

Responsabilidade pessoal pela ineficiência funcional – análise à luz das modificações operadas pela lei n. 14.230/21

*Claudia de Abreu Monteiro de Castro*¹
Juíza de Direito no estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Estado gerencial: a eficiência como parâmetro de atuação do administrador. 2. Má gestão pública, ineficiência funcional e as mudanças operadas pela lei n. 14.230/21. 3. Dever de eficiência: a remanescente tutela e os requisitos para responsabilidade civil do agente público ineficiente. 5. Proposições conclusivas. Bibliografia.

Resumo: este artigo pretende evidenciar que a eficiência é um princípio com valor normativo cuja frustração pode ensejar a responsabilidade pessoal do agente público, mesmo diante das alterações promovidas pela lei n. 14.230/21. Afora do campo da improbidade, a intenção é jogar luz para a persistência dos mecanismos remanescentes de proteção dos direitos difusos em jogo, o direito à eficiência e à racionalização e preservação do patrimônio público, dando ênfase, no campo das sanções direcionadas ao agente público, à responsabilidade civil.

Introdução

O advento da lei n. 14.230/21 acendeu intenso debate sobre as razões, conveniência e adequação das reformas produzidas no campo da improbidade administrativa. A par dos aplausos e críticas, com o advento da norma, cuja vigência se iniciou em 26 de outubro de 2021, inaugura-se novo cenário de imputação de responsabilidade pessoal ao agente público. A improbidade administrativa passa a ganhar contornos cada vez mais

¹ Juíza de Direito Titular da 1ª Vara de Pederneiras.

específicos e restritos, aproximando-se quase que integralmente do direito administrativo sancionador. A pretensão do legislador, bem-sucedida ou não, parece ser clara: descolar a improbidade do campo da tutela dos direitos difusos.

A anterior previsão de imputação de prática de improbidade por atos culposos, quando deles adviessem danos ao erário, permitia que, em casos de grave ineficiência funcional, o agente fosse pessoalmente responsabilizado. A partir da inovação legal, se a ineficiência não decorrer de atuação maliciosa, desonesta do agente público, não mais receberá guarida da lei de improbidade.

Para evitar a paralização e lamentos inerentes ao discurso dos críticos quanto à subtração da modalidade culposa, este artigo pretende enfatizar a via remanescente de promoção de responsabilidade pessoal do agente público quando frustrada a eficiência de maneira grave, mas não dolosa.

Importante registrar, e este é o ponto de início deste excerto, que a eficiência deve ser um valor caro aos órgãos de controle da atuação da Administração Pública, e, conseqüentemente, de seus gestores pela qual esta se manifesta. A uma porque a centralidade da crise de legitimidade institucional da Administração parece passar – há décadas, diga-se – pela frustração da população com relação às expectativas nela depositadas. A reforma administrativa materializou esse sentimento de insatisfação, sendo que naquele momento, pelas reformas constitucionais e legais promovidas, esperou-se pacificação dos anseios frustrados.

Anos depois, parece que a crise de legitimidade e confiança quanto à atuação estatal não arrefeceu, o que, na pós-modernidade, pode ser identificado a partir das manifestações de 2013 e todos os demais eventos que permeiam a recente história de nosso país.

A alteração da lei de improbidade é mais um ingrediente nesse caldo. Nesse contexto, de modo a fortalecer o sistema normativo cuja promessa é a atuação eficiente da Administração Pública, este artigo pretende jogar luz na sua importância, fornecendo critérios para responsabilidade civil pessoal do agente público que frustre a promessa de eficiência e contribua para a persistência da multifatorial crise de legitimidade e confiança depositada no Estado.

1. Estado gerencial: a eficiência como parâmetro de atuação do administrador

O exercício da função administrativa sofreu profundas alterações ao longo dos anos, sendo que as mudanças na conformação de seu exercício passam pelos diferentes desenhos e anseios relacionados ao modo de agir da Administração Pública.

A passagem do modelo burocrático para o modelo gerencial constitui promessa para superação das crises econômicas que advieram no último terço dos anos 1990². Nesse escopo, dois são os movimentos que visam imprimir eficiência na atuação da Administração: (i) redução de despesas; (ii) controle de resultados³.

O modelo burocrático teve sua importância e razão de ser, dando ênfase ao procedimento, à forma, como garantia da boa Administração, tudo com o objetivo de garantir a observância da legalidade e da impessoalidade. Nesse momento em que se estruturou o Estado de Direito, a submissão à vontade do legislador reduz a liberdade do administrador.

