando-se, como ilustração, a sanção de indenização na responsabilidade civil. Nesse contexto, faz-se relevante elucidar, com base na interpretação da obra desses pesquisadores, os conceitos de internalização e dissuasão do crime.

No âmbito da responsabilização pelo cometimento de um crime, surge o conceito de internalização. Isso implica que o autor da infração assume as consequências econômicas do prejuízo gerado por sua ação, independentemente de sua responsabilidade moral ou ética. A imposição da pena, nesse contexto, visa exigir do agente infrator o pagamento correspondente ao dano causado pela sua conduta ilícita.

Conforme discutido por Cooter e Ulen (2010), em um contexto ideal, a compensação civil se mostra efetiva quando as vítimas não diferenciam o estado de sofrer um dano da situação de não sofrer tal dano, desde que acompanhado pela respectiva indenização. Dessa maneira, a indenização adequada é aquela que permite que o autor da infração suporte integralmente o prejuízo causado.

Nessa configuração, o autor da infração é obrigado a ressarcir um montante financeiro que corresponde exatamente ao valor do dano que ele provocou. Como ilustração desse conceito, se um sujeito causa um dano ao veículo de um terceiro no montante de R\$ 800,00 (oitocentos reais), ele deverá compensar a perda com o pagamento de uma quantia igual aos R\$ 800,00, acrescido da atualização inflacionária referente ao lapso temporal entre o dano causado e a efetiva quitação do valor devido.

Na esfera do Direito, a indenização é vista como um instrumento de equilíbrio, com a proposta de reverter a situação ao status quo anterior ao evento danoso. Através desta, busca-se conceder à parte lesada uma compensação financeira equivalente ao dano sofrido, ao mesmo tempo em que se exige do autor da infração a responsabilidade pelo prejuízo que ele próprio ocasionou. Neste cenário, o mecanismo de indenização da responsabilidade civil tem como meta coibir atos que possam ocasionar danos a outros, fomentando o cumprimento das normas jurídicas e o respeito aos direitos de terceiros.

Contudo, existem circunstâncias nas quais a indenização total torna-se impraticável, como em situações que envolvem perda irreparável, como a amputação de um membro ou a morte de um ente querido. Em tais situações, a internalização torna-se inviável e, em muitos casos, injusta. De acordo com Cooter e Ulen (2010), a internalização também se revela impraticável quando há uma preferência por proteção legal de direitos, em detrimento de interesses individuais, ou quando falhas na aplicação da lei comprometem a eficácia da responsabilidade civil. A existência dessas situações aponta para a necessidade de complementar a responsabilidade civil com medidas do Direito Penal.

Nesse contexto, destaca-se o conceito de dissuasão, que se refere à prevenção de um ato danoso. O objetivo da sanção penal é, então, não somente fazer com que o

autor da infração compense o dano causado, mas também atribuir-lhe responsabilidade pelo ato cometido. Desse modo, a imposição de sanções penais serve como um fator de dissuasão, desencorajando ações que possam causar danos a outros.

Segundo os estudos de Cooter e Ulen (2010), há uma necessidade intrínseca de complementar a responsabilidade civil com penalidades em determinadas situações, de modo a garantir a efetiva dissuasão de atos ilícitos. Para ilustrar essa necessidade, imaginemos a situação de um potencial ladrão que está ponderando a possibilidade de furtar uma joia avaliada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Supondo que a chance de ser capturado e julgado seja de 50% e que, caso seja culpado, a única retribuição venha a ser a devolução do objeto furtado ou o seu valor equivalente, o custo esperado do roubo seria a responsabilidade esperada, ou seja, 50% de R\$ 2.000,00, totalizando R\$ 1.000,00 (mil reais).

O ganho para o ladrão seria a totalidade do valor do objeto, R\$ 2.000,00. Assim, o lucro líquido da ação criminosa seria a diferença entre o benefício e o custo esperado, resultando em R\$ 1.000,00. Dessa maneira, se considerarmos apenas a responsabilidade civil, a atividade criminosa torna-se lucrativa, o que destaca a importância da penalização além da responsabilidade civil.

