



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Ineficiência Administrativa como Ato de Improbidade

Isabela Monteiro Menezes

Rio de Janeiro
2010

ISABELA MONTEIRO MENEZES

A Ineficiência Administrativa como Ato de Improbidade

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A INEFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO ATO DE IMPROBIDADE

Isabela Monteiro Menezes

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduanda em Direito pela EMERJ.

Resumo: O atuar desidioso do gestor da coisa pública, em total afronta ao princípio administrativo da eficiência, tem causado grande perplexidade em todos, que exigem um comportamento mais proativo do Judiciário. Para isso, sem que haja violação ao princípio da separação de poderes, bem como para atender aos anseios dos jurisdicionados, o presente trabalho tem por fim analisar a possibilidade do ato do agente público que viola o princípio da eficiência ser considerado ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Princípio da Eficiência. Ato de Improbidade

Sumário: Introdução. 1. Princípio da Eficiência. 2. Caracterização de Ato Administrativo com Ímprobo. 3. A Ineficiência Administrativa como Ato de Improbidade. 4. Controle do Ato Ineficiente. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar o princípio administrativo da eficiência da Administração Pública, que possui previsão expressa no artigo 37, caput, da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

Uma vez ultrapassada a referida análise, verificar a possibilidade de a atuação da Administração Pública, em desacordo com o princípio da eficiência, ser enquadrada como ato

de improbidade administrativa, com fulcro no artigo 11, da Lei nº 8.429/92, possibilitando o controle do Poder Público pelo Ministério Público, bem como pelo Judiciário.

O princípio em comento só passou a ter previsão expressa na Constituição da República com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, apesar da doutrina já defender sua existência como um princípio implícito da Administração Pública.

O que importa é que a nossa Carta Magna dispõe que a Administração Pública deve obediência, dentre outros, ao princípio da eficiência.

Por outro lado, a Lei de Improbidade Administrativa, que tem por escopo aplicar sanções aos agentes públicos que praticam algum dos atos previstos nos artigos 9ª ao 11º, dispõe que configura ato de improbidade administrativa quando atenta contra os princípios da administração pública violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Entretanto, a análise do atuar eficiente da Administração tem relação direta com o seu poder discricionário, em especial quando ela é ineficiente por um não atuar.

Dessa forma, procura o presente artigo, uma vez verificada uma omissão ou ação da Administração que importe em violação ao princípio da eficiência, abrir a oportunidade de responsabilizar o administrador público por conta de sua ineficiência funcional, nos termos do artigo 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa.

O fato é que no curso da Reforma Administrativa de 1998, houve o reconhecimento expresso de que, a par dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, a Administração Pública fica jungida também ao dever da eficiência, aí entendido não mais como um corolário dos demais princípios, mas um valor autônomo a ser ponderado no mesmo patamar axiológico em nossa ordem constitucional.

Nesse diapasão, não se pode olvidar do caráter normativo dos princípios, os quais, na linha do neo-positivismo, são normas jurídicas que se prestam a balizar o ordenamento,

dando-lhe plasticidade suficiente para acomodar, diante da realidade concreta, os valores estruturais de toda ordem constitucional.

Em suma, a eficiência, na sua condição de princípio constitucional, fulgura como um elemento de interpretação, validação e consubstanciação de todas as normas legais informadoras da atividade administrativa, o que significa dizer que a busca da eficiência confere prerrogativas à Administração para que alcance tal finalidade, ao tempo que impõe ao administrador a sua realização.

Sendo assim, a eficiência exsurge não apenas como um amparo à atuação administrativa, mas também, por outro lado, como um dever improrrogável do administrador público.

Chega-se assim, em síntese, na premissa inaugural do artigo: a eficiência como dever jurídico do administrador, cujo conteúdo deve ser alcançado de forma efetiva, consoante balizamentos razoáveis de aferição.