Com o advento do Estado gerencial, não basta, para legitimar a atuação da Administração, o cumprimento de formalidades. A atuação somente será reconhecida como legítima se produzir resultados, gerando o maior benefício com o emprego do menor volume de recursos disponíveis.

No Brasil, o marco fundamental da reforma gerencial da administração pública é a Emenda Constitucional 19/98⁴. Com a modificação da Constituição, a eficiência passou a integrar o rol de princípios expressos

² A respeito das motivações que impulsionaram tais mudanças, cito Luiz Carlos Bresser-Pereira: “A causa fundamental por trás dessa primeira onda de reformas era a crise fiscal do Estado; o objetivo ilusório, caminhar em direção ao estado mínimo desejado pelos ideólogos neoliberais. Já nos anos 90, quando essa proposta se demonstrou ser irrealista do ponto de vista econômico (não produzia desenvolvimento) e político (não tinha apoio dos eleitores), surge uma segunda geração de reformas, encabeçadas pela reforma da administração pública, que têm como objetivo principal reconstruir o Estado. Na primeira geração de reformas, já se falava em reforma administrativa mas era confundida com o mero downsizing” (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 231).

³ De acordo com Fernando Luiz Abrucio: “A crise do Estado afetou diretamente a organização das burocracias públicas. Primeiro a redução de gastos com pessoal, que era em vista como uma saída necessária – os discursos das administrações de Thatcher e Reagan representaram o ponto máximo dessa tendência. Segundo, a necessidade de aumentar a eficiência governamental, o que, para boa parte dos reformadores da década de 80, implicava uma modificação profunda do modelo weberiano, classificado como lento e excessivamente apegado as normas. Em suma, considerava-se o antigo modelo ineficiente”. (ABRUCIO, 2006, p. 176-177).

⁴ Fruto das discussões que acompanharam o Plano Diretor da Reforma do Estado elaborado em 1995.

previstos no art. 37, foram fixados limites para a remuneração de servidores e estipulou-se a racionalização dos serviços públicos.

Nessa ordem de ideias, um dos mecanismos empregados para tornar o gestor público mais eficiente, poroso às necessidades atuais frente à complexidade social particular daquele momento, é a maximização do espaço da discricionariedade do administrador. Revelando a tensão que se coloca a partir dessa técnica, Maria Sylvia Zanella di Pietro pondera que

[...] os adeptos da Reforma da Administração Pública propugnam pela ampliação da discricionariedade: a ideia de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes; [...] de outro lado, há tendência também bastante forte, calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje a discricionariedade é limitada (DI PIETRO, 2018, p. 36).

Assim, a discricionariedade constitui a arena em que se desenvolve – ou deveria se desenvolver, pela perspectiva gerencial – a maior parte das ações do gestor público. Discricionariedade constitui-se, nos termos da norma de competência, em uma pluralidade de decisões legítimas. O ato discricionário pressupõe que o gestor, antes de praticá-lo, ponderou dentro de um espectro de margem de apreciação, sempre balizada pelos limites do ordenamento jurídico.

A proliferação de normas que impõem programas, metas, e que concedem ao administrador a faculdade de praticar determinados atos não cogentes amplia a incidência de atos discricionários. E, no contexto da introdução da eficiência como fator de balizamento de atuação do exercício da função administrativa, a pluralidade de opções legítimas passa pelo cotejo da eficiência, sendo que, nessa ordem de ideias, escolhas que frustrem de maneira desmedida o dever de eficiência estão fora do campo da discricionariedade. Consequentemente, sendo a opção ilegítima, é passível de controle judicial, não apenas para anulação do ato, mas, conforme se verá adiante, para responsabilizar o incauto agente público.

Conclui-se que com a adoção do Estado gerencial, a eficiência passa a transbordar a esfera do desejo geral: torna-se um direito do cidadão, um dever do Estado, e, para o que nos interessa prioritariamente nessa incursão, um parâmetro de controle e responsabilização exercido pelo Poder Judiciário.