Para quantificar a racionalidade da atividade criminosa, Cooter e Ulen (2010) propõem uma equação para calcular o benefício líquido do infrator, representada por $b - cp$, onde 'b' é o benefício que o infrator obterá com o ato, 'c' é o custo esperado da atividade criminosa e 'p' é a probabilidade do infrator ser capturado e condenado. Segundo os autores, a dissuasão eficaz do potencial infrator demanda não só a devolução da joia ou o equivalente em dinheiro, mas também a imposição de uma multa adicional, o que levaria esse indivíduo a reconsiderar sua tomada de decisão, avaliando uma possível obrigação pecuniária sancionatória, decorrente da punição, que superaria o eventual benefício líquido por ele esperado.

Cooter e Ulen (2010) propõem que, quando a internalização de responsabilidades se mostra insuficiente, o foco principal da legislação deveria se voltar para a dissuasão. O intuito é evitar que os perpetradores se sintam à vontade para cometer atos ilícitos, na medida em que estejam dispostos a assumir os custos decorrentes dessas ações. Desse modo, as sanções devem ser estruturadas de forma a desestimular aqueles que, mesmo considerando os custos, decidem prosseguir com a ação ilícita.

Além disso, os mencionados autores apresentam uma teoria de previsão comportamental no âmbito do crime, discorrendo sobre a delinquência racional. Eles exploram como um indivíduo racional e desprovido de moral poderia ponderar sobre a decisão de cometer ou não um crime, levando em consideração as variações na probabilidade de penalização, na gravidade da punição e nas oportunidades para a prática de atividades criminosas.

Nesse contexto, ainda segundo Cooter e Ulen (2010), um indivíduo racional e amoral vem a ser caracterizado como alguém que meticulosamente estabelece meios para atingir fins criminosos, sem se sentir restringido por sentimento de culpa ou pela moralidade internalizada.

A princípio, argumenta-se que os crimes podem ser categorizados por sua gravidade e as penalidades pela sua severidade, sendo que a penalidade tende a se tornar mais rigorosa à medida que a gravidade do crime aumenta. A gravidade é aqui compreendida como a seriedade do crime cometido.

Se considerarmos, por exemplo, um caso em que um indivíduo é condenado pelo delito de furto no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e a sua punição é pagar uma multa equivalente a esse valor, a severidade da punição é igual à gravidade do crime, resultando na chamada "restituição perfeita" (COOTER; ULEN, 2010). Entretanto, essa medida pode não ser suficiente para desencorajar a prática de delitos e pode fazer com que o crime se torne atrativo.

É fundamental, ainda, ressaltar que, para aqueles envolvidos em atividades ilícitas, as punições carregam um elemento de incerteza. Isso se deve à possibilidade de que o criminoso não seja identificado, detido ou, mesmo após a detenção, não seja condenado. Assim, quando um agente racional contempla a possibilidade de cometer um crime, ele pondera meticulosamente sobre a probabilidade de enfrentar uma punição.

Nesse sentido, o presente estudo conduz à conclusão de que infrações de maior gravidade requerem um engajamento policial mais vigoroso. Isso leva a probabilidade de punição a elevar-se proporcionalmente à severidade do ato criminoso. Ademais, o rigor da sanção tende a intensificar-se com o aumento da gravidade da infração. Isso pode levar um infrator, que age racionalmente, a considerar diminuir a severidade da ação criminosa para balancear o aumento do risco associado ao escalonamento das punições.

Ilustrando com um exemplo, suponha que em um cenário de punição ideal, a chance de detenção e condenação de um indivíduo que perpetrou um crime contra o

patrimônio seja de 90%, e a penalidade financeira aplicada seja de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o crime de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Aplicando a equação $b - c.p = R\$5.000,00 - R\$ 10.000,00 \times 0,9$, resulta-se em -R\$ 4.000,00 (quatro mil reais de prejuízo). Isso sugere que o ato criminoso não é lucrativo, pois o benefício líquido esperado é negativo, e, portanto, deficitário. Isso evidencia a efetividade da dissuasão na sanção penal.

