

# FLAGRANTE DESVIO DE FINALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO COMO EVIDÊNCIA DO DOLO PRESUMIDO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Ruth Araújo Viana<sup>1</sup>

## 1. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

O Brasil sofre o amplo processo de desconstrução e construção de paradigmas sobre o controle dos atos administrativos emanados do Poder Público no cenário de combate à corrupção. Finalmente a batalha contra a corrupção ganha um apoio social ativo e, assim, novos fundamentos são introduzidos no direito para fins de melhor fiscalizar atos administrativos eivados de desvio de finalidade pública.

O exercício do controle efetivo dos atos administrativos corruptos exige uma análise apurada do que é interesse público. Para isso, a elaboração de um trabalho com base científica é necessário para se entender e distinguir um ato administrativo que não alcança o interesse público. Neste sentido o presente trabalho irá elucidar em que consiste o interesse público, enaltecendo o interesse público denominado primário por ser este legitimador do Estado Social e Democrático de direito.

Também elucidará sobre em que consiste os atos ímprobos, focalizando, em caráter exemplificativo, na natureza de alguns deles a partir das provas da ilegalidade qualificada do administrador público, de modo a ressaltar a importância sobre a construção de um novo raciocínio jurídico sobre o dolo dos gestores públicos, permitindo a concretização do controle mais eficaz dos atos administrativos.

O objetivo é criar um novo entendimento jurídico de que nos casos em que for flagrante a constatação de que o ato administrativo não tem finalidade pública, há presunção absoluta de ato ilegal e presunção do dolo do administrador, caracterizando corrupção administrativa.

## 2. A FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública tem como finalidade essencial alcançar o interesse público. Ela é a incumbida de produzir atos de gestão que determinarão obras, serviços, construções, entre outras políticas públicas, com o objetivo de melhorar a qualidade dos recursos colocados à disposição da coletividade, e ainda, o desenvolvimento político, econômico e cultural da sociedade.

A proposta da Administração Pública, pelos atos específicos autorizados por lei, é a de atingir os fins que lhe deram razão de existência. O ato administrativo é, portanto, uma manifestação de vontade, declaração jurídica e específica expedida no exercício da função pública a favor dos particulares para alcançar o interesse público de forma a delimitar e determinar seus direitos e deveres, criando certezas jurídicas na relação entre Estado e o indivíduo. Nos dizeres de Meirelles:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprios. (MEIRELLES, 2004, p. 147)

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Penal e Processual Penal e em Direito Constitucional pela Universidade Entre Rios Piauí. Aluno da Pós-graduação de Estado de Direito e Combate à Corrupção na Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins (2014) E-mail: ruthviana@mpto.mp.br.

Todo ato administrativo deve possuir uma finalidade e esta sempre será o interesse público. Assevera Gasparini que a finalidade “É o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo” (GASPARINI, 2006, p. 64). O doutrinador Carvalho Filho explica:

Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 114)

A finalidade será sempre o interesse público e não pode o administrador dar ao ato qualquer finalidade diversa. É, por isso, um requisito vinculado. Neste requisito de validade, ao contrário de todos os outros elementos, não há exceções, pois sempre se deverá proteger uma razão relacionada a um bem jurídico público relevante.

Entender o conceito de interesse público é o primeiro passo para que o gestor público possa concretizar os interesses sociais. O interesse público não é somente o interesse do Estado. O interesse público, primordialmente, é o direito indisponível e necessário ao cumprimento do Estado Democrático de Direito que tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Assim, ao haver conflito entre o interesse do Estado e o interesse social deve-se prevalecer este último. Neste diapasão, o interesse público é tudo aquilo que visa satisfazer a necessidade pública insculpida como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

A autoridade ao cometer ato que não tenha como pretensão alcançar o interesse público pratica conduta evitada de vício de finalidade. Este é um defeito ideológico, caracterizador de um vício na vontade do agente público que o pratica.