2. Má gestão pública, ineficiência funcional e as mudanças operadas pela Lei n. 14.230/21

A noção jurídica, dentro do direito administrativo, de boa administração – e seu oposto, a má gestão pública – não passa unicamente pela observância da legalidade. É necessário introduzir o elemento ético, tivesse ele ou não previsão expressa na lei. Comentando a respeito, Fabio Medina Osório:

Ser bom administrador não equivaleria, em suas origens, apenas ao mero cumprimento da lei, da mesma forma como o mau administrador poderia descumprir preceitos ligados à ética institucional, à moral administrativa. Foi um ataque ao pensamento positivista estrito predominante naquele momento histórico. (OSÓRIO, 2022, p. 44).

Em acréscimo, conforme dito alhures, com a introdução da eficiência como fator de balizamento da atuação do Estado, não basta que a atuação seja legal e ética. Deve produzir o resultado almejado com a racionalização possível dos custos. Em outras palavras: a grave ineficiência é uma das formas de má gestão pública, independentemente de terem sido observados (i) os trâmites legais; (ii) inexistente a má-fé.

Neste último campo, Fabio Medina Osório (2022) chama a atenção para o fato de que, a despeito do debate público centrar-se primordialmente no âmbito da corrupção⁵, esta constitui apenas uma das muitas formas de má gestão pública. A má-fé não é o único elemento capaz de causar danos sociais pelo exercício inadequado da função administrativa.

⁵ A questão da má gestão pública, em um marco mais geral, suporta problemas muito complexos e de efeitos devastadores, que não se reduzem à corrupção ou mais especificamente à corrupção pública e nem por isso podem situar-se num marco secundário de importância (OSÓRIO, 2022, p. 39).

Assim, com o advento do Estado gerencial, não basta a ética como móvel para aferição da boa conduta. O controle passa a ser realizado na medição de resultados, ou seja, *a posteriori*, independentemente do móvel do agente. A ética, portanto, tal qual elemento contrário à má-fé, encontra-se no campo subjetivo, pré-existente à conduta. O resultado, como fator de medição de eficiência, é verificado no campo objetivo, posteriormente à prática do ato.

São esses os parâmetros de avaliação que, neste estudo breve, serão segmentados, demonstrando-se a necessidade de tratamento diverso pelo diferente desvalor da conduta, sem descuidar da necessária avaliação dos resultados. De um lado, no campo do móvel do agente, a desonestidade funcional, cuja lei de improbidade se encarregou de tutelar. De outro lado, a ineficiência funcional, que, se apartada do elemento doloso, não encontra remédio no campo da lei de improbidade a partir das inovações operadas pela lei n. 14.230/21.

Mais adiante serão mencionados os parâmetros de sancionamento pela prática de atos ineficientes, mas o que pode se adiantar, além da necessidade de identificação de prejuízo, é que para fins de responsabilidade do agente público é imprescindível que o dano seja praticado a título de culpa. Isso porque, conforme se disse, se a frustração da eficiência dá-se por desonestidade, o campo de atuação sancionadora é a improbidade administrativa. Se a ineficiência não é decorrente de má-fé, somente será sancionada a conduta caso se verifique que o agente agiu com culpa, atraindo para si o regime jurídico da responsabilidade, em sentido amplo, dos servidores públicos.

Daí a importância para o tema da supressão, pela lei n. 14.230/21, da existência de condutas culposas no âmbito da improbidade administrativa.

Em sua conformação inicial, a lei de improbidade permitia o controle judicial do agir administrativo ineficiente, quando praticado com culpa. É o que se extrai da anterior redação original dada ao art. 10 da lei n. 8.249/92⁶. Consoante já se disse, a previsão não resistiu à reforma da lei de improbidade administrativa operada pela lei n. 14.230/21.

⁶ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente (redação original).

No campo que nos interessa, duas alterações são especialmente relevantes: a subtração da previsão legal da punição por atos culposos que causem prejuízo ao erário (vide alterações no art. 10), bem como a exigência de tipicidade expressa no que toca às condutas violadoras aos princípios da administração pública (vide alterações no art. 11).

No tocante a este último, chama a atenção que nenhuma das condutas com tipicidade expressa consiste em violação direta ao princípio da eficiência, de modo que, ressalvada a ineficiência que decorre de parte das condutas desonestas, tal princípio deixa de ser tutelado diretamente pela via da improbidade. Ainda que algumas hipóteses de dano ao erário constituam, por evidente, frustração à eficiência, a exigência de dolo parece ser um fator distintivo para que, sob o manto da improbidade, apenas atos evitados de má-fé possam ser sancionados⁷. Em outras palavras, a ineficiência, entendida fora do campo da intenção deliberada de obtenção de proveito pessoal, próprio ou de terceiros, não constitui improbidade.