Contudo, mesmo considerando a gravidade do crime na análise do crime racional, é necessário também contemplar a quantidade de crimes cometidos em uma sociedade. Para tanto, Cooter e Ulen (2010) recorrem à "Primeira Lei da Demanda", que afirma que pessoas tendem a consumir menos um bem quando seu preço sobe. No contexto do crime racional, surge a "Primeira Lei da Dissuasão", que postula que pessoas tendem a cometer menos um crime quando a punição esperada se eleva.

É relevante mencionar que alguns crimes ocorrerão independentemente da severidade das penalidades. Em tais situações, as pessoas agem movidas por ignorância, paixão, irracionalidade ou descuido, o que foge ao escopo da análise econômica aqui apresentada. Ainda que a Teoria Econômica do Crime e das Penas seja bastante abrangente, crê-se que o exposto até o momento seja suficiente para embasar o tema seguinte.

A seguir, será apresentada a análise das sanções aplicadas ao ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, sob o olhar da Análise Econômica do Direito.

3. A teoria econômica aplicada às sanções para o ato de improbidade administrativa

Mesmo em contextos democráticos, onde o poder público supostamente é detido pelo povo, a administração de recursos para o atendimento exclusivo dos interesses e objetivos coletivos por parte de agentes públicos pode ser um desafio.

Nesse sentido, é fundamental salientar que no Brasil, a Constituição de 1988 antecipou a necessidade de instituir um sistema especializado para o combate à improbidade. Esse sistema é ilustrado pela previsão em seu artigo 37, parágrafo 4º, e pela Lei 8.429/1992, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

Neste ponto, é crucial delinear o conceito de improbidade administrativa. Inicialmente, é importante entender o conceito de probidade, não vinculando-o apenas à moralidade. A probidade se baseia na ideia de boa governança, que requer tanto a satisfação do interesse público, quanto a aderência a todas as normas jurídicas que regulamentam a atividade, a fim de efetivá-la. A fusão desses dois elementos resulta em uma noção unificada que equivale à probidade administrativa. Ato contínuo, a improbidade surge quando se negligencia a satisfação do interesse público e o cumprimento das normas jurídicas.

A Lei 8.429/1992 destaca a proteção ao patrimônio público e a penalização do agente público, ao tratar e combater atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito (artigo 9º) e que causam danos ao erário (artigo 10), com as respectivas penalidades (artigo 12, I e II). Além disso, a lei enfatiza o caráter normativo dos princípios, classificando como atos de improbidade administrativa aqueles que violam os princípios da Administração Pública (artigo 11), e estabelece penalidades para os agentes que os infringirem (artigo 12, III).

Ao se observar o artigo 12 da Lei 8.429/1992, é possível notar que para os atos de improbidade administrativa, as perdas previstas podem ser interpretadas como sanções de natureza penal, administrativa e civil. A seguir, apresenta-se o excerto relacionado:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver,

perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Ao analisar a aplicação prática das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), é importante destacar que Tribunais em diferentes esferas tem reconhecido, em decisões reiteradas, a ocorrência de dano *in re ipsa* no ato de improbidade administrativa listado no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, cuja redação é:

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, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014).

Assim, entende-se que o dano ao erário é presumido quando ocorre fraude em licitações ou processos seletivos para estabelecer parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou quando há dispensa indevida desses processos. No entanto, mesmo nesses casos em que o dano ao erário é presumido, ao observar a aplicação das sanções, percebe-se a cautela do Judiciário em estimular a dissuasão do agente público quanto à prática do ato de improbidade do art. 10, inc. VIII.

