

CONDUTAS CULPOSAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

IZABELLA ARTUR COSTA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

izabellacosta@mp.mg.gov.br

Um dos grandes desafios da atualidade enfrentados pelo operador do Direito, quando ocorre a aplicação da Lei nº 8.429/92, consiste na identificação e comprovação do elemento subjetivo da conduta do agente público exigido para a configuração do ato de improbidade administrativa.

A responsabilização objetiva do agente por atos ímprobos não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a caracterização da improbidade dependerá, além dos elementos objetivos descritos nas hipóteses típicas definidas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, da demonstração dos elementos subjetivos da conduta, tidos como os “fenômenos anímicos do agente, ou seja, o dolo, especiais motivos, tendências e intenções”, como nos esclarece Francisco de Assis Toledo (1994, p. 154). Logo, para se caracterizar um ato de improbidade administrativa e, por conseguinte, desafiar a aplicação das sanções descritas no artigo 12 da Lei Geral de Improbidade Administrativa – LGIA –, é indispensável que se verifique o estado psíquico do agente, consistente nos aspectos cognitivos e volitivos do autor em face da conduta perpetrada.

Como se sabe, a Lei nº 8.429/92 contempla três distintas modalidades de atos de improbidade, classificados estes quanto ao seu resultado. Os atos ímprobos que incorrem em violação aos princípios da Administração Pública estão capitulados no art. 11 do referido diploma legal. Há, ainda, os atos ímprobos que causam danos ao patrimônio público (art. 10) e aqueles que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º).

A hipótese típica do art. 11 é pressuposta em face das demais, de forma que não há que se falar em atos de improbidade por prejuízo ao patrimônio público ou por enriquecimento ilícito sem que algum princípio afeto à Administração Pública tenha sido violado. Logo, conclui-se que a figura do art. 11 é subsidiária, havendo conformação da conduta ímproba a esse preceito quando não verificada a ocorrência dos resultados elencados nos arts. 9º e 10.

A partir de uma interpretação restritiva construída sobre os dispositivos legais supracitados, a jurisprudência e a doutrina majoritárias tendem a reconhecer que os atos ímprobos culposos somente serão admitidos quando implicarem dano ao patrimônio público, nos termos do art. 10 da Lei 8.429/92. Nos demais casos, os atos de improbidade só serão punidos a título de dolo.

Destaca-se a redação do art. 10 da LGIA:

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: [...]. (grifo nosso).

Logo, inexistindo previsão expressa de conduta culposa dos atos de improbidade que deem ensejo a enriquecimento ilícito ou que violem os princípios elementares da Administração Pública, reconhece-se que as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 somente se configurarão a partir da ação ou omissão consciente e voluntária do agente público.

Nesse sentido, segundo os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático da exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *men [sic] legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais. (GARCIA; ALVES, 2011, p. 329).

Da mesma forma, posiciona-se a jurisprudência dos principais tribunais pátrios, nesse caso ilustrada por excerto de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo. (Superior Tribunal de Justiça. AgReg no AREsp 20747/SP. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Publicado em *DJe* em 23/11/2011).

Entretanto, é forçoso admitir que, em decorrência desse entendimento já consolidado, cria-se uma grande dificuldade ao aplicador do direito em demonstrar a presença do dolo do agente no caso concreto, sobretudo diante da prática dos atos ímprobos caracterizados previstos no art. 11 da LGIA, o que traz o indesejado sentimento de impunidade e ineficácia da Lei nº 8.429/92.

Por isso, no intuito de superar essa dificuldade técnica e de não esvaziar o conteúdo normativo da Lei Geral de Improbidade Administrativa é que se buscam formas de contornar a restrição subjetiva dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 sem, entretanto, incidir em violação ao texto legal ou aos princípios gerais do direito.

Uma alternativa encontrada reside na utilização do princípio da eficiência para evitar a atuação com imprudência ou negligência do agente público na gestão do interesse coletivo.

O princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 19/1998, que o incluiu expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição. Apesar das críticas da doutrina sobre o seu conteúdo demasiadamente fluido e impreciso (MELO, 2006, p. 118), é certo que o referido corolário exige do administrador uma atuação de qualidade, excelência, otimizando a utilização dos recursos públicos de forma a obter a melhor satisfação do interesse coletivo. Nas sintéticas observações de José dos Santos Carvalho Filho,

[...] o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29).

Desse modo, quando o agente público, no âmbito das suas funções, age de forma negligente e imprudente em face do interesse público, viola o princípio da eficiência. Deixando de observar os deveres de zelo e excelência da atividade administrativa, incorre em ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92 – isso se, da sua conduta, não resultar dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, o que ensejaria a configuração das hipóteses típicas de improbidade dos arts. 10 e 9º da LGIA, respectivamente.

Nas lições de Hugo Nigro Mazzilli:

E na Administração, por que o administrador só por dolo será punido? E se ele for negligente? Se ele é negligente com a coisa pública, ele é desonesto: um administrador negligente está violando o dever de eficiência e lealdade da Administração; está descurando de um zelo que é ao mesmo tempo o pressuposto e a finalidade de seu mister; está deixando de lado o dever de honestidade que deveria iluminar o seu trabalho; ele é ímprobo. (MAZZILLI, 2005, p. 181).

E assim justifica:

O administrador não está lidando com bens seus, e sim bens coligidos com muito sacrifício pela coletividade, dos quais ele espontaneamente pediu para cuidar, e ainda é remunerado para isso. Assim, o administrador não tem o direito de ser negligente com recursos públicos; pode até sê-lo em sua vida privada, nunca com recursos da coletividade. (MAZZILLI, 2005, p. 181).

Nesse diapasão, conclui-se que o agente público, o qual, com mera previsibilidade, viola o princípio da legalidade administrativa, ou que, com sua conduta negligente, dá causa ao enriquecimento ilícito de terceiro, não responderia, em tese, pelos atos de improbidade capitulados nos artigos 9º e 11 da LGIA.

No entanto, assim agindo, o sujeito ativo, voluntária e conscientemente, deixa de observar os deveres de tutela, otimização e economicidade exigidos em razão do trato com o interesse público. Logo, incorre em violação dolosa ao princípio da eficiência, expressamente consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, subsumindo-se às hipóteses de improbidade já citadas e autorizando, por conseguinte, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Pretende-se, sob essa construção, contornar as intempéries vivenciadas pelo operador do direito que, em seu dia a dia, se vê atado ao buscar a responsabilização do agente público por atos de improbidade administrativa sem a comprovação do elemento subjetivo dolo. Como se demonstrou, o administrador que age

de forma negligente e imprudente diante da *res publica* lesiona dolosamente o princípio da eficiência e, desse modo, estará sujeito às sanções da Lei nº 8.429/92.

Sob essa perspectiva, é possível trazer maior eficácia à Lei Geral de Improbidade Administrativa, enquanto instrumento de prevenção e repressão às condutas atentatórias à Administração Pública, contribuindo para o fortalecimento do modelo republicano e do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg no AREsp 20747/SP. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. *DJe* 23 nov. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120019