Por outro lado, e aqui já se fala do segundo alicerce da monografia, a Lei 8.429/92, que regulamentou as ações de improbidade, previstas no artigo 37, §4º, da Constituição Federal, criou um poderoso instrumento de defesa dos princípios informadores da atuação administrativa, sem prejuízo do seu ataque frontal contra os atos de enriquecimento ilícito e de dano contra o erário.

A indigitada Lei tratou de separar os atos de improbidade em três categorias, já acima antecipadas: a) atos de enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10); e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A separação em categorias demonstra a séria preocupação do legislador em fazer valer os princípios como normas dotadas de densidade normativa, ou seja, qualificadas pelo atributo da imperatividade.

Em síntese, o encontro dessas duas premissas leva à conclusão silogística que a monografia almeja demonstrar: a) a eficiência é um princípio consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal; b) a violação de um princípio consubstancia-se em ato de improbidade; logo c) violar o dever de eficiência é um ato de improbidade.

Por razões óbvias, sabe-se que a hermenêutica moderna não se assenta em um raciocínio puramente lógico-dedutivo, nos moldes do clássico positivismo.

Sendo assim, a rigidez da curta exposição acima apresentada merece calibrações, filiadas principalmente nos princípios da separação de poderes e da razoabilidade.

No que concerne a separação de poderes, tem-se que as opções veiculadas no âmago das decisões discricionárias não devem ser, em regra, contrastadas por outros Poderes.

Nesse sentido, a utilização das ações de improbidade não pode servir como instrumento de substituição das decisões políticas do detentor da representação popular.

Além disso, a aferição da improbidade por ineficiência deve se desenvolver consoante o princípio da razoabilidade, assim entendido na acepção da adequação, necessidade e proporcionalidade da atuação administrativa em seu todo, sob pena de se incorrer no já acima identificado risco de violação à separação dos poderes.

Em complemento, deve ser lembrado que um dos elementos da improbidade é a má-fé, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, a ineficiência ímproba é aquela caracterizada pela desídia, cuja atestação decorre dos elementos de cada caso concreto.

1 – PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência sempre foi considerado pela doutrina, bem como pela jurisprudência um princípio implícito da Administração Pública, já que não havia previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Foi com a Emenda Constitucional nº 19/1998 que o mencionado princípio passou a constar expressamente, pondo fim a qualquer tipo de discussão sobre sua incidência.

Sendo assim, dispõe o artigo 37, caput, da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, o princípio de eficiência.

Diante de tamanha relevância e imperiosa observância cumpre conceituar esse princípio reitor do atuar do administrador público.

Apesar de consistir em um termo que está rotineiramente na mente de todos, existem vários conceitos, da lavra de inúmeros e renomados autores que buscam com maior precisão conceituar o princípio da eficiência.

A análise da eficiência da Administração Pública adquiriu uma grande valoração para a sociedade, tornando-se um valor cristalizado, pois não é interessante à sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente. A cristalização deste valor ganhou normatividade, transformando-se em um princípio a ser observado por todo o ordenamento jurídico no que tange à Administração Pública.

Segundo o dicionário Aurélio, eficiência é “ação, força virtude de produzir um efeito; eficácia.”

Com efeito, para os administrativistas (MORAES, 1999) a eficiência está estritamente ligada à ação, ao atuar, mas complementam afirmando que impõe à Administração Pública Direta e Indireta a persecução do bem comum, por meio de suas atribuições de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracias e sempre em busca de qualidade, pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização

possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

A eficiência consiste em uma obrigação do Poder Público, que deverá prestar seus serviços de forma direta ou indireta para toda a população, sob pena de ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

É inconcebível a atuação da Administração Pública sem que haja a incidência da concepção do princípio da eficiência. A qualidade e a eficiência no atuar do Poder Público deverão sempre estar presentes para que possa fornecer serviços eficientes com tarifas módicas, de forma a atender aos anseios da população.

Cumprido asseverar que a antiga administração burocrática era um dos grandes entraves para o alcance de uma Administração eficiente. Com o advento do princípio da eficiência que é de observância obrigatória a burocratização foi afastada, imprimindo em ritmo de modernidade e atualidade à atuação pública, já que ela deve ser vista como instrumento para a consecução do interesse público e não como um fim em si mesma.