Uma análise pertinente envolve o exame de um caso real julgado pelo TRF1, onde se discute a aplicação da teoria econômica às sanções para atos de improbidade administrativa. O caso se refere à Apelação Cível TRF-1 - AC:

00017067220094013901, levada à corte pelo Ministério Público Federal, decorrente de uma Ação Civil Pública para responsabilização por ato de improbidade vinculado à uma dispensa inadequada de licitação, com prejuízo ao erário federal. Para compreender melhor o contexto do caso, serão citadas, a seguir, passagens da Ementa e do Relatório da decisão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO EXCLUÍDA DO ÂMBITO COGNITIVO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO. CONVÊNIOS FIRMADOS PELO MUNICÍPIO COM O MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA DE VIAS. EXECUÇÃO PARCIAL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES NÃO APLICADOS. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO AO ERÁRIO CONFIGURADO. LEI 8.429/1992, ARTIGO 12, INCISO II, IN FINE. IMPEDIMENTO POR CINCO ANOS. PROCESSO LICITATÓRIO. IRREGULARIDADES. DOLO OU MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO NÃO COMPROVADO. APELAÇÃO DA EMPRESA RÉ PROVIDA. CONDENAÇÃO AFASTADA. ARTIGO 1.005 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AO EX-GESTOR MUNICIPAL.

1. Excluída do âmbito cognitivo da causa, pela decisão que recebeu a inicial, a discussão acerca da responsabilização da corrê GRECA DISTRIBUIDORA DE ASFALTOS S/A por atos de improbidade que, em tese, teria praticado no curso da execução do Convênio n. 2298/2001, e não havendo notícia nos autos de interposição de recurso voluntário pelas partes, é de se ter por preclusa a questão.

2. Para a caracterização do ato de improbidade é imprescindível que a atuação do administrador, revestida de má-fé e desonestidade no trato da coisa pública, destoe nítida e manifestamente dos ditames morais básicos, o que não se confunde com meras faltas administrativas.

3. Comprovado que o Município de Dom Eliseu/PA recebeu recursos públicos transferidos pelo Ministério da Integração Nacional, por meio dos Convênios 481/2001 e 2298/2001, e que não executou integralmente o objeto de tais convênios (pavimentação asfáltica de vias), e que tampouco devolveu à União os valores não aplicados. Acertada a condenação do réu JEFFERSON DEPRÁ, prefeito à época dos fatos, pela prática dos atos de improbidade previstos no art. 10, caput, da Lei 8.429/1992.

4. Nos termos do art. 12, inciso II, parte final, da Lei 8.429/1992, a prática do ato de improbidade tipificado no art. 10 dessa mesma Lei rende ensejo à aplicação da sanção de proibição de contratar com o Poder Público e receber incentivos fiscais ou creditícios por 5 (cinco) anos, devendo ser reformada a sentença, no ponto, por ter aplicado tal penalidade ao réu Jefferson Deprá pelo prazo de 3 (três) anos.

5. Não ficou demonstrado nos autos que o ex-prefeito tenha se conduzido com dolo ou culpa grave na realização do certame licitatório ora impugnado, o Convite n. 002/2003. Tampouco há evidências de que a empresa vencedora da licitação tenha concorrido para tanto, tudo a reforçar o en-

tendimento de que inexistente liame subjetivo entre o ex-gestor municipal e as licitantes e, conseqüente, a prática de ato de improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/1992).

6. Notas fiscais e conhecimentos de fretes apresentados pela empresa ré comprovam que o objeto do procedimento licitatório Carta Convite n. 002/2003 foi cumprido integralmente, com a efetiva entrega dos produtos ao Município, inexistindo, por outro lado, prova nos autos de superfaturamento dos preços ofertados pela empresa contratada, devendo ser reformada a sentença, no ponto, para afastar a condenação da ré Greca Distribuidora de Asfaltos S/A por suposta prática do ato de improbidade previsto no art. 10, inciso VIII, da LIA.