Portanto, o desrespeito a esse elemento acarretará abuso de poder do agente público, caracterizando vício na finalidade e por muitas vezes também gerará vício no motivo, pois a maioria das pretensões desviadas pelo administrador são mascaradas pelo motivo que este apresenta.

A ilegalidade do ato administrativo referente ao elemento finalidade, pode existir através do desvio de finalidade do administrador público ou do seu excesso de poder. Essas duas espécies compõem o gênero denominado abuso de poder.

O excesso de poder acontece quando o agente competente ultrapassa os poderes que lhe foram incumbidos, exercendo ações que estão fora de suas atribuições. Já o desvio de finalidade existe quando o administrador pratica atos que não possuem finalidade pública específica, ou seja, desvirtuam-se dos fins objetivados por lei com o intuito de promover fins particulares ou de terceiros.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que o requisito finalidade do ato administrativo encontra-se diretamente ligado a três grandes princípios basilares da Administração Pública: supremacia do interesse público, indisponibilidade e impessoalidade.

No princípio da supremacia do interesse público o entendimento é de que este deve prevalecer em detrimento do interesse privado. Assim, o interesse que atende o anseio social é privilegiado em detrimento do interesse privado disponível e isolado.

Já no princípio da indisponibilidade do interesse público, declara-se que o agente público incumbido de zelar e buscar o interesse social não pode dispor desse interesse, pois este não pertence ao gestor, e sim a sociedade. Dessa maneira, o administrador público ao exercer delegação do poder estatal não pode se eximir de buscar concretizar o interesse público.

O mandato de otimização da impessoalidade defende que o administrador público não pode se utilizar das prerrogativas inerentes a sua função para alcançar interesse pessoal ou de terceiros específicos.

Denota-se destes três princípios basilares da administração pública que a finalidade é o elemento vinculado do ato administrativo e mediato que visa definir a busca pela satisfação do interesse público como perspectiva principal da atuação administrativa.

O Estado existe para o povo, devendo servi-lo e tornar possível a convivência pacífica em sociedade, garantindo a todos os cidadãos a satisfação plena com a atuação e gestão dos poderes públicos, sendo, portanto, imprescindível que o agente público entenda o que é o interesse público e vise em suas ações concretizá-lo.

### 3. CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA POR DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA

Corrupção é o ato humano voluntário, ativo ou omissivo, em que o agente para satisfazer interesse próprio ou alheio se afasta do comportamento ético ou viola o ordenamento jurídico ou o princípio da confiança, causando danos sociais, materiais e imateriais.

Neste artigo a corrupção administrativa é tratada com uma acepção estrita no âmbito cível, sendo conceituada como o ato de improbidade administrativa praticado por agentes públicos e terceiros cujas sanções estão descritas pela Lei 8.429 de 1992.

Note-se que no ato de improbidade o administrador público se prevalece da sua função para satisfazer interesse pessoal com a proteção dada pelo Estado, pois todo ato administrativo emanado de agente público tem presunção de veracidade, tornando mais difícil o controle dos atos administrativos.

Contudo, nem todo ato ilegal é ato de improbidade. A improbidade para ser caracterizada tem que ser qualificada pelo intuito malicioso do agente no agir. Assim, a mera transgressão da legalidade não resulta em ato de improbidade, sendo necessário provar o dolo do agente e culpa nos casos de danos ao erário público. Este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (*on line*):

Não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante 13 do STF. A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. **A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba. Para a configuração de improbidade administrativa, deve resultar da conduta enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/1992), prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) ou infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da CF e 11 da Lei 8.429/1992).** A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *on line*, REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014, grifo nosso).

Todo ato administrativo precisa por sua essência se destinar a concretização de um interesse público. Assim, lógico é afirmar que o ato emanado do Administrador Público que não vise o interesse público nada mais é do que a apropriação indevida da competência administrativa para o alcance de um interesse pessoal e, portanto, um ato corrupto.

Não se pode afirmar que um ato que não vise o interesse público pode ser confundido com má gestão, pois a má gestão exige do administrador um erro no planejamento ou execução do ato administrativo, enquanto o ato desviado de sua finalidade precípua já nasce nulo e viciado de ideal pessoalizado.