Em consequência dessa nova concepção ditada pelo princípio da eficiência é que uma vez constatado que o Estado não possui condições de investir em infra-estrutura, deverá procurar no particular a devida parceria, com o fim de manter a eficiência dos seus atos e serviços colocados a disposição da coletividade.

Nesse diapasão, diversas alterações legislativas foram perpetradas com o objetivo de dar efetividade a esse princípio constitucional. Dentre elas podemos ressaltar a Emenda Constitucional nº 45/2004 (denominada de “Reforma do Judiciário”), que acrescentou o inciso LXXVII ao artigo 5º da Constituição, estabelecendo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça.

O Constituinte Derivado, em 1998, pretendeu conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegatários e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá infringi-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação.

Nessa esteira de entendimento foi publicada a lei das parcerias público-privada (Lei nº 11.079/04), que buscou conferir maior segurança ao particular que atua em conjunto com o Poder Público.

No que alude ao controle do ato eficiente, existem dissensos no âmbito da doutrina e jurisprudência já que exige a conciliação de um lado as diretrizes e prioridades dos administradores, bem como os recursos financeiros disponíveis, e do outro, não se pode admitir que princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado.

Os controles administrativo e legislativo são indiscutivelmente considerados legítimos à luz dos artigos 74 e 70 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, respectivamente. Por sua vez, o controle realizado pelo Judiciário causa uma certa dissonância jurisprudencial e doutrinária, haja vista que para alguns deve cingir-se à ilegalidade, ao passo que há quem defenda que poderá analisar o mérito do ato, através do controle da juridicidade, somente assim poderá aferir a sua eficiência, sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes (FREITAS, 2009).

O cerne do presente artigo é exatamente esse, o controle do ato ineficiente pelo Poder Judiciário se utilizando do instrumento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

2- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Constituinte Originário de 1988 previu no bojo da Constituição o ato de improbidade administrativa, prevendo, no artigo 37, § 4º, algumas das sanções que deverão ser aplicadas ao agente público que pratica ato eivado de tal vício.

Como a Carta Magna apenas fez menção ao ato ímprobo, coube ao legislador ordinário, com espeque naquela, definir o que configura ato de improbidade administrativa, estabelecer normas procedimentais, bem como delimitar os agentes que podem sofrer a incidência dessas sanções.

Para isso foi editada a Lei nº 9.429/1992 que veio para regulamentar o dispositivo constitucional.

Antes do advento de Lei de Improbidade (Lei nº 9.429/1992), a possibilidade de aplicação de sanção ao administrador que não atuava de acordo com os ditames constitucionais e legais era bem restrita, ao passo que com a edição do mencionado diploma legal passou a ser possível a conceituação e o conseqüente enquadramento do atuar do agente público como ímprobo.

Segundo essa lei, o ato de improbidade pode ser configurado de três modos, de acordo com exposto nos artigos 9º, 10 e 11.

O artigo 9º estabelece o rol dos atos de improbidade que tem como consequência o enriquecimento ilícito do agente público; o artigo 10 aqueles atos de improbidade que acarretam dano ao erário; e, por fim, o artigo 11 que traz o rol dos atos ímprobos que violam princípio da Administração Pública, sendo este último o objeto do nosso estudo.

Neste sentido, pode-se conceituar o ato de improbidade administrativa como sendo todo aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons

costumes, com visível falta de honradez e de retidão de conduta no modo de agir perante a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional envolvidas pelos Três Poderes.

Todavia, antes de se analisar detidamente o artigo 11 do mencionado diploma legal, mister traçar algumas normas gerais que devem ser observadas pelo julgador quando analisar se um ato é ímprobo ou não.

Nesse diapasão, é entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal que não basta a subsunção da conduta à norma, sendo necessária a perquirição do elemento subjetivo.

Ou seja, não basta que o agente público realize a conduta descrita em um dos incisos dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 9.429/92, é necessário que esse mesmo agente atue de má-fé, com o dolo de praticar um ato ímprobo, seja para proporcionar enriquecimento ilícito, seja para promover dano ao erário, ou para violar princípio administrativo.

A configuração do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 somente é possível se demonstrada a prática dolosa de conduta que atente contra os princípios da Administração Pública.

Quanto ao tipo do mencionado artigo, há quem critique dizendo que ele é muito aberto. Isso porque uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, traz em seu contexto que o descumprimento, por qualquer ação ou omissão, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade ao Estado, bem como seus incisos caracterizam a improbidade.

Sendo assim, quando o julgador verificar a violação a um princípio administrativo deverá ter temperamentos ao interpretar esse dispositivo legal, devendo aplicar o bom senso para que mera irregularidade formal não seja enquadrada como ato de improbidade administrativa, sofrendo as severas sanções da Lei nº 8.429/92.

Desta feita, os equívocos leves que não comprometam a moralidade ou que não invadam indevidamente o erário, não devem ser considerados ato de improbidade com fulcro no artigo 11.

Somando a esse fato, deve estar presente, também, o dolo do agente público, para que não haja responsabilidade objetiva.

Há uma corrente na doutrina que chega ao extremo de afirmar que caput do artigo 11 deve ser interpretado como mera “declaração de intenção”, com caráter exclusivamente pedagógico, sendo inviável sua aplicação isolada com o fundamento para a imposição de qualquer penalidade.

O Legislador Ordinário quando editou a Lei nº 8.429/92 não pretendeu punir o administrador desastrado ou incompetente, já que o rigor de suas sanções não permite o enquadramento de todas as ilegalidades em seu raio de abrangência. É imprescindível que ocorra a devassidão, com a inequívoca conduta ímproba do agente público, caracterizada pelo dolo, elemento subjetivo do tipo.

O objetivo do legislador, bem como da jurisprudência é afastar a responsabilidade objetiva do agente público, já que as sanções cominadas são tão graves que podem acarretar a perda do cargo.

A Lei de Improbidade Administrativa elenca outros dispositivos, mas que se ressalte o seu papel principal, que é o de coibir e, no caso da transgressão da norma, de fazer valer *a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência*, no sentido de que a administração pública possa cumprir sua finalidade que é o bem comum.

Ao lado do Ministério Público, a Lei é um importante auxiliar do cidadão no sentido de fazer valer o controle social sobre a Administração Pública, uma vez que obriga o agente público a respeitar os princípios administrativos e atuar com transparência.

Quanto ao agente público que pode praticar ato de improbidade administrativa e responder de acordo com essa lei, os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, ao analisar essa questão entendeu que agente político que está abarcado pela Lei de Responsabilidade (Lei nº 1.079/50). Isso porque eles estão sujeitos a lei especial e permitir a aplicação da lei de improbidade seria verdadeiro *bis in idem*.

Outra questão preliminar que merece destaque é a possibilidade do julgador, analisando o caso concreto, aplicar as sanções que entenda adequada.

Desta feita, quando o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estabelece em cada inciso diversas sanções, sua aplicação não será necessariamente integral, podendo o julgador dosar sua aplicação de acordo com cada caso concreto.

Outra peculiaridade trazida por essa Lei é o procedimento que deve ser observado quando da tramitação da ação que busca investigar a prática de ato ímprobo.

O procedimento é composto de duas fases. A primeira ocorre quando o Ministério Público oferece a inicial e os réus são notificados para apresentarem defesa preliminar.

Cabe aos demandados nesse momento veicularem em suas peças de bloqueio as matérias elencadas no parágrafo oitavo do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, tais como, demonstrar que o ato praticado não configura ato de improbidade administrativa, a ação é improcedente, bem como é inadequada a via eleita, dentre outras questões processuais.

O processo vai concluso ao juiz que deverá analisar se recebe ou não a inicial.

Uma vez verificando que as alegações dos demandados não são factíveis, ele deverá receber a inicial e determinar a citação dos réus. Contra essa decisão é cabível recurso de agravo de instrumento.

Quando citados, aí sim, os réus deverão apresentar contestação, devendo, a partir de então observar o procedimento comum ordinário.

Por fim, uma última questão geral que merece ser mencionada é o prazo prescricional para o ajuizamento da ação.

O artigo 23 estabelece como regra geral o prazo de 5 (cinco) anos. Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal entende que quando houver dano ao erário a ação é imprescritível, com espeque no artigo 37, parágrafo quinto, parte final.

Feitas essas observações gerais sobre a Lei de Improbidade Administrativa como um todo, cumpre adentrar ao cerne do artigo. Ato praticado por agente público sem observância do princípio da eficiência pode configurar ato de improbidade administrativa?

3. A INEFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A eficiência como princípio expresso só passou a constar do ordenamento jurídico brasileiro em 1998, com a Emenda Constitucional nº 19, impondo-o de observância obrigatória quando do atuar pelo Administrador Público na gestão da coisa pública.

Já a Lei de Improbidade Administrativa entrou em vigor em 1992, ou seja, quase seis anos antes da previsão do princípio da eficiência como princípio administrativo.

Consoante exposto no capítulo antecedente, configura ato de improbidade administrativa quando o agente público atenta contra os princípios da administração pública.

Ultrapassada a questão temporal, haja vista que, mesmo sem ainda estar prevista expressamente no ordenamento jurídico, a doutrina e jurisprudência já admitiam a eficiência como princípio implícito da Administração Pública, podendo, portanto, uma vez atentado (MOREIRA NETO, 2000), configurar ato ímprobo, cumpre realizar a possibilidade de configurar ato de improbidade.

O problema é saber quando esse ato será ineficiente a ponto de sofrer o controle do Judiciário por estar configurando ato de improbidade administrativa.

Consoante exposto alhures, existe uma grande insegurança na doutrina quanto a grande amplitude conferida ao artigo 11 pelo Legislador Ordinário.

Para que o mencionado artigo esteja em consonância com a *mens legis* deve ser interpretado de forma restritiva, não permitindo que o seu conceito aberto possa ensejar a penalização do agente público por mera ilegalidade, aquele que agiu com ignorância no exercício das suas funções.

Juarez Freitas (2009) aponta que não é qualquer violação aos princípios da administração que implicará a punição do agente por improbidade administrativa. Para ele não existe, porém, má-fé objetiva. É equívoco crer que erro legal do agente, sem desonestidade, deva configurar improbidade administrativa. É necessária que fique demonstrada, dada a gravidade das sanções, a irretocável *intenção* desonesta do agente. Nesse sentido: REsp. n.º 324730, j. 26.05.03, REsp. n.º 534575, j. 29.03.04. Isso porque a lei pune o administrador desonesto, e não o inábil.

Nesse diapasão, não basta que a conduta do agente seja atentatória a princípio da Administração Pública, sendo imprescindível a comprovação, por parte do titular da ação, da má-fé, do dolo do agente.

Feitas essas observações preliminares chega-se a uma conclusão primária: a) a eficiência é um princípio administrativo; 2) a Lei de Improbidade Administrativa prevê como ato ímprobo aquele que atenta contra princípio da Administração Pública; c) logo, o atuar ineficiente configura ato de improbidade administrativa.

Todavia, a solução não é simples assim.

A primeira complicação que foi acima mencionada é a exigência de verificação do elemento subjetivo do agente, ou seja, é indispensável o dolo do agente, sob pena de se estar diante de uma responsabilidade objetiva.

Não é demais asseverar que a Administração Pública tem por finalidade primordial a consecução do interesse público. Para tanto o administrador no exercício das suas atribuições deve obediência ao dever de eficiência, este como critério para a realização administrativa, deve conduzir à satisfação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A eficiência, tida como parâmetro ou critério e atuação, configura linha de representação permanente ou caminho a ser percorrido quando da tomada de decisão sobre o fim a ser perseguido, sobre o meio a ser utilizado e sobre o desempenhar propriamente dito. Ela, por via de consequência, abarca a racionalidade na utilização dos recursos e a preocupação com o alcance dos resultados.

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à atividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação de aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca qualidade.

Com efeito, o princípio da eficiência deve nortear toda a atuação da Administração Pública, determinando que esta deve agir de modo rápido e preciso para produção de resultados que satisfaçam as necessidades da população. Logo, a eficiência se contrapõe à lentidão, descaso, negligência e omissão da Administração.

Assim, o atuar eficiente está envolto de uma liberdade no atuar administrativo, já que trata-se de ato eminentemente discricionário, razão pela qual surge a celeuma da possibilidade de averiguação e controle pelo Judiciário.

Todavia, o princípio em comento é uma via de mão dupla, haja vista que ao mesmo tempo em que confere discricionariedade ao administrado para aferir o atuar mais eficiente impõe também limitações a esse poder discricionário.

Para a grande maioria da doutrina, o princípio da eficiência só teria aplicação nos atos discricionários, já que é conferida ao administrador uma maior liberdade de escolha, ficando afastado do ato vinculado, pois ele decorre da lei.

Todavia, uma doutrina mais especializada defende que a princípio da eficiência também está presente no ato vinculado, haja vista que quando da elaboração da lei que impõe sua prática o legislador deve se atentar e tal princípio.

A discricionariedade é conferida ao administrador quando o legislador vislumbra que as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto. Caberiam às leis apenas estabelecerem metas, resultados e fins para o Estado, cabendo ao administrador escolher os meios para a consecução de tais finalidades.

Assim, estando o administrador na eminência de praticar um ato administrativo discricionário deverá verificar a finalidade daquele ato, para assim, com espeque no princípio da eficiência, optar pelo modo que mais atenda aquele fim. Nesses casos não haverá qualquer margem de escolha. O princípio da eficiência impõe a adoção da melhor opção, sob pena de acarretar a invalidação do ato.

O fato é que, ao não escolher o “melhor” modo, o administrador não está exercendo o seu mister com excelência, não está atentando-se para o princípio da eficiência, razão pela qual tal ato será submetido a análise pelo Judiciário.

Todavia, consoante exposto alhures, não basta que seja feita a constatação acima para que incida a lei de improbidade administrativa, essa é a primeira análise (ato atentatório contra princípio da Administração Pública – EFICIÊNCIA).

Também é necessário que seja apreciado o caso concreto, já que a mencionada lei só tem incidência quando for comprovada a má-fé, o dolo do agente público.

E quando que estaria presente o dolo?

É preciso verificar se o agente público tinha conhecimento daquela situação fática, e uma vez tendo, sempre com o fim de atender ao interesse público, escolheu o melhor modo de concretizá-lo.

Contudo, a questão mais tormentosa é quando o agente público não atua.

Nesse momento deverá ser analisado se o não atuar desidioso é configurador de ato de improbidade administrativa, já que aqui não se está diante de verdadeira conduta culposa, mas sim, na maioria das vezes culposa.

Em sentido corrente, segundo os léxicos, o termo *desídia* significa incúria, negligência, desleixo, descaso, indolência, inércia, preguiça, etc. De efeito, infere-se que procede de modo desidioso o servidor público que desenvolve a sua função com negligência, desleixo e incúria. (COSTA, 2004)

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o ato negligente e desidioso praticado pelo agente público não configuravam dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi verificada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.

Outrossim, é corriqueiro a Administração Pública justificar sua desídia com a falta de recursos financeiros necessários à prática do ato administrativo, o que, a princípio, afastaria o dolo e, conseqüentemente, não configuraria ato de improbidade administrativa.

Entretanto, os Tribunais Superiores estão se posicionando no sentido de que quando o ato a ser praticado tem por fim a consecução de direito fundamental do cidadão, tais como saúde, educação, etc, não pode o agente público, com base no princípio da reserva do possível, se esquivar da prática do ato, isso porque é sua função primordial como gestor da coisa pública promover a satisfação dos direitos fundamentais do cidadão.

Segundo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preterir-la, já que não se trata de opção do governante, não estaria dentro do juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política, já que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar direitos fundamentais como secundários, já que a democracia é realização dos direitos fundamentais.

Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador.

Daí rotineiramente ser afirmado que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

Desta feita, uma vez alegada insuficiência de recursos para justificar a não aplicação do princípio da eficiência deve o administrador provar, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, se está com escassez de verbas, impossibilitado de atender direito fundamental, é porque aplicou erroneamente as verbas, ou seja, fez a escolha errada, em total afronta ao

princípio da eficiência, devendo, portanto, ser sancionado por essa conduta atentatória ao princípio administrativo (artigo 11, Lei nº 8.429/92).

Os casos que são levados ao Judiciário com grande frequência são a inércia da Administração Pública em construir hospitais, creches, escolas, dentre outros. Assim, com a mesma frequência a Administração apresenta defesa argumentando que não tem orçamento suficiente para realizar o empreendimento (reserva do possível), bem como não pode o Judiciário impor a realização de políticas públicas, pois se assim fosse possível estaria violando o princípio a separação de poderes.

A primeira alegação já foi afastada, haja vista que não compete ao administrador público escolher ser promove ou não direito fundamental, essa imposição decorre da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como pela promoção do mínimo existencial.

Já o segundo argumento será objeto de análise no próximo capítulo.

4- CONTROLE DO ATO INEFICIENTE

É do conhecimento de todos que o ato administrativo discricionário não está alheio à controle pelo Judiciário. É incontroverso que é dever deste analisar a legalidade de mencionado ato, surgindo divergência quando o controle recai sobre o mérito administrativo, ou seja, o aspecto eminentemente discricionário.

Com fulcro no princípio constitucional da separação dos poderes, os autores mais clássicos repudiam a possibilidade do Judiciário se imiscuir no mérito administrativo realizando o controle, verificando se aquele meio empregado para alcançar o interesse público foi o mais efetivo.

Contudo, a doutrina mais moderna, com base nos princípios constitucionais da razoabilidade e dignidade da pessoa humana, defende a possibilidade de controle, cabendo ao Judiciário, com base no seu dever de tutela do ordenamento jurídico, verificar se aquele administrador escolheu o meio mais adequado, bem como não foi desidioso na gestão da coisa pública.

Assim, o princípio da separação de poderes não pode ser visto como um empecilho para a realização do controle, já que nenhum princípio pode ser tido por absoluto.

Com efeito, a separação deve ser entendida modernamente como um princípio de divisão de funções, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos dos diferentes Poderes.

Desta feita, cabe ao Judiciário, sem que haja violação à separação dos poderes, além do controle de legalidade do ato administrativo discricionário, realizar o controle de juridicidade. Conclui-se que a principalização do Direito Brasileiro fez com que aumentasse a margem de vinculação do ato discricionário.

Nesse controle ganha primordial importância os princípios administrativos consagrados no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal.

Sob essa ótica, o princípio da eficiência tem um papel de novo ingrediente na fórmula da atividade administrativa no campo discricionário, justamente para aquilatar se a Administração Pública deve agir e, sobretudo, se agiu de maneira juridicamente adequada. Ele é encarado como um parâmetro de medição da juridicidade da conduta administrativa pela adequação entre meios e fins, de modo que a decisão discricionária poderá ser invalidada pelo o Judiciário.

Nesse diapasão, cabe ao julgador quando estiver diante de uma causa concreta, analisar se o ato praticado é eficiente; se o agente agiu com culpa; se configura ato de improbidade administrativa.

Para isso, é preciso que ele esteja fulcrado no princípio da razoabilidade, de forma a verificar se aquele modo escolhido foi necessário, adequado e proporcional, para só aí realizar o controle, que poderá acarretar na invalidação do ato ineficiente.

O controle realizado sobre o ato administrativo discricionário, em especial sobre o mérito administrativo, deve atentar para a importante evolução do princípio do devido processo legal, que, além de possuir um cunho formal relacionado a aspectos processuais, possui também um cunho substancial, constituindo-se em expressiva garantia aos direitos subjetivos dos cidadãos. Dessa última perspectiva surge o princípio da razoabilidade.

Assim, consoante exposto alhures, é o princípio da razoabilidade que deve servir como meio limitador à atuação do Poder Público, no sentido de vedar restrições desarrazoadas e inadequadas a direitos subjetivos dos cidadãos, possibilitando, assim a ingerência por parte do Poder Judiciário na atuação do Poder Público, a fim de proteger os cidadãos da atuação injusta e desproporcional da Administração, onde quer que se alojem tais vícios.

Essa função confiada ao princípio da razoabilidade apresenta a insofismável consequência de agigantar a atuação do Poder Judiciário, abrindo-lhe possibilidade de examinar o mérito do ato administrativo discricionário.

Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro (CASTRO, 1998), "a ampliação da competência judicante a ponto de possibilitar aos juízes e tribunais o controle meritório dos atos do Poder Público conduz à justificável proeminência dos órgãos do Poder Judiciário na disputa decisória quanto à "razoabilidade" e "racionalidade" das leis e dos atos administrativos".

Não se pode mais negar a juridicalidade do mérito administrativo, sob o fundamento de que as questões referentes a ele não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, pois que, estaria o juiz atuando como administrador, em afronta ao princípio da separação dos Poderes. Com base nessa evolução do princípio do devido processo legal sob sua perspectiva material, os Tribunais Superior têm admitido o controle do mérito administrativo, com o fim de fazer cumprir os princípios da Administração Pública, dentre eles, o princípio da eficiência.

4 – CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi acima explanado, não pode o agente público que está no exercício de coisa pública sair ileso quando pratica ato desidioso em afronta ao princípio administrativo da eficiência.

Para isso, deve ser verificada se essa desídia decorreu de ato dolo de agente ou se o gestor da coisa pública não possuía concretamente condições de agir em conformidade com o princípio da eficiência.

Com efeito, nem sempre o administrador público poderá se eximir da responsabilidade, haja vista a alegação de reserva do possível não poderá ser acolhida quando estiver que promover direito fundamental do cidadão.

O elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa censurada pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo genérico, consistente na vontade de realizar ato que atente contra os princípios da Administração Pública. Não se exige a presença de dolo específico, ou seja, de comprovação de intenção especial do ímprobo, além de realizar a conduta tida por incompatível com os princípios administrativos.

Uma vez verificado o elemento subjetivo do agente e constatada a presença do dolo, o ato se subsume com perfeição ao artigo 11 da Lei 8.429/92, configurando, portanto, ato de improbidade administrativa.

Desta feita, cabe ao Judiciário, atento ao princípio da separação de poderes (artigo 2º, CRFB), proceder a anulação do ato que atentou contra o princípio da eficiência, sempre amparado no princípio constitucional da razoabilidade.

O princípio da eficiência é de observância obrigatória pelo administrador público, pois ao mesmo tempo que confere a ele a liberdade de avaliar o melhor modo de praticar o ato, ele também limita esse atuar, já que se não for escolhido o melhor modo, o ato discricionário sofrerá o controle do Judiciário.

Com efeito, uma vez atendidas as balizas acima expostas, a Administração Pública se tornará mais condizente com os comandos constitucionais, obtendo sempre a satisfação do interesse público da forma mais célere e eficiente, com o fim de promover os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança nº 20999/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 21/03/1990, publicado no Diário de Justiça da União – DJU em 25/05/1990.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1141721/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 19/05/2010.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 909.446/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros Editores. 2009.

GOMES DE MATOS, Mauro Roberto. *O Limite de Improbidade Administrativa*. Editora Impetus. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, nº 221, jul./set. de 2000, p. 84; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000.