7. A jurisprudência desta egrégia Corte é firme no sentido de que a mera ocorrência do ato improprio, por si só, não justifica o pagamento de indenização por dano moral à coletividade, quando não devidamente demonstrada a dor e o sofrimento do grupo especificamente atingido, não se podendo fazer simples remissão à coletividade de modo vago e impreciso como sujeito passivo do dano moral (AG 0026914-77.2016.4.01. 0000, Rel. Des. Fed. Ney Bello, 3ª Turma, e-DJF1 de 7/10/2016.).

8. Apelações do MPF e da União parcialmente providas para, tão somente, ajustar o julgado ao disposto no art. 12, inciso II, in fine, da Lei 8.429/1992 e aplicar ao réu Jefferson Deprá a sanção de proibição de contratar com o Poder Público e receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 5 (cinco) anos.

9. Apelação da empresa Greca Distribuidora de Asfaltos S/A provida para julgar improcedente o pedido inicial de condenação da referida ré pela prática do ato de improbidade previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/1992, absolvição essa que se estende ao réu Jefferson Deprá, que não interpôs recurso voluntário (art. 1.005 do CPC), reduzindo, por consequência, a multa civil aplicada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantida, quanto ao mais, a sentença recorrida.

(TRF-1 - AC: 00017067220094013901, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 31/08/2021, 3ª Turma, Data de Publicação: PJe 02/09/2021 PAG PJe 02/09/2021 PAG)

Dessa forma, no exemplo específico mencionado acima, o Tribunal impôs, para o ex-prefeito condenado na ação, uma penalidade de multa civil no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a proibição de firmar contratos com o Poder Público, bem como receber vantagens ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, mesmo através de uma pessoa jurídica na qual seja sócio majoritário, por um período de 5 (cinco) anos. Segundo a AED, essa medida não é eficaz o suficiente para desencorajar o infrator.

Nesta análise, torna-se relevante frisar que o inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 determina as respectivas sanções para a conduta de improbidade prevista

no inciso VIII do artigo 10 da citada legislação. Especificamente, o texto legal define as seguintes penalidades:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

[...]

II - na hipótese do art. 10, **ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; [...]** (grifos nossos).

Logo, a conduta do agente que incorre em improbidade pode ser interpretada à luz de uma decisão racional. Nesse cenário, ele procura maximizar sua utilidade individual (ou preferência). Para tanto, o indivíduo avalia meticulosamente as possíveis vantagens e desvantagens. Assim, se a expectativa de benefício advinda do ato de improbidade administrativa superar os eventuais danos, a escolha do agente inclinará para a prática dessa conduta.

No caso específico em análise, verifica-se que é enorme o dano causado ao erário devido a irregularidades na licitação, tendo em vista que o repasse da União foi de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), com a contrapartida municipal de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Ao dispensar o processo licitatório quando obrigatório, o agente viola a LIA e contraria os princípios da probidade, legalidade, impessoalidade e competitividade. Isso impede, a um só tempo, que outras empresas tenham a oportunidade de contratar com o Poder Público e que este celebre um contrato mais vantajoso, com menor custo e maior eficiência. Logo, é evidente que houve um prejuízo imensurável ao erário, e as sanções devem ser aplicadas de modo a desestimular a ação do agente.

Ao dispensar a licitação quando compulsória, o agente desrespeita a LIA, violando princípios basilares como probidade, legalidade, impessoalidade e competitividade. Tal conduta não só priva outras empresas da chance de contratar com o Poder Público, mas também impede a celebração de contratos com melhor custo-benefício e

eficiência superior. Assim, fica claro o prejuízo, de proporções incalculáveis, ao erário, justificando a necessidade de sanções que desmotivem o agente a agir dessa forma.

É importante ressaltar que, em casos de corrupção, além do valor financeiro do benefício obtido pelo agente público ao dispensar indevidamente a licitação, este ainda pode vir a receber vantagens pessoais, como benefícios patrimoniais provenientes de empresas contratadas à margem da legalidade. A ruptura do princípio de impessoalidade nas relações contratuais abre espaço para diversas formas de lucro. Portanto, fica patente o benefício obtido pelo agente ímprobo.