O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, determina que os agentes públicos só podem fazer aquilo que a lei determina. Portanto, todo administrador público na execução de um ato público deve agir em subordinação à lei. Por essa razão, os atos administrativos, em regra, são dotados de presunção de legitimidade ou legalidade que garante sua validade desde a origem, ou seja, traz em si uma presunção de que o ato está de acordo com as normas legais até que exista prova em contrário.

Segundo Carvalho Filho (2009), o fundamento primordial para essa característica é que o agente estatal age em prol da sociedade e só poderia ele estar buscando o interesse público, assim, inseguro seria permitir que a sua legalidade pudesse ser questionada a qualquer momento. Deste modo, pode-se afirmar que a presunção de legitimidade é conferida aos atos administrativos para dar maior autonomia e celeridade na condução da *res pública*. Utilizando-se desse raciocínio, pode-se aferir que até que se prove o contrário os atos administrativos deverão ser considerados legítimos, legais e verídicos.

Cumprir mencionar, contudo, que essa presunção não é absoluta, uma vez que se for provado que tal ato não atende às finalidades públicas ou está de encontro com as determinações legais ele poderá ser revisto, cabendo o ônus da prova àquele que alega a ilegitimidade, a ilegalidade e não veracidade do ato, geralmente, o administrado e respectivos órgãos de controle.

Neste sentido é que no manejo de um procedimento de controle dos atos administrativos exige-se do fiscalizador a prova de que o ato é ilegal para declaração de sua nulidade. Geralmente essa prova é produzida através de uma análise documental e de depoimentos testemunhais, ou seja, passa pelo crivo do julgador que terá seu convencimento pautado na força da prova produzida em juízo.

Portanto, os órgãos de controle primeiro tentam provar a ilegalidade do ato, passando por um procedimento ordinário de produção de provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para fins de conseguir a sua anulação, para somente depois ajuizar a ação competente contra os administradores públicos que ordenaram e executaram o ato ilegal.

Seguindo este raciocínio, um ato administrativo ilegal para ser considerado também um ato corrupto e possivelmente imputar uma responsabilidade pessoal ao Administrador que o elaborou exige que se comprove o dolo de sua conduta<sup>2</sup>. A consciência e vontade do administrador que praticou o ato são, portanto, analisados para fins de aferir o ato de corrupção administrativa. Um critério bastante subjetivo para o julgador.

Em que pese a declaração de nulidade do ato administrativo em razão de sua ilegalidade, nem sempre esta decisão implicará na responsabilidade do administrador público que o ordenou ou executou. O pensamento tange a impossibilidade de que a ilegalidade pura da norma sirva como parâmetro para punição do administrador, gerando-se assim um tipo de responsabilidade objetiva.

Em outro passo, caso fosse primeiramente analisado no controle do ato se este visa atender o interesse público de imediato, seria possível fazer um controle objetivo dele, gerando prova *jure et de jure* de corrupção do administrador. O dolo neste caso seria presumido pela natureza do ato administrativo.

É evidente que nem sempre será possível aferir imediatamente que o ato administrativo não observa o interesse público. Entretanto, em casos de flagrante desvio de finalidade pública, a responsabilidade pessoal do

---

<sup>2</sup> No caso de dano ao erário a responsabilidade do administrador também pode ser por culpa.

administrador público que ordenou e executou o ato deve prescindir da nulidade judicial do ato, pois é possível afirmar que o dolo do administrador público é presumido.

#### **4. NATUREZA DO ATO ADMINISTRATIVO COMO PROVA ABSOLUTA DO DOLO E CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A corrupção administrativa é a desvirtuação da atividade pública praticada por funcionários públicos e terceiros que se utilizam do poder estatal para alcançar pretensões pessoais. Existem três formas pelas quais a corrupção administrativa pode se operar na execução de um ato administrativo pelo gestor público.

Uma delas ocorre quando o agente público mascara a pretensão de um interesse social inexistente, ou seja, o ato aparentemente visa o interesse público, mas nunca alcançará este fim.