Mas constitui ilícito. Como valor normativo que é, do princípio constitucional que impõe a eficiência confluem deveres específicos cuja frustração pode ensejar responsabilização.

Diante disso, pergunta-se: a conduta ineficiente, quando não colorida pelo elemento da desonestidade, ainda encontra espectro de sancionamento no ordenamento jurídico?

É evidente que sim.

O que as alterações na lei de improbidade promovem é uma diferenciação nos graus de sancionamento da má gestão pública. Consoante já dito, a má gestão pública, como gênero, não se reduz à improbidade. A grave ineficiência funcional dos agentes públicos também é espécie de má gestão pública, que, pelo grau distinto de reprovabilidade, deve ser sancionada à sua maneira e tendo em conta balizas específicas. Não é a lei de improbidade o instrumento que serve à repressão de condutas

⁷ Nesse sentido alguns dos parágrafos do art. 1º, que, quase repetitivos, evidenciam a necessidade de comprovação de dolo:

Art. 1º [...]

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

ineficientes. Mas a responsabilidade civil dos gestores públicos, por meio das demandas propulsionadas pelo sistema de proteção direitos difusos.

De certa forma, a opção do legislador foi guardar maior proporcionalidade entre o desvalor da conduta e o sancionamento. A desonestidade é, sem dúvidas, mais reprovável do que a ineficiência, do ponto de vista da perspectiva subjetiva do sujeito. Tendo em vista a densidade das penas previstas no art. 12 da lei n. 8.429/92, o Poder Legislativo restringiu sua incidência para o primeiro caso.

Conclui-se que a má gestão pública implica em toda violação aos deveres oriundos ao postulado da boa gestão, o que abarca desde a corrupção, em sua gradação mais grave, mas também a grave ineficiência funcional. A improbidade fica relegada a sancionar atos eivados de má-fé, chamados, na lei, de dolo. Mas reduzir o sistema de tutela da eficiência administrativa à improbidade é menosprezar os danos causados pelas condutas não ímprobas, mas integrantes do corpo da má-gestão pública. Na linha do que mencionado anteriormente, a despeito do menor desvalor da conduta, o desvalor do resultado, em casos de grave ineficiência funcional, pode ser enorme. O prejuízo causado – não apenas aos cofres públicos, mas à estima da Administração perante a sociedade – faz parte da corrosão de credibilidade do Estado que há mais de 40 anos parece permear o imaginário da população.

Como direito difuso que é, a eficiência pode e deve ser tutelada, e, sua frustração, sancionada nos limites da proporcionalidade.

3. Dever de eficiência: a remanescente tutela e responsabilização do agente público ineficiente

De prêmio, importante dizer que não se cogita observância ao princípio republicano sem que os agentes públicos, responsáveis pelo trato inadequado da coisa pública, sejam pessoalmente responsabilizados por tal falta. Cabe ao ordenamento o balizamento e o fornecimento de critérios para tanto, mas a irresponsabilidade está fora do campo de trabalho da Constituição Federal.

Pois bem, constatada a ineficiência e percebida como um fator frustrante para as metas objetivamente alcançáveis, além da atuação na contramão da racionalização possível dos custos, interessa saber os meios de controle jurisdicional e responsabilidade cabíveis.

Para os objetivos deste estudo, a centralização do debate cinge-se à responsabilidade pessoal do agente público, sem descuidar da existência de mecanismos para controle dos atos administrativos direcionados à própria Administração. *En passant*, pode-se mencionar a ação civil pública tal qual um mecanismo de tutela da eficiência, sendo que o pedido mediato poderá direcionar-se à anulação de atos reputados como ineficientes⁸.

Nessa esteira, sabe-se que o Estado, conforme pessoa jurídica que é, age ou omite-se a partir das condutas materializadas por seus propositos, os agentes públicos. São estas pessoas, cujo comportamento no exercício da função administrativa imputa-se ao ente abstrato, que, em caso de grave ineficiência funcional, poderão ser pessoalmente responsabilizadas.

Pois bem, os campos de responsabilização, subtraída a responsabilidade por improbidade administrativa, são aqueles delineados pelo art. 121 da lei n. 8.112/90⁹. Ou seja, o exercício irregular de suas funções, abrangida aqui a atuação ineficiente, poderá ensejar responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor. Interessa-nos a responsabilidade civil, a qual, nos termos do art. 122 do mesmo diploma, decorre de “ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros” .