Em face ao exposto, a penalidade aplicada, composta por uma multa civil de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber vantagens ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, até mesmo por meio de uma pessoa jurídica na qual seja sócio majoritário, pelo período de 5 anos, mostra-se inadequada ao caso. Tal punição restringe-se a imputar a responsabilidade ao agente, sem assegurar que ele arcará efetivamente com as consequências de suas ações. É nesse ponto que a AED pode oferecer valiosa contribuição.

Assim, caso o juiz não se preocupe em desestimular o agente ao aplicar as sanções adequadas, corre-se o risco de tolerar atitudes maquiavélicas, nas quais a observância das regras jurídicas é secundária. É preciso ressaltar que, se os tribunais persistirem em decidir conforme apresentado, o agente ímprobo não se sentirá inibido, tornando compensatório o ato de frustrar a licitude de processos licitatórios, processos seletivos para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos ou dispensá-los indevidamente.

No intuito de oferecer uma análise criteriosa acerca da temática, adentra-se no trabalho desenvolvido por Berger (2008), no qual é proposto um modelo fundamentado em agentes, objetivando o estudo das propriedades emergentes da aplicação da lei penal na esfera pública.

O modelo em questão serve-se da análise econômica do crime como estrutura primordial, alicerçando-se, principalmente, na obra de referência de Becker (1968) para elucidar considerações sobre a utilização de modelos centrados em agentes combinada à análise econômica do crime, e pode trazer contribuições relevantes para a compreensão e o combate à improbidade administrativa.

A estrutura proposta por Becker, utilizada por Berger (2008), defende que as decisões individuais acerca da participação em atividades ilícitas são tomadas após uma análise de custos e benefícios. Caso os benefícios percebidos - como ganhos financeiros advindos de atos corruptos - superem os custos percebidos, como a

probabilidade de ser descoberto e penalizado, o agente pode optar pela prática de improbidade administrativa.

Um modelo centrado em agentes poderia simular essas tomadas de decisão individuais, examinando como elas, agregadas, impactam o sistema como um todo. Seria possível explorar, por exemplo, como variados graus de fiscalização e penalização influenciam a incidência de atos de improbidade administrativa, além de investigar a influência de fatores como normas sociais e estruturas institucionais no comportamento dos agentes.

Desse modo, é plausível admitir que o modelo proposto por Berger (2008), ainda que não tenha sido especificamente projetado para tratar da improbidade administrativa, tem a potencialidade de ser empregado nesse sentido. É necessário, entretanto, realizar adaptações no modelo, de modo a incorporar características e mecanismos específicos da improbidade administrativa.

Nesse sentido, a Modelagem Baseada em Agentes, caracterizada pela existência de uma ou mais populações de agentes, cada um dotado de parâmetros - que representam suposições pré-definidas - descreve uma situação subjacente em constante evolução e ações que modificam esse estado conforme regras ou taxas de mudança pré-estabelecidas.

Cada agente, além de possuir propriedades singulares, está inserido em um ambiente, que pode englobar redes estáticas ou dinâmicas, contexto espacial - que pode ser geográfico ou estilizado - e potencialmente diversos níveis de contexto. As intervenções, por sua vez, representam mecanismos que alteram elementos do modelo, permitindo a investigação de cenários contrafactuais.

Como exemplificação da aplicabilidade da Modelagem Baseada em Agentes no estudo da improbidade administrativa, cogita-se um cenário fictício em um órgão governamental. Imagina-se que tal agência seja composta por diversos agentes, como funcionários de variados níveis hierárquicos, políticos, fornecedores externos e cidadãos que interagem com o órgão. Cada agente possui atributos únicos e segue um conjunto de regras que regulam seu comportamento.