Outra delas ocorre quando o interesse público existe e o ato é ordenado para esta finalidade, porém a execução deste ato é instrumento para satisfazer o interesse pessoal do administrador, acarretando enriquecimento ilícito, danos ao erário ou violação dos princípios administrativos.

Estas duas primeiras hipóteses são as mais estudadas no âmbito da improbidade administrativa, pois o agente público simula licitude em sua conduta para cometer atos de corrupção administrativa.

Por último, a corrupção administrativa também pode ocorrer quando o administrador se utiliza de sua posição privilegiada para defender uma pretensão pessoal através do ato administrativo, abstraindo-se do princípio da impessoalidade e da supremacia do interesse público e, neste caso, é flagrante que não há interesse público a ser alcançado. Esta última hipótese é o objeto de estudo neste artigo para construção de um novo paradigma de controle dos atos administrativos flagrantemente ilegais.

A título de exemplo de um ato administrativo flagrantemente desviado de finalidade pública, segue a notícia da Globo.com publicada em março de 2017 (*on line*), informando que o Ministério Público do Paraná denunciou o ex-prefeito de Luiziana, município localizado no centro-oeste do Paraná, por ter se apropriado do único cilindro de oxigênio do Hospital local para usar em barril de chope em uma festa na sua residência.

O ato do ex-prefeito de Luiziana, no Paraná, é completamente ilegal em sua essência, já que desde a origem nunca visou finalidade pública e é flagrante a violação ao princípio da impessoalidade administrativa e da supremacia do interesse público. No caso, o ex-prefeito, prevalecendo-se do cargo, utilizou seu poder para desviar bem público de sua finalidade essencial e para servir a um propósito pessoal que nada se relaciona com utilidade pública.

O uso de bens públicos para fins particulares é alvo de constantes processos de controle pela autoridade ministerial para possível responsabilização do administrador que o determinou para satisfação de fins pessoais ou de terceiros. Quando essa utilização do bem público é flagrantemente desviada de sua finalidade, o ato é prova suficiente de corrupção administrativa, gerando a presunção absoluta do dolo do administrador público, sendo desnecessária qualquer análise subjetiva sobre a vontade e consciência do gestor público.

A utilização do bem público como se fosse bem de uso privado remete a uma Administração Patrimonialista em que os detentores do poder tinham como seus os bens do povo, não fazendo distinção entre a coisa pública e a privada.

No mesmo teor, segue decisão judicial condenando o ex-prefeito de Martinópolis-SP por realizar festa de Natal particular com verba pública. Nos autos do processo n. 0001567-76.2015.8.26.0346, o juiz assim decidiu:

[...] O princípio da legalidade é o princípio basilar de toda atividade administrativa, visto que o administrador deve atuar nos limites da lei, sendo princípio indispensável para a existência de um Estado de Direito. Na esfera administrativa, o princípio da legalidade adota o critério da subordinação à lei, o que