Tendo em vista esse parâmetro inicial, forneceremos os parâmetros para responsabilização civil do agente público gravemente ineficiente.

O primeiro pressuposto para responsabilidade pessoal dos agentes públicos no controle da eficiência é a competência para tomada e execução de decisões no campo da competência discricionária.

Nessa esteira, é preciso retomar uma premissa fundamental: aquele que age de maneira flagrantemente ineficiente transborda para fora dos limites da competência discricionária. Em outras palavras: não nos interessa, para fins de responsabilização, que o agente, dentre das opções

⁸ Para tanto, considera-se que a eficiência da Administração, como mecanismo de prestígio aos interesses públicos primários e secundários, e meio de racionalização das verbas públicas, constitui direito difuso, abrangido, nesses termos, pelo espectro de proteção do art. 1º, IV, da lei n. 7.347/85: *Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.*

⁹ Embora se trate de lei federal, aplica-se, como vetor interpretativo, aos servidores dos demais entes federados. Não por outro motivo o dispositivo serviu de fundamento para julgamento no RE 1027633/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se assentou a tese da dupla garantia no que toca ao acionamento direto do servidor público pelo terceiro que sofrer prejuízo. No caso julgado, tratava-se de servidor municipal.

legítimas¹⁰, escolha a menos eficiente. Nem toda frustração de resultados pode ensejar a responsabilização. Existe uma margem de falibilidade humana e funcional juridicamente tolerável. Nas palavras de Fabio Media Osório

Isso porque ao sujeito é de ser outorgado certo espaço tolerável de ineficiência, se considerarmos esse termo vinculado à ideia de metas e resultados. A frustração desses objetivos, embora possa constituir suporte de uma determinada ineficiência, certamente ficará fora do alcance de uma órbita punitiva ou correccional (OSÓRIO, 2022, p. 63).

As dificuldades inerentes ao exercício da gestão pública não passaram despercebidas pelo legislador, que pretendeu enfatizar a existência da margem de tolerância quando das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais precisamente no art. 22, o qual dispõe que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” .

Então, é o ato praticado fora dos contornos da discricionariedade que sujeita o agente público à responsabilidade. Se a discricionariedade é entendida como uma pluralidade de decisões legítimas, o ato gravemente ineficiente está à margem dessas opções. Para tanto, a percepção de que a decisão não se enquadra na arena da discricionariedade deve ser perceptível no âmbito de uma zona de certeza a respeito do tema. Quero dizer o seguinte: se há dúvida, quanto à adequação da decisão dentro da arena da discricionariedade, não me parece ser o caso de grave ineficiência funcional, tendo em conta os parâmetros fornecidos pelo dispositivo acima mencionado. Por outro lado, se a decisão tomada

¹⁰ Sobre o tema, para identificação do conteúdo da legitimidade das decisões possíveis, dentro do feixe da norma de competência, o fator de balizamento deve ser a realização do interesse público. Ensinam Luis Manuel Fonseca Pires que “na competência discricionária encontram-se duas ou mais soluções como uma pluralidade de opções legítimas, como uma liberdade, um indiferente, dentre as opções que são definidas *prima facie* pela norma de competência; e mesmo diante do caso concreto, se persistirem as opções – ao menos duas –, continuará a existir a discricionariedade administrativa. Sem dúvida alguma, a escolha por qual ou tal opção concreta deve nortear-se pela melhor opção à realização do interesse público”. (PIRES FONSECA, 2008, p. 148).

pelo administrador, pelo juízo da prudência mediana acessível a qualquer cidadão, for evidentemente ilegítima, é esta certeza positiva que ensejará sua responsabilização.

Trata-se, no fundo, da aferição da culpa do agente público na produção de ato ineficiente. É a frustração das metas por imprudência, negligência e imperícia que dá azo à responsabilidade. Evidencia-se, a partir da exigência da culpa, que a responsabilidade pessoal do agente público está no campo da responsabilidade subjetiva.

No que toca à existência de prejuízo, o agente público somente será responsabilizado caso se identifique que, em razão de sua atuação ineficiente, seja qualificado e quantificado dano ao erário. Isto é, não é qualquer ineficiência que poderá ser imputada, no campo da responsabilidade civil, ao agente ineficiente, sendo imprescindível que dela se extraia prejuízo material. Logicamente, o prejuízo deve ser atribuível à conduta – positiva ou negativa – do agente público, do que se extrai a necessidade de verificação do nexu causal.

Sendo o erário prejudicado, a demanda poderá ser propulsionada pelo ente público lesado, sendo o Ministério Público legitimado concorrente, que poderá manejar ação civil pública em defesa do direito difuso à eficiência e da preservação do patrimônio público.

Por fim, exemplos podem auxiliar na elucidação do que foi dito até o momento. Em um caso recentemente julgado, o Ministério Público havia ajuizado ação de improbidade em detrimento de determinado gestor de hospital que havia recebido verbas públicas por meio de convênio. Segundo se apurou, havia verba remanescente disponível para aquisição de insumos, sendo que a disponibilidade era limitada até o último dia do ano, quando deveria ser restituída ao poder público. O gestor deixou transcorrer lapso temporal significativo para aquisição dos insumos, e, no mês de dezembro, imbuído no intuito de fazer uso completo da verba pública disponível, realizou aquisição apressada, cujo resultado foi a realização de compra em valores acima do que efetivamente praticados no mercado durante o ano. A alta dos preços no derradeiro mês do ano deu-se porque alguns fornecedores informaram o fechamento das fábricas naquela altura do ano. A sentença registrou a violação à eficiência:

A corrida desenfreada para compra de insumos antes do limite temporal para devolução dos repasses representa evidente má administração dos recursos

públicos, o que viola, por evidente, o princípio da eficiência. Ademais, conforme aponta relatório pericial (fl. 622), algumas empresas fornecedoras dos referidos produtos hospitalares, mesmo tendo sido pagas e dezembro de 2012, ou seja, no mesmo mês da compra, entregaram os produtos que venderam somente no ano seguinte, o que demonstra “não haver urgência nem risco de crise” no atendimento hospitalar que justificasse a compra dos insumos por valor superior. Sobre o princípio da eficiência, deve ser entendido como o dever de boa administração. Trata-se da obrigação de busca do melhor desempenho no exercício da atribuição, com a finalidade de buscar melhores resultados. Conclui-se que a compra está maculada pelo verniz da ilicitude. Não porque dispensada a licitação, como descrito na petição inicial, mas porque violada diretriz básica da administração de recursos públicos. (BRASIL, 2022)

Veja-se: no caso, não se extraiu dolo – no sentido qualificável a título de improbidade – mas culpa do gestor incauto. Não se identificou a intenção de beneficiamento pessoal ou de terceiro. Aliás, não comprovado qualquer conluio ou ajuste prévio com as empresas vendedoras, até porque foi realizada prévia pesquisa de orçamentos. Mas é evidente que frustrado o dever de boa gestão, atuando o agente, naquela oportunidade, em franca violação às normas objetivas de cuidado com a coisa pública.

O desfecho do caso foi o julgamento de improcedência da ação de improbidade¹¹, até porque, assentada a atuação culposa, com o advento

¹¹ Operou-se o trânsito em julgado. Ementa: DEMANDA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE BENS COM VALORES SUPERIORES AOS DE MERCADO E SEM OBSERVÂNCIA DO PROCESSO LICITATÓRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. – Ainda que haja indicações suficientes, na espécie, de imprudência nas aquisições objeto, calha que apreender uma ilegalidade, a parte rei, não é o quanto basta para assentar uma correspondente improbidade. Nem toda actio contra legem é necessariamente actio improba, porque esta última exige, para logo, um atributo de perversão, de corrupção, de dissolução moral, e, além disto, que se trate de dolo ou culpa com alguma intensidade (ou seja, não é todo desvio, não é o pecadilho, não é a falta leve). – Além disto, admitiu-se, na origem, infringência culposa da norma do inciso V do art. 10 da Lei 8.429, de 1992, conduta que, com o advento da Lei 14.230, de 2021, somente atrairá sanções por sua prática dolosa. Provisamento da apelação do demandado. Não acolhimento do recurso da Promotoria pública da Comarca” (TJSP; Apelação 1000897-73.2017.8.26.0306; Relator (a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de José Bonifácio – 2ª Vara; Data do Julgamento: 21/06/2022; Data de Registro: 21/06/2022) (BRASIL, 2022).

da lei n. 14.230/21, foi suprimida a previsão infringência culposa ao art. 10 da Lei 8.429/92.

Ocorre que, a partir do estudo que se fez até o momento, conclui-se nesse mesmo caso, caso intentada dentro do prazo prescricional, caberia pretensão de responsabilizar civilmente o agente público responsável pela compra dos insumos hospitalares.

Aplicando tudo o que se expôs até o momento, verifica-se (i) a competência para a gestão e administração dos recursos, sendo que dentro do espectro de atribuições do agente está a realização de pesquisa de preços e aquisição de insumos; (ii) a conduta comissiva praticada não está no campo das decisões legítimas, de modo que não está protegida pela margem de apreciação decorrente da discricionariedade; (iii) a ineficiência é perceptível *prima facie* pela prudência média, do que se extrai a conduta culposa; (iv) da ineficiência resultou dano quantificável, eis que há diferença de preço entre a aquisição e a média de mercado; (v) existente o nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta do agente.

4. Proposições conclusivas

Infelizmente, são comuns os exemplos que permeiam o Poder Judiciário, não sendo raras as situações, muitas vezes noticiadas pela mídia, em que a Administração Pública realiza a aquisição de bens com validade próxima à expiração, não utiliza os bens adquiridos previstos para aquele ano, tornando-os inservíveis para o ano seguinte, não realiza planejamento adequado de despesas, entre outros exemplos. Basta uma breve busca nos jornais para que seja constatado que o projeto de Administração Gerencial parece cada vez mais uma promessa esvaziada.

A grave ineficiência é uma faceta da má gestão pública, sendo que, até o advento da lei n. 14.230/21, cabia o sancionamento de tal conduta via lei de improbidade. Após a inovação legislativa, quando destituída do elemento desonesto, a grave ineficiência praticada fora dos limites do dolo específico de malversação dos recursos públicos foi extirpada desse sistema sancionador.

Sem embargos, é necessária a atuação repressiva em detrimento de agentes públicos ineficientes, se não no duro campo da improbidade, ao menos no campo da responsabilidade civil, de modo a não embargar a aplicação do princípio republicano. A bem da verdade, parece-nos que o sistema se harmonizou, nesse campo, com a proporcionalidade, eis que o

menor desvalor da conduta desprovida de desonestidade induz a adequação da limitação de responsabilidade ao campo patrimonial. O causador do dano, que, por culpa, foi tão ineficiente a ponto de causar danos ao erário, deve recompô-lo em igual medida.

Não se ignora a dificuldade do exercício da função administrativa, o que vem sendo reconhecido no campo normativo por meio das alterações legislativas recentes mencionadas anteriormente. O exercício da discricionariedade, palco principal do exercício da gestão pública, vem ganhando complexidade, mas nem por isso pode servir de escudo quando as decisões do gestor transbordarem aos limites da ineficiência. Até porque, se gravemente ineficiente, a conduta não atende ao interesse público, não se encontrando dentro da moldura em que se desenvolve a pluralidade de decisões legítimas.

E, nessa linha de raciocínio, foram propostos elementos para a atuação sancionadora no campo da responsabilidade civil, para os fins que nos interessam: (i) competência para a prática de ato discricionário; (ii) o ato realiza opção que, dentre as possíveis, não é legítimo à vista da realização do interesse público, frustrando o princípio da eficiência; (iii) culpa do gestor, na medida em que a ineficiência é perceptível *prima facie* pela prudência média; (iv) dano ao erário; (v) nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta do agente.

A responsabilidade civil dos agentes públicos não representa novidade em nosso sistema, e parece-nos ser a resposta para que atos culposos antes abarcados pela lei de improbidade sejam atualmente sancionados.

O ressentimento – legitimado ou não – com as alterações promovidas pela lei n. 14.230/21, não pode ofuscar a existência de remédios à ineficiência, inclusive com a responsabilização pessoal dos agentes públicos.

É essa a contribuição que este artigo pretende entregar: a ineficiência pode e deve ser sancionada, persistindo mecanismos à disposição dos legitimados para tanto.

Bibliografia

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BRASIL. *Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Poder Executivo, 1942.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1985.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça Estado de São Paulo. *Apelação 1000897-73.2017.8.26.0306*, de 21 de junho de 2022. DEMANDA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE BENS COM VALORES SUPERIORES AOS DE MERCADO E SEM OBSERVÂNCIA DO PROCESSO LICITATÓRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. Relator: Desembargador Ricardo Dip. José Bonifácio, Brasília, DF, 21 jun. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo: Editora 34, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: Má gestão pública, Corrupção, Ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PIRES FONSECA, Luis Manuel. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. São Paulo: Fórum, 2008.