Estas interações dinâmicas podem culminar em atos de improbidade administrativa. Ao simular tais interações ao longo do tempo, é possível observar padrões comportamentais emergentes e identificar condições nas quais a improbidade administrativa é mais provável de ocorrer. Adicionalmente, o modelo pode ser utilizado para testar diferentes intervenções - como a implementação de novas políticas ou

programas de capacitação - visando analisar como estas podem impactar na prevalência de atos de improbidade administrativa.

4 CONCLUSÃO

A alteração significativa no combate à corrupção e malversações administrativas no Brasil, proveniente da Lei nº 14.230/2021, manifesta-se sob a lente da análise econômica do Direito. Penas mais severas aos servidores públicos considerados culpados de condutas impróprias, bem como critérios precisos para delimitar a responsabilidade, trazem efeitos positivos. Potencializam o efeito de dissuasão, evidenciando a disposição do governo em promover maior responsabilidade.

Ademais, a otimização dos mecanismos de resolução e a flexibilidade para acordos negociados podem agilizar a resolução de conflitos, aumentando a eficiência do processo judicial. Concomitantemente, um sistema de proteção ao delator bem estruturado e a possibilidade de processos de licitação pública mais flexíveis também são potenciais fatores para a redução das oportunidades de corrupção, impulsionando a transparência nas atividades governamentais.

No entanto, há que se considerar preocupações sobre impactos negativos em servidores públicos e empresas privadas, especialmente no que diz respeito aos custos de conformidade e litígios. A efetividade das novas normas depende substancialmente da capacidade do governo de implementá-las, bem como da colaboração de todas as partes envolvidas na luta contra a corrupção.

Nesse contexto, compreendemos como sendo de fundamental importância o monitoramento e a avaliação do impacto da nova lei, levando em consideração a necessidade de ajustes ou modificações para aprimorar o alinhamento de incentivos e promover um sistema de governança mais eficaz e justo. O êxito das medidas anticorrupção no Brasil não depende somente da estrutura legal, mas também de fatores sociais, culturais e políticos mais amplos que influenciam o comportamento de indivíduos e instituições.

Nesse cenário, a AED se mostra um instrumento valioso para compreender a influência da Lei nº 14.230/2021. A lei, ao incentivar uma melhor implementação e monitoramento dos mecanismos regulatórios e fortalecer os sistemas de controle interno, sublinha a importância das instituições no combate à corrupção. Esta abordagem permite identificar e prevenir práticas corruptas de maneira mais eficaz, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

A nova lei é fundamental para a governança e desenvolvimento econômico no Brasil, na medida em que facilita a investigação e a responsabilização de indivíduos e empresas envolvidos em corrupção e estabelece novas regras para a delação premiada, além de alterações nos prazos prescricionais. As mudanças na lei são essenciais para melhorar a qualidade da governança, assegurando que políticos, servidores públicos e empresas sejam responsabilizados por suas ações.

A lei tem como objetivo criar um ambiente de negócios justo e competitivo, garantindo que empresas e indivíduos não possam usar práticas corruptas para obter uma vantagem injusta no mercado. Tal movimento é fundamental para promover o desenvolvimento econômico e criar um campo de jogo equitativo para todas as empresas no Brasil.

Dessa forma, compreendemos que a importância da Lei 14.230/2021 para alcançar boa governança e desenvolvimento econômico no Brasil, de forma isolada, não deve ser superestimada. As disposições da lei, que reestruturam a delação premiada e impõem penalidades mais severas, estendem o prazo de prescrição e criam um campo de jogo equitativo, que tende a contribuir para reduzir a corrupção e a improbidade administrativa.

A corrupção e a improbidade administrativa são prejudiciais ao desenvolvimento econômico e podem dificultar a capacidade de um país atrair investimento estrangeiro, reduzir a pobreza e criar empregos. Ao combater essas práticas, a Lei 14.230/2021 contribui para a criação de um governo mais transparente e eficiente, promovendo o crescimento econômico e restaurando a confiança e a credibilidade pública no governo. Seu impacto potencial na economia brasileira e na sociedade como um todo é significativo, e é um claro sinal do compromisso do governo com a boa governança e o desenvolvimento.