difere da sua aplicação na esfera privada, que adota o critério da não contradição à lei. Na licitação, o princípio da legalidade impõe que o Administrador observe as regras contidas na Lei 8.666/93, por exemplo, a escolha da modalidade de licitação adequada, observância dos requisitos de habilitação dos candidatos, deixar de realizar licitação apenas nos casos previstos em lei etc. [...] **Não se pode perder de vista, também, que não foram adquiridos bens e serviços essenciais, mas foram feitos gastos com locação de helicóptero, locução e compra de balas**, não havendo, em momento algum, qualquer fundamentação ou comprovação acerca da oportunidade e conveniência da contratação na forma realizada, o que se relevaria, caso tivesse sido elaborado o devido processo administrativo com a observância dos requisitos legais, mormente com relação às justificativas acima indicadas. Como visto, para todos os atos administrativos deve haver uma justificação prévia, ou seja, o porquê de não ter sido realizada a necessária licitação e o porquê da contratação de determinada empresa e não de outra qualquer. Sem tal justificação prévia para a dispensa ou inexigibilidade da licitação o ato praticado será inválido ou invalidável devido à ausência de motivação, isso em razão do princípio da legalidade estrita a que está sujeita a administração pública, com já exposto. [...] **Nisso tudo, não há como afastar a existência de má-fé, pois o Prefeito/Vereador não estava lidando com dinheiro seu, mas dinheiro do povo (a não ser que sob escusável erro desconfiasse estar pagando tudo com seu próprio salário, o que parece não é o caso)**. Ademais, o segundo requerido confirmou que utilizou o helicóptero locado pela prefeitura, sendo “simples 'carona' de última hora”, o que não se pode aceitar. Não é crível, ainda, que gastando pouco mais de R\$ 200,00 em balas, o município conseguiria distribuir doces para crianças de três diferentes localidades, tudo levando a crer que se tratava de um único evento e não de dois. Também não é verossímil a alegação de que o segundo requerido só veio a saber da realização do evento da prefeitura no dia dos fatos, e que o primeiro requerido “que estava em sua caravana”, como parente (e não no evento que, como Prefeito, deveria estar promovendo), o convidou, “por educação ou retribuição”, para participar também do evento promovido pelo município que se iniciava às 9 horas da manhã. [...] (TJSP – *on line*, 2016)

Flagrante é a ilegalidade do uso do erário público para fins privados, no caso a realização de uma festa de Natal. Percebe-se da decisão judicial que não havia interesse público no ato realizado pelo ex-prefeito e isso justifica a condenação por improbidade administrativa.

Outro fato sujeito a reiterados controles pelo Ministério Público e Poder Judiciário dos atos da Administração Pública é a hipótese de publicidade para favorecimento pessoal do administrador público. O art. 37 § 1º da Constituição Federal assim determina:

Art. 37, § 1º, CF88 - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A Lei Maior prevê expressamente que atos de publicidade não poderão ser utilizados para fins de promoção pessoal do administrador público, exatamente porque todo serviço prestado pelo administrador é financiado pelo dinheiro público. Neste raciocínio é possível afirmar que o uso da verba pública para fins de promoção pessoal do administrador público que ordenou a obra ou o serviço público é um ato que por si gera presunção absoluta de dolo. Veja-se a seguinte apelação, julgada pela quarta câmara cível, processo da comarca de Tangará da Serra:

[...] A matéria agitada na Ação Civil Pública no 514/2008 circunscreve-se à prática de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, notadamente, pelo uso, em proveito próprio, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial do Município de Tangará da Serra. Trata-se da infração administrativa prevista no art. 9º, inc. XII, da Lei no 8.429/92.

[...] Na espécie, não há como negar que os Apelantes propagaram seus trabalhos, na condição de administradores municipais no período compreendido entre 1997 a 2000, mediante promoção pessoal, pois a divulgação das obras sociais realizadas no Município de Tangará da Serra durante esse interstício, assim como a entrega de materiais escolares e de congratulações natalinas, não se pautaram no caráter impessoal da publicidade.

É o que ressoa das provas coletadas pelo *Parquet*, notadamente pelas fotografias de fls. 27/28 e fl. 31, em conjunto com as notas de empenho e notas fiscais, as quais estão dispostas nas fls. 36/59.

[...] Anoto, por oportuno, que o fato de os Apelantes terem retirado seus nomes e fotografias dos outdoors, bolsas escolares ou calendários, não retira o caráter finalístico da improbidade administrativa.

**Não é demais realçar que a mera inclusão de conteúdo, embora sutil, mas que possa identificar o governante, caracteriza publicidade pessoal ilícita. Ou seja, no instante em que existe a menor possibilidade de reconhecimento ou identificação da origem pessoal da publicidade há, sem dúvida, o rompimento da lisura desejada pelo constituinte, até mesmo porque, qualquer margem de abertura nesse princípio poderia ensejar exceções que levariam à completa inutilidade do dispositivo.**

Em vista do exposto, tem-se que a publicidade dos atos governamentais perpetradas pelos Apelantes extrapolaram o limite da impessoalidade, caracterizando verdadeira promoção pessoal, que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos do artigo 11 da Lei no 8.429/92, de modo que não há razão para reformar a sentença de 1º grau quanto à condenação dos Apelantes às penas do art. 9º, inc. XII, da legislação supramencionada, de modo que o erário deve ser ressarcido no montante de R\$15.749,00 (quinze mil setecentos e quarenta e nove reais), valor esse que está devidamente comprovado pelas notas de empenho e notas fiscais arroladas no processo, acrescendo-se ainda os juros moratórios e a correção monetária, tal como definido na instância singular. ( - grifo nosso - Ação Civil Pública nº 514/2008 - APELAÇÃO Nº 12201/2010)

O contexto da decisão judicial exsurge-se contra o ato do administrador público que utilizou o patrimônio público para autopromoção. Esta é uma prática reiterada de corrupção administrativa que tem grande incidência nos municípios pequenos, em razão da baixa fiscalização sobre atos administrativos e confusão entre patrimônio público e privado.

A utilização de obras públicas com a indicação em cartazes, *outdoors*, veículos de rádio e outros para divulgar o nome do administrador responsável pela ordem da obra fere os princípios da impessoalidade e moralidade.

Outro ato que costuma ser rotineiramente utilizado pelos gestores públicos para pretensões ilícitas são as diárias. É comum o pagamento de diárias como despesas necessárias aos agentes públicos. As diárias têm natureza jurídica indenizatória e visam ressarcir o agente público das despesas não previstas, mas necessárias, que são efetuadas para a concretização do interesse público como o aperfeiçoamento ou execução da atividade-fim do administrador.

As diárias são essenciais para a continuidade e aprimoramento do serviço público e, por isso, justificam-se. Assim, o pagamento de diárias que não digam respeito ao interesse público, são atos flagrantemente ilegais. Neste raciocínio, certo é afirmar que o pagamento de diárias para administradores públicos para participação em festas e equivalentes sem caráter oficial é flagrante desvio de finalidade pública. Nesse sentido:

**Ementa**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO E VICE-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ALTO FELIZ. DIÁRIAS. PARTICIPAÇÃO EM EVENTOS RECREATIVOS DISSOCIADOS DO SUPERIOR INTERESSE PÚBLICO. DESVIO DE FINALIDADE. COMPROVAÇÃO.

1. Improbidade administrativa bem evidenciada no caso concreto, estampada na **realização de viagens para fora do Município para participação em atividades recreativas e de lazer realizadas em período de veraneio sem caráter oficial e sem efetivo interesse público, com percepção de diárias, em manifesto desvio de finalidade.**

2. Ação julgada procedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70063627178, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 25/05/2016).

O ato de ordenar o pagamento de diárias para frequentar locais dissociados de interesse público já demonstra a ilegalidade qualificada do administrador, não exigindo nenhuma outra prova sobre o fato para imputação de responsabilidade sobre o administrador que ordenou e/ou recebeu o pagamento.

Ainda, a ordem de despesa para pagamento de diárias exige previamente o motivo para a sua percepção, qual a finalidade pública a ser perquirida com aquele ato administrativo, de ordem que a autorização para pagamento de diárias sem a comprovação do deslocamento para exercício da atividade-fim que vise o interesse público também destaca a flagrante ilegalidade do ato administrativo e, conseqüentemente, do dolo do administrador público.

Também há flagrante corrupção administrativa na ordem para pagamento de diárias para frequentar cursos e outros que não digam respeito a atividade-fim do administrador. O pagamento de diárias é medida excepcional e só se justifica quando ordenado para cumprimento da atividade-fim do administrador ou seu aperfeiçoamento. Caso contrário, está se autorizando pagamentos indenizatórios extraordinários sem finalidade pública.

Não é razoável ordenar despesa para pagamento de diárias ao administrador público para participar de curso que não diga respeito a sua atividade funcional. Não há contribuição ao serviço público.

Para fins de aferir se o ato administrativo está destinado à finalidade pública e há ilegalidade qualificada, será necessário que o fiscal da ordem jurídica prove que o objeto do ato não tem interesse público, pois não resguarda direito fundamental essencial. Uma vez existindo flagrante constatação de desvio de finalidade social, este ato será suficiente para revisão judicial e punição do administrador que o exarou.

Em análise dos casos expostos, pode-se aferir que nenhum deles cumpriu os pressupostos básicos para refutarem a ilegalidade qualificada presumida: existência de interesse público.

Ante o exposto, quando a própria natureza do ato provar que este não tem interesse público a ser alcançado, será possível entender que o dolo do administrador que o ordenou e executou é presumido.

No caso, o dolo administrativo será presumido diante da constatação flagrante de objeto do ato destinado a fins não públicos, sem que haja necessidades de outras provas a não ser o próprio ato, denominando-se de ilegalidade qualificada presumida.

Por óbvio que este raciocínio não deseja implicar responsabilidade objetiva do administrador público, até porque, entender dessa maneira seria o mesmo que permitir processamento e punição às cegas.

Visa-se, na verdade, adequar a responsabilidade dos administradores públicos com a *res publica* impedindo comportamentos não éticos e propagação de desestímulo social nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

A responsabilidade objetiva difere da ilegalidade qualificada presumida pois naquela não há análise de dolo e culpa, enquanto nesta há aferição de dolo, porém ela é feita sob a análise do conteúdo do ato administrativo.

É um contrassenso exigir a comprovação de dolo do administrador quando o objeto do ato administrativo já é desvirtuado de finalidade pública. É pressuposto básico da função pública que o administrador saiba entender o conceito de interesse público e agir em sua conformidade.

Em outros atos administrativos, contudo, que se denote a necessidade de construção de outras provas, aí sim, será imperiosa a comprovação maliciosa do administrador público para fins de configurar a ilegalidade qualificada.

Objetiva-se com essa facilitação no controle de atos públicos flagrantemente ilegais reduzir a corrupção administrativa e conscientizar os administradores públicos da importância da condução do cargo com probidade a fim de que o Estado seja capaz de servir e cumprir os propósitos sociais nas expectativas exigidas.

Exigir a aplicação de dolo presumido no âmbito de procedimentos cíveis já é rotineiramente aceito pelos Tribunais Superiores por vias transversas no dano moral *in re ipsa*<sup>3</sup> e considerando que a ação civil por ato de improbidade administrativa tem natureza cível, nada mais relevante do que aplicar este entendimento aos administradores públicos em casos cujo ato administrativo flagrantemente prove o desvio de finalidade pública.

Esta mudança terá dois aspectos relevantes e positivos. O primeiro deles fortalecerá o Estado Democrático de Direito ao introduzir ferramentas hábeis ao controle de atos administrativos.

A utilização do flagrante desvio de finalidade como prova *juri et de jure* de corrupção administrativa e presunção de ilegalidade qualificada do administrador público, facilitará a fiscalização e controle dos atos administrativos, pois não exigirá daquele que alega a ilegalidade do ato a produção de prova contra o ato, já que este em si mesmo é a prova necessária para deferimento do pedido de nulidade, bem como não exigirá que se adentre a esfera subjetiva da vontade do agente para sua possível responsabilização. Como já dizia Martins Júnior:

[...] não basta para o resgate e reincorporação dos valores éticos à Administração Pública somente a existência de leis [...] A efetiva proteção da observância de valores éticos e morais da Administração Pública começa, pois, por uma preservação eficaz desses valores, que deve ser alcançado por instrumentos juridicamente concebidos com essa finalidade. (JÚNIOR, 2002, p. 10-11)

---

<sup>3</sup>O dano moral *in re ipsa* também conhecido como dano moral presumido, decorre do próprio fato e não exige comprovação. Vários são os casos cuja jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica na concretização do dano moral presumido: inclusão indevida em cadastro de inadimplentes, responsabilidade bancária por serviço deficiente, concessão de diploma não reconhecido pelo Ministério da Educação por instituição de ensino superior, entre outros. O reconhecimento do dano *in re ipsa* visa desestimular comportamentos abusivos por parte das empresas privadas que têm posição privilegiada face ao consumidor.



O segundo aspecto relevante e positivo é que servirá como modalidade de controle preventivo de atos de improbidade administrativa, pautando diretrizes de conduta proba ao administrador público e exigindo dele a ética e responsabilidade necessárias para administrar o patrimônio público.

Entender que atos administrativos que explicitamente não visam o interesse público são provas absolutas de corrupção é o mesmo que concretizar a possibilidade de dolo presumido na conduta do administrador público, gerando precedentes de boa-fé e impelindo gestão ética aos Administradores Públicos.

Essa análise de presunção absoluta dentro do procedimento de ação civil por ato de improbidade administrativa conferirá celeridade, maior rigor e controle na defesa do interesse social para a punição dos gestores públicos que se utilizam de sua posição privilegiada para atingir fim diverso do interesse público.

## **5. CONCLUSÃO**

Dificultar o controle de atos flagrantemente ilegais praticados por administradores públicos enfraquece a democracia e o Estado de Direito. Se os mecanismos de defesa da democracia são mais frágeis do que os mecanismos de proteção dos detentores de poder, como será possível exercer o controle suficiente da improbidade administrativa e coibir atos de corrupção?

Não faz sentido ter que passar por todo um procedimento ordinário com o crivo do contraditório e da ampla defesa para declaração de nulidade do ato flagrantemente ilegal para que se possa perseguir a responsabilidade pessoal do administrador com possível imputação de sanção por improbidade administrativa quando a própria natureza do ato revela a ilegalidade qualificada do administrador.

Também não é o bastante poder controlar sem que esta fiscalização esteja munida de ferramentas hábeis ao controle efetivo e correção dos abusos praticados por administradores públicos no poder. De nada adianta poder processar se os meios para punir são insuficientes ou inadequados ou se apresentam lerdos em suas pretensões.

A concessão de poder sem controle efetivo é porta ampla de disseminação de corrupção administrativa e enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Ainda, não há responsabilidade objetiva em entender que o administrador público que determina ato administrativo sem finalidade pública comete improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos, pois todo agente público, precipuamente, ao servir ao Estado, tem que ter conhecimento do que é interesse público.

Atos completamente desvirtuados de finalidade pública que podem ser flagrantemente constatados, como os que atendem a vontade pessoal do administrador, são violadores de probidade administrativa. Portanto, introduzir a possibilidade de ilegalidade qualificada presumida é uma evolução no controle dos atos administrativos e que está alinhada aos princípios da Administração Pública, servindo como uma nova diretriz para a gestão ética e proba.

## **6. PROPOSTA DE ENUNCIADO**

É possível o reconhecimento do dolo presumido nas ações de improbidade administrativa quando o ato emanado pelo administrador público é flagrantemente desviado de finalidade pública, sendo o próprio ato prova absoluta de corrupção administrativa.

## **7. REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso *on line* em : 01 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Consultor Jurídico - Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>.

Acesso em: 24 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Globo.com.** MP denuncia ex-prefeito que desviou cilindro de oxigênio para usar em barril de chope. Disponível em: (<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/mp-denuncia-ex-prefeito-que-desviou-cilindro-de-oxigenio-para-usar-em-barril-de-chope.ghtml>)> Acesso em 01 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. 0001567-76.2015.8.26.0346 - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0001567>>. Acesso em 03 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.429/92.** Planalto. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 29 de março de 2017.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo Didático.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 8 ed. Rev. Atual. Editora Saraiva, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUNIOR, João Câncio de Mello. O conceito polêmico de interesse público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1275672471.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275672471.pdf). Acesso em: 22 de março de 2017, n. 39, p. 285 a 330.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Proibidade administrativa.** São Paulo: Ed. Saraiva. 2ed. 2002.

MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no setor público.** São Paulo: Atlas, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea.** 5 ed. Revista e atual. Editora atlas. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2004.