O uso da AED para compreender o impacto da referida lei em casos de corrupção, má conduta administrativa e, de forma mais ampla, no cenário de desenvolvimento econômico, é extremamente promissor. Essa abordagem permite entender profundamente os incentivos por trás do comportamento corrupto e a eficiência de diferentes mecanismos legais na prevenção da corrupção. Além disso, ela pode ajudar a identificar os custos econômicos da corrupção.

Um dos principais benefícios dessa abordagem é que ela permite identificar incentivos específicos que impulsionam o comportamento corrupto. Isso pode incluir a identificação de casos em que o próprio quadro legal cria incentivos perversos ou onde existem lacunas na regulamentação que fornecem oportunidades para corrupção. Ao

entender as motivações econômicas por trás desse comportamento, é possível projetar estruturas legais que desencorajam melhor as práticas corruptas.

Além disso, a Análise Econômica do Direito pode fornecer *insights* sobre a eficiência de diferentes mecanismos legais para prevenir a corrupção. Isso pode incluir a comparação dos prós e contras de vários modelos regulatórios e a identificação daqueles que são mais eficazes na prevenção do comportamento corrupto. Ao avaliar a eficácia de diferentes mecanismos, é possível tomar decisões mais informadas sobre quais leis promulgar ou como melhor aplicar as leis existentes.

No entanto, é importante reconhecer que a AED tem suas limitações. A abordagem pode ser altamente técnica e complexa e sua aplicação pode ser altamente específica ao contexto. Portanto, embora possa fornecer *insights* valiosos sobre as causas e consequências da corrupção, ela deve ser usada em conjunto com outras abordagens, de modo a possibilitar uma compreensão mais abrangente e melhor fundamentada desse problema complexo.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, n.9, v. 9, pp. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 10 jun. 2023.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**. V. 232, p. 141-176. Abr./Jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em 05 jun. 2023.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: file:///C:/Users/eunic/Downloads/BECKER%20-%20Crime%20And%20Punishment.pdf >. Acesso em 09 jun. 2023.

BERGER, Luiz Marcelo. **Um modelo baseado em agentes para estudo das propriedades emergentes decorrentes da aplicação da lei penal**. Orientador: Denis Borenstein. 2008. 165f. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BORGES, Lucas Dornelles Krás. **Análise econômica do direito penal: a aplicação da teoria econômica como método de diminuição da prática de preços predatórios**. 2011. 31 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/lucas_borges.pdf>. Acesso em 02 jun. 2023.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 jun. 2023.

BRASIL. Lei 8.429/1992, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 07 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão nº 1.362.198-8. Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná. Apelado 1: Jairo Morais Gianoto. Apelado 2: Luis Antonio Paolicchi. Apelado 3: Wilson Afonso Enes. Relator: des. Carlos Mansur Arida. Revisor: des. Leonel Cunha. Curitiba, PR, 12 de abril de 2016. Diário da Justiça. Curitiba, 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec9de21c1292653dfd1f70eb526935756d1>> Acesso em 08 mai. 2023

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista da SJRJ nº 22 – Direito Penal e Processual Penal**. Rio de

Janeiro, n. 22, p. 93-110, 2008. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/92 > . Acesso em 13 jun. 2023.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 47, p. 233-269, 2004.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. *Berkeley Program in Law & Economics*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, 2010. V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010. Universidade Católica de Brasília – UCB. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>>. Acesso em 10 mai. 2023.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de. **CORRUPÇÃO E JUDICIÁRIO: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/corrupt%C3%A7%C3%A3o-e-judici%C3%A1rio-inefic%C3%A1cia-do-sistema-judicial-no-combate-%C3%A0-corrup%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 01 jun. 2023.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: From Posner to postmodernism and beyond**. Princeton University Press, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945. Disponível em: <www.mises.org/books/robbinsessay2.pdf >. Acesso em 06 jun. 2023.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia?** Direito e Economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 49-61.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável