

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

REFLEXÕES SOBRE O PÚBLICO E O PRIVADO E A INSERÇÃO, NESTE CONTEXTO, DO AGENTE PÚBLICO

Alécio Silveira Nogueira

Promotor de Justiça em Bento Gonçalves/RS.

Luciano de Faria Brasil

Promotor de Justiça em Porto Alegre/RS.

Sumário. I. Introdução. II. O Público e o Privado. II.1 Espectro Terminológico: Uma Aproximação ao Tema. II.2 O Público como Campo a Ser Mapeado. II.3 O Público no Brasil. III. A Constituição Federal de 1988 e a Moralização Pública: Um Resgate. IV. O Agente Público. IV.1 A Lei. IV.2 Um Critério: a Verba Pública. Crítica. IV.3 O Paradigma Jurisprudencial. V. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO. UMA DECISÃO PARADIGMÁTICA. ESCOPO DA EXPOSIÇÃO.

O Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, em litisconsórcio ativo, intentaram Ação Cautelar Preparatória de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa em face dos membros do Conselho de Administração e de outras pessoas ligadas à gerência administrativa e técnica da Sociedade Dr. Barthomoleu Tacchini, instituição hospitalar *privada* de Bento Gonçalves, com o fito de obter a indisponibilidade dos bens dessas pessoas. Motivou esta ação a emissão, solicitada por aquele nosocômio, de autorizações de internação hospitalar (AIHs) pelo Sistema Único de Saúde (SUS) por internações que, em verdade, eram particulares – ou, dito de outra forma, pela percepção indevida de verba pública, porque sem a correspondência de

um atendimento efetivo por aquele sistema público de saúde. Da liminar que deferiu a indisponibilidade dos bens, tal como requerido, houve agravo de instrumento pelos réus, a que o Tribunal Regional Federal houve por bem em provimento ao recurso, retirando os demandados na ação do âmbito de abrangência do conceito de *agente público*, tal como consta na dicção do art. 2º da Lei nº 8.429/92. Transcrevemos abaixo a ementa do acórdão:

"PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. LEI N. 8.429, DE 1992, ART. 70.

1. A Lei 8.429, de 02.06.92, que trata da tutela jurídica da probidade administrativa, prevê, entre as medidas de natureza jurisdicional, a 'indisponibilidade de bens do indiciado (art. 7º). Tal forma de garantia tem, em razão da sua especialidade, a função própria de assegurar bases patrimoniais sobre as quais incidirá, se for o caso, a futura execução forçada da sentença condenatória decorrente de atos de improbidade administrativa. A ela está sujeito 'o indiciado', assim entendido o 'agente público' definido nos artigos 1º e 2º da Lei, bem como aquele que 'mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta' (art. 3º). A caracterização do ato de improbidade, em qualquer das situações descritas, supõe a autoria – ainda que possa haver também a participação de terceiros – de agente público atuando contra os interesses da entidade a que está vinculado.

2. Por outro lado, a indisponibilidade de bens não é medida que decorre ipso jure. Está sujeita a ação judicial pelo procedimento cautelar comum dos artigos 798 e seguintes do CPC, que tratam das medidas cautelares inominadas e que têm como pressupostos para o deferimento a presença da relevância do direito e do risco de dano."

Diante dessa decisão, como não podia ser diferente, inconformaram-se os demandantes e interuseram Recurso Especial. O Superior Tribunal de Justiça, em apreciando a matéria, retificou a interpretação do dispositivo mencionado e manteve, no nosso entender, a devida extensão do conceito; eis a ementa dessa decisão¹:

"RECURSO ESPECIAL Nº 416.329 - RS (2002/ 0021459-3) ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E

¹ 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 416.329-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.09.02. In: *Jurisprudência/STJ*, <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica>; acesso em 3-7-2003. A íntegra do acórdão encontra-se no apêndice, ao final do artigo.

ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO "AGENTES PÚBLICOS". HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92: "a Lei Federal n. 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)".

2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

4. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improprio é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local."

Tomamos a liberdade, assim, de fazermos dessa orientação, para nós paradigmática, o ponto de partida para algumas reflexões acerca do *público* e do *privado*: noções dessas esferas, limites, alguma contextualização histórica; a partir desses elementos, analisaremos a inserção nesse contexto do *agente público*, segundo o alcance que lhe dá a decisão comentada.

E isso porque o acórdão que se aprecia traz novidade jurídica — nem tanto conceitual, porque a lei, por si só, já contém todos os elementos interpretativos que se colhem nesse aresto, mas de novíssima política judiciária, de superação de limites e de parâmetros: de coragem, enfim. O objetivo maior desses comentários é não deixá-lo anônimo nos cadernos de jurisprudência.

II. O PÚBLICO E O PRIVADO.

II.1 *Espectro Terminológico: Uma Aproximação ao Tema.*

Quando se aborda um tema como improbidade administrativa, o que antes se alteia no horizonte do debate, como a própria linha que o define, é a noção do que é “público” em oposição ao que é “privado”, noção que se revela o *divortium aquarium* na caracterização do ímprobo e do probo em termos administrativos e que serve ao reconhecimento do próprio ambiente em que localizamos o *agente público*. Não falamos de termos unívocos, certamente; público e privado possuem diversas acepções, segundo o ângulo de abordagem. Também não é possível reconhecer nesse binômio uma significação uniforme através da história, ao longo do desenvolvimento social, institucional ou econômico da humanidade e de suas idéias, às vezes a oposição ganhando um sentido de antagonizar a vida das praças, dos debates, da *polis*, à vida íntima, ao *oikos* familiar, do nascer e do morrer, momentos que não interessavam, antigamente, que não aos seus protagonistas; e às vezes, em um ponto mais avançado nessa marcha histórica, de diferenciar atividades econômicas: a atividade estatal, oriunda de seus presentantes ou funcionários, e a atividade dita privada, de quem, por exclusão, não integra o aparato estatal.

Ocorre, em verdade, que os termos público e privado, *publicus* e *privatus*, embora recebam de acordo com o contexto tal ou qual significação, permitem identifiquemos em relação a eles um “nicho semântico” mais ou menos definido, em que estas significações mantêm uma relação de reciprocidade ou de derivação – e de onde emanam as atuais concepções dessas duas esferas. Vale a pena, nesta pequena inserção etimológica, tomar de empréstimo as palavras de Georges Duby²:

“Deve-se ficar surpreso que um nó de significações apareça de tal maneira organizado no seio da língua latina clássica, em torno de duas palavras opostas: publicus e privatus? Na linguagem de Cícero, por exemplo, agir privatum (opondo esse advérbio a publice) é agir não enquanto magistratus, investido de um poder emanado do povo, mas como

² Georges Duby (org.), *Poder Privado, Poder Público*, in *História da Vida Privada*, vol. 2, p. 20.

simples particular, em um outro território jurídico, e igualmente não é agir fora, aos olhos de todos, no fórum, mas em seu domicílio, no interior de sua casa, isoladamente, separadamente. Quanto ao substantivo privatum, designa os recursos próprios (novamente, a idéia de propriedade), o uso próprio e, finalmente, ainda, o em-casa (in privato, ex privato: em ou fora da casa). Quanto ao privus, designa também ao mesmo tempo o que é singular e o que é pessoal. Em consequência, no francês do século XIX e no latim clássico, a organização do sentido é a mesma; uma raiz, a noção de comunidade popular, da qual procedem dois ramos, um crescendo na direção do que é isento, afastado do uso comum, o outro na direção do que é doméstico, que toca ao indivíduo, mas cercado de seus próximos. Portanto, aquilo que juridicamente escapa, de um lado, a esse poder cuja natureza é especificada pela palavra publicus, poder do povo, e do outro à intrusão da multidão. A res publica engloba todo o domínio pertencente à coletividade e que, por isso, é, de direito, considerado extra commercium, que não deve constituir objeto de troca no mercado. Ao passo que a res privata encontra-se por contraste colocada in commercio e in patrimonio, isto é, na dependência de um poder diferente, o do pater famílias, principalmente exercido no quadro fechado, voltado sobre si mesmo, da domus, da casa”.

A partir desse núcleo semântico, desse nó de possibilidades de significação, é que se originam as acepções que dominarão todas as áreas de investigação, da política à economia, da história ao direito, sempre garantida a identidade binária, de forma que qualquer alteração na matiz de significação de um dos termos tem imediato reflexo na caracterização do outro.

No Direito, por exemplo, para nos situarmos num outro mirante (conquanto não muito distante do nosso), a dicotomia é clássica³. Dá-se ao Direito Público, para ficarmos numa conceituação por ora satisfatória (já que não é esta distinção, em especial, o objeto de nossa abordagem): (i) a característica, num sentido formal, de referir-se a relações jurídicas de *subordinação*, e o súdito deve submeter-se ao comando estatal; e (ii) num sentido material, de conteúdo, a prevalência de interesses gerais,

³ Posto que a esta divisão se tenham levantado vozes contrárias; Pontes de Miranda, *v.g.*, denunciava a ilogicidade da distinção: “A distinção entre direito público e direito privado é de origem histórica, e não lógica. Não há, a priori, pela matéria tratada, tal dicotomia. Isso importa em dizer-se que se pode volver à indiferenciação dos dois ramos do direito...” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, § 21, p. 121).

relacionados com o bem comum. O Direito dito Privado põe-se como antítese desse panorama: suas relações dão-se (i) no plano intersubjetivo, por uma *coordenação*, ao passo que os interesses que tutela são (ii) prevalentemente individuais⁴. Na verdade, temos a diferenciação; mas, na prática, falta-nos ainda muito, pois toda a norma guarda um fundo público, pois emanada do Estado, ainda que autorizativa para que os indivíduos possam, em determinadas questões, exercer alguma autonomia – à feição dos trechos que, num concerto, os compositores barrocos e classicistas costumavam deixar ao intérprete para seus improvisos, mas cercada de indicações e limites temáticos e tonais. Não é, pois, à toa que alternativas conceituais surgiram, aqui e ali, para ensaiar uma diferenciação mais precisa terminologicamente, como, por exemplo, a de Paul Roubier, em seu *Le Droit Transitoire*⁵, em que o autor se ocupa de categorias tais como *status légal* e *contrat* com o intuito de resolver problemas de pragmática jurídica.

Mas não nos ocuparemos mais dessa subdivisão específica; comentamo-la justamente para contornar uma possível confusão de planos, ainda que algumas noções a ela pertinentes sejam tomadas de empréstimo. Porquanto tanto o *público* como o *privado* são, cada um na sua acepção, termos *análogos*, que se interligam em suas diversas emanções⁶⁻⁷. Na verdade, direcionamos nossa análise para uma esfera que se pode dizer para além do Direito, que se situa numa órbita política e de que se servirá o Direito para manusear definições como atividade

⁴ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 336/337.

⁵ Paul Roubier, *Le Droit Transitoire, Conflits de Lois dans le Temps*, passim.

⁶ Segundo a distinção que encontramos em Manoel Garcia Morente, *Fundamentos de Filosofia. Lições Preliminares*, p. 121. Por ela, os termos, em lógica, podem designar sempre a mesma coisa, caso em que são *unívocos*; coisas absolutamente diversas, quando então se definem *equivocos*, e objetos distintos, mas não inteiramente diferentes – ocasião em que se dizem *análogos*. É neste sentido que *público* ou *privado*, segundo o ponto de vista com que são considerados, podem ganhar significações distintas, dentro daquele espectro semântico que lhe é peculiar, mas não inteiramente dissociadas entre si; e é justamente essa característica que realça, muitas vezes, a dificuldade do debate.

⁷ Vale destacar, quanto à terminologia, a advertência de Habermas (Jürgen Habermas, *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações quanto a uma Categoria da Sociedade Burguesa*, p. 13 e ss.) quanto a que o uso corrente de “público” e “esfera pública” denuncia uma multiplicidade de significados concorrentes, a que, mais adiante, chama de “turvo conúbio”; destaca também a impossibilidade de ciências, tais como as jurídicas, políticas e a sociologia, em livrar-se da homonímia em favor de conceitos mais precisos. Enfim, ressalta o autor a estreita relação do termo *público* com *opinião pública*, *öffentliche Meinung*, que, afinal, também exerce seu controle sobre a esfera pública.

ou função pública e, de resto, a de *agente público*, o *terminus ad quem* dessa breve exposição.

II.2 O Público como Campo a Ser Mapeado.

Aqui retomamos um ponto que abordamos anteriormente e que diz com a evolução da idéia de “público” na história das idéias, a que se segue, como antípoda, a de “privado” – termo geralmente definido *contrario sensu*, por contraste, como “o que não é público”, sujeito ao sabor dos fluxos e refluxos de seu opositor binominal; o que, entretanto, não lhe retira evidentemente a importância conceitual.

Se recuarmos à Antigüidade dita clássica – Grécia e Roma, em especial a grega –, ali se nos deparará, por assim dizer, um paradoxo; é que o “público”, para firmar-se como conceito valioso, depende da afirmação do privado, sem o que perde a referência. De fato, a guiarmos pela análise de Fustel de Coulanges, em especial pelo que diz no capítulo XVIII do Livro III de sua obra monumental, *A Cidade Antiga*, constataremos na cidade “clássica”, como ele próprio asseve, *l’Omnipotence de l’Etat*. Como a cidade surgira da religião, tomou dela a força e a penetração nos recônditos mais insuspeitos da vida dos cidadãos, imiscuindo-se o poder público em áreas que hoje constituem domínio exclusivo do privado: em Esparta, modelo por excelência do Estado autoritário, punia-se o casamento tardio e o celibato; em Locres, leis vedavam que se bebesse o vinho puro; e em muitas cidades até o vestuário era especificado por lei. Em suma, segundo o autor citado, *L’État considérait le corps e l’âme de chaque citoyen comme lui appartenant*⁸⁻⁹. Ora, num contexto francamente publicizado como este, calcado, ademais, em uma base religiosa, a maioria das condutas que contrariassem as leis seriam tachadas, com muita propriedade, de *impías*,

⁸ Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, p. 267.

⁹ Não foi outro, na verdade, o tema de fundo da célebre conferência que Benjamin Constant proferiu em 1819 no *Athénée Royal* de Paris, em que atribuiu os males da Revolução de 1789 à influência dos jacobinos, que adotavam um conceito de liberdade que não mais servia aos tempos modernos. A liberdade prezada pelos jacobinos era aquela praticada pelas repúblicas antigas – era, pois, a liberdade do homem público, de participar nos negócios e decisões da coletividade. Já a liberdade moderna é essencialmente a do homem privado, a liberdade de ir, vir, e opinar, sem excluir o direito de participação política. Para o texto completo, ver Benjamin Constant, *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, p. 9-25.

poderíamos até, num esforço imaginativo, ver nesta idéia, exceptuado o contexto hiperbólico em que se desenvolve, na base do que hoje a lei reserva à conduta *improba*, como aquilo que fere a alma do interesse público e que merece reproche. Todavia, a tibieza da esfera privada em tal meio social não favorece uma definição útil de *interesse público* e, subseqüentemente, de *agente público*, já que nesse ambiente político tudo e todos são, num sentido lato, extensão do Estado; mais que isso, sua propriedade.

Na Idade Média, em contrapartida, a feudalização representou a fragmentação do poder público; o resultado é, segundo o já citado Georges Duby¹⁰, “*Um esfacelamento que acaba por disseminar os direitos do poder público, de casa em casa, tornando-se cada grande casa como um pequeno Estado soberano...*” Donde se alcança o outro extremo no pêndulo político: o privado se inflaciona de tal forma, que ganhou foros de público; mas não chegou a ser sepultada a distinção entre os termos: a *res publica* ainda existe, atrelada entretanto aos direitos e deveres de defender conjuntamente a *comunidade*, sob o comando de magistrados investidos do poder de convocar exércitos, conduzi-los, presidir assembléias, recebendo como retribuição parte das multas aplicadas aos homens livres que romperam a paz.¹¹

Em todo caso, só com dois grandes movimentos “institucionais”, se nos permitimos a liberdade do termo, é que chegamos à distinção contemporânea entre as esferas pública e privada: a reestruturação do Estado e o estabelecimento das liberdades individuais como garantias políticas e constitucionais. O primeiro movimento delineou o sentido do público, tal como o temos hoje; o segundo conferiu à esfera privada uma identidade própria, ativa, e não meramente passiva, como o “remanescente” do público. Ambos os impulsos, de qualquer modo, germinam na ascensão da burguesia. Não nos ocuparemos, entretanto, desse último aspecto; centramos nosso debate na caracterização, a partir

¹⁰ Georges Duby (org.), *Poder Público, Poder Privado, In História da Vida Privada*, vol. 2, p. 24-25.

¹¹ Habermas contesta, em todo caso, a legitimidade de falar-se, na Idade Média, em uma oposição entre o público e o privado, num sentido institucional; na verdade, naquele contexto, fundem-se e perdem a identidade, porque emanações da mesma estrutura de poder. Também a “representatividade pública” do soberano, de rigor, nada mais é do que um *status*, uma insígnia pessoal, uma representação não de uma instituição, mas de seu próprio poder (Jürgen Habermas, *Ob. cit.*, p. 18-20).

dessa nova realidade política, da esfera pública, o *habitat* do nosso agente público.

Com efeito, com o Absolutismo realiza-se a separação entre sociedade e Estado, e o “público” passa a significar uma *pessoa pública*, um *funcionário público*, um *cargo público a ser ocupado*, em resposta à burocratização gerada pelo mercantilismo; em contrapartida, os *Privatmänner*, os “homens privados”, passam a ser os cidadãos que não servem ao bem ou ao poder público. Vale trazer à baila o texto de Jürgen Habermas, ao referir-se àquele momento histórico¹²:

“Começa então aquele processo que Hecksber descreveu como sendo a nacionalização da economia cidadina. É certo que só a partir daí é que se construiu o que, desde então, é chamado de “nação”- o estado moderno com suas instituições burocráticas e uma crescente necessidade de dinheiro, o que, por sua vez, retroage rapidamente sobre a economia mercantilista. Nem contratos privados entre príncipe e financista, nem empréstimos públicos bastam para cobri-la; só um eficiente sistema de impostos é que atende à demanda de capital. O estado moderno é essencialmente um Estado de impostos, a administração financeira é o cerne de sua administração. A separação daí resultante entre os bens da Casa Real e os bens do Estado é modelar para a objetivação das relações pessoais de dominação.”

De qualquer modo, também o privado ganha complexidade nesse período: ao lado da idéia primordial de *esfera íntima*, familiar ou pessoal, tal como havia minguardamente na antigüidade, surge outra, não inteiramente privada – mas que igualmente não é pública –, relacionada com o trabalho na sociedade, com a circulação de mercadorias, no seio da qual o indivíduo passa ser sujeito econômico. Em todo caso, eis um ponto de partida fundamental para nós: a “especialização” do público, por assim dizer, decorrente da separação formal das esferas, tal como apontado por Habermas, e que se vincula ao desenvolvimento da burguesia e do Estado¹³; porque só a partir da definição dos limites de significação desse termo podemos precisar com segurança o terreno em que se podem acoimar de *improbas* tais ou quais condutas e nele inserir

¹² Jürgen Habermas, *Ob. cit.*, p. 31.

¹³ E evitada de contradições: a esfera pública nasce e cria identidade num contexto em que o Estado deve garantir a fluência das leis do mercado, dessa *ordre naturel*, e não exercer sobre ela um efetivo domínio (Jürgen Habermas, *Ob. cit.*, p. 99 e ss.)

uma pessoa que, posto não seja um *empregado* do Poder Público (antes seja um *Privatmann*), está de alguma forma “contaminado” pela publicização, seja por exercer de forma eventual uma relevante função social, seja por ter relação relevante com verba ou bens públicos.

Na verdade, em que pese a definição e a especificação da esfera pública neste momento histórico, que nos serve como marco definatório, o próprio Habermas localiza, desde o último quartel do século XIX, uma *interpenetração progressiva da esfera pública com o setor privado*, que se opera pelo *intervencionismo estatal*, o qual, de certa forma paradoxalmente, conduz à transferência de competências públicas para entidades privadas. Como diz o autor citado, “*Só quando novas funções são acrescentadas ao Estado é que a barreira entre ele e a sociedade começa a balançar*”¹⁴. A fórmula da previdência coletiva é um desses aspectos; e a saúde pública, em especial quando exercida por entidades privadas, acrescentamos, é outra, e que especialmente nos interessa nessa abordagem. Nesse contexto, é evidente que as relações entre as esferas se encaminham em duplo sentido: de um lado, dá-se a *publicização do Direito Privado*, ao passo que, de outro, sobrevém a *privatização do Direito Público*; o resultado final aponta para a *incognoscibilidade e indissolubilidade*¹⁵ de tais esferas¹⁶. O problema põe-se, por exemplo, justamente em serviços e atividades delegadas, que possuem uma natureza contratual, mas que não se inserem, pela importância estratégica na sociedade, no campo privado; todavia, não podem ser considerados *atos administrativos*, que é a emanção formal por excelência da atividade pública.

Essa tendência universal de interligação das esferas pública e privada, entretanto, não deve inibir o operador do Direito a um *non liquet*; a este cumpre avaliar o caso dado, a relação jurídica em estudo, e nela identificar (i) se há aspectos públicos amalgamados; (ii) quais são e de que natureza; e (iii) quais as conseqüências jurídicas que ensejam. Por exemplo, a relação jurídica laboral detém inegável aspecto público, resultado das lutas de classes decorrente da industrialização (uma fatia das relações que antes eram privadas passou a ser questão de Estado);

¹⁴ Jürgen Habermas, *Ob. cit.*, p. 173.

¹⁵ Jürgen Habermas, p. 178.

¹⁶ Nesse sentido, ver também Juarez Freitas, *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*, p. 105-111.

entretanto, não cogitaríamos minimamente de aplicar ao empregador o qualificativo de *agente público*, nem de estender-lhes as penalidades da Lei nº 8.429/92 só porque deixou de pagar férias vencidas e não gozadas ao seu empregado¹⁷. A pedra de toque na averiguação da improbidade parece ser, como adiante retomaremos, a percepção de verba pública.

II.3 O “Público” no Brasil.

Temos no nosso país um quadro peculiar, não inteiramente diferenciado em relação ao processo histórico europeu, que também enfrentou períodos de intersecção entre o público e o privado e tende a uma nova interpenetração dessas competências, mas ainda assim próprio, originário das idiosincrasias do sistema colonial. De fato, já em Frei Vicente do Salvador, em sua *História do Brasil*, encontramos a tônica de nossa tradição, como sinala Fernando A. Novais¹⁸:

“Ora, escrevendo na terceira década do século XVII, esse incrível Frei Vicente do Salvador já nos aponta suas características essenciais: em primeiro lugar, a profunda imbricação das duas esferas da existência, aqui na Colônia, e isto, que já não seria pouco, ainda não é tudo. Pois, em segundo lugar, o arguto cronista deixa claro que os níveis do público e do privado, para além de inextricavelmente ligados, apresentavam-se da mesma forma curiosamente invertidos.”

¿E em que consiste, basicamente, essa inversão? Na supervalorização da esfera privada em face da pública. Esse fenômeno engendra-se nas bases formativas do país; vai beber na fonte de sua própria estruturação como governo e nação. Os portugueses que aqui chegaram vieram impulsionados por interesses precipuamente individuais; vieram ampliar sua propriedade, seu lucro, francamente

¹⁷ Aliás, nesta área, em se tratando de competência da Justiça Comum, como é o caso das ações acidentárias, a dúvida se dá inclusive em nível institucional do Ministério Público, quanto a se o caráter público da demanda existe de fato ou, em existindo, se ele é suficiente para determinar a intervenção do *Parquet* no processo. Citamos, no sentido da negativa, o parecer lançado pela Procuradora de Justiça, Dra. Vera Maria Feyh, na AP 599126083 (10ª Câmara Cível do TJRS), alusivo a um consenso do Ministério Público, em segundo grau, dessa orientação de não-intervenção.

¹⁸ Novais, Fernando A. *Condições da Privacidade na Colônia*. In *História da Vida Privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. Org. Laura de Mello e Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

estimulados pela convivência da Coroa, que assim podia dar azo ao processo colonial sem grandes esforços institucionais. Nesse contexto, verificamos que

“No Brasil, como nas colônias inglesas de tabaco, de algodão e arroz da América do Norte, as grandes plantações foram obra não do Estado colonizador, sempre somítico em Portugal, mas de corajosa iniciativa particular. Este é que nos trouxe pela mão de um Martim Afonso, ao sul, e principalmente de um Duarte Coelho, ao norte, os primeiros colonos sólidos, as primeiras mães de família, as primeiras sementes, o primeiro gado, os primeiros animais de transporte, plantas alimentares, instrumentos agrícolas, mecânicos judeus para as fábricas de açúcar, escravos africanos para o trabalho de eito e de bagaceira (de que logo se mostrariam incapazes os indígenas molengos e inconstantes). Foi a iniciativa particular que, concorrendo às sesmarias, dispôs-se a vir povoar e defender militarmente, como era exigência real, as muitas léguas de terra em bruto que o trabalho negro fecundaria.”¹⁹

O empreendimento nacional, como um todo, portanto, fundou-se em motivações estritamente privadas, aglutinadas em torno do núcleo familiar (mais do que no indivíduo), que se aristocratiza a tal ponto que, como diz Gilberto Freyre, *sobre ela o Rei de Portugal quase que reina, sem governar*²⁰. É a família escravocrata, da casa-grande, patriarcal; é a família, ainda citando o sociólogo, *“O vivo e absorvente órgão da formação social brasileira”*. Revela-se assim evidente que, neste contexto, muito similar, em alguns sentidos, ao medieval que vimos antes²¹, o público se subverte ao privado; é-lhe uma derivação, um subdomínio; molda-se segundo seus influxos e interesses. Neste processo, o privado sente-se de tal forma “dono” do público, que não se constrange em reclamar-lhe privilégios; e o público, por seu turno, põe-se na constrangedora circunstância de devedor daquela iniciativa, de modo que o bem comum não raro tenha de ceder aos *bens particulares de alguns*, na contramão da lição de Darcy Azambuja²². Não nos parece,

¹⁹ Freyre, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*, p. 91-92.

²⁰ Freyre, Gilberto. *Ob. cit.*, p. 91-92.

²¹ Ou, mais a propósito, à do *déspota doméstico* da polis grega.

²² Azambuja, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Globo, 1955. Vale a pena, pela perfeição conceitual, transcrever a lição a que nos referimos (p. 126): *“Não obstante o bem geral ser o bem dos indivíduos, ele não se confunde com o bem individual ou o bem de cada um. Os homens têm aspirações e necessidades diferentes, e o Estado não*

nessa linha, tarefa fácil a de refutar a relação que essa característica de nossa formação política e social teve e tem, como fator determinante, na dita *moralidade pública* ou na forma como o indivíduo “privado” se comporta diante de uma função pública, de um cargo público ou mesmo em relação ao patrimônio comum.

Um outro fato, menos recuado no tempo, juntou-se a essas circunstâncias, gerando, por assim dizer, uma curiosa “pororoca histórica”: a vinda da Corte para o Brasil. Num substrato infestado de princípios privatistas (personalismo, base familiar, ostentação de poder), injetou-se uma burocracia fantástica, ou, na feliz expressão de Luiz Felipe de Alencastro, uma “*burocracia de arribação*”. Segundo este autor²³, foram cerca de quinze mil pessoas vindas de Portugal (de 1799 a 1821, para termos uma idéia, a população urbana brasileira aumentou, sob o influxo dessa “invasão”, de quarenta e três mil para setenta e nove mil habitantes...); ao passo que nos Estados Unidos, que o autor cita à guisa de parâmetro, em 1800, por ocasião da transferência da capital da Filadélfia para Washington, o número de funcionários públicos federais não chegava a mil. Não é preciso ressaltar que o resultado imediato desse súbito encontro de forças foi um choque considerável entre as esferas pública e privada; mas, ainda assim, quem sucumbiu foi o poder público perante a força do privado: o império deveu, até onde pôde, respeito à ordem privada escravista²⁴. De qualquer modo, a importação de uma esfera pública já “pronta” para o Brasil, de chofre, não teve o efeito de “neutralizar”, como um anticorpo político e social, a esfera privada; em verdade, assim como a água mais cristalina e pura, se misturada com uma gota de vinho, toma a cor, ainda que mais tênue, deste último, foi o setor público quem sofreu o impacto desse contexto, de certa forma

poderia realizar a felicidade de cada um, ainda que dispusesse de poderes e recursos infinitos. O bem público, de outro lado, não é a simples soma dos bens de todos os que formam a sociedade estatal, pois no bem público não entram os interesses ilegítimos dos indivíduos, que neles vêem no entanto seu bem particular, e não entram também certos interesses lícitos, ou porque não está no poder do Estado realizá-los, ou porque, em certas circunstâncias, o bem particular de alguns tem de ser sacrificado ao bem mais importante de todos os outros.”

²³ Alencastro, Luiz Felipe de. *Vida Privada e Ordem Privada no Império*, In História da Vida Privada no Brasil: Império, págs. 12 e 13.

²⁴ Indagamo-nos se a atual campanha do Governo Federal contra o funcionalismo público não representa um eco desse conflito, uma revanche do setor privado pelo crescimento das instituições públicas (em especial o Ministério Público e o Poder Judiciário) e o risco que estas vêm oferecendo a determinados interesses que lá não se harmonizam muito bem com os princípios publicistas...

“privatizando-se” – ao menos ao nível do que é ou não moral ou *probo* do ponto de vista administrativo²⁵. O resultado disso é que a “cultura pública” nacional admitiu – e admite ainda, infelizmente – práticas administrativas nocivas que já Marco Túlio Cícero censurava em nos conselhos que, na sua *Carta do Bom Administrador*, dera a seu irmão Quinto Túlio Cícero²⁶.

Nessa linha, e em face de nossa realidade institucional, podemos somar os dois grandes “problemas” que vimos até aqui: (i) a interpenetração da esfera pública com o setor privado como tendência história, pelo intervencionismo estatal e delegações de funções públicas à esfera privada; e (ii) a “confusão”, na moral cultural do Brasil, em face dos limites do público e do privado²⁷. Naquele caso, há a dificuldade de, em muitos casos, definir o caráter público de uma relação jurídica; nestoutro, a de, mesmo em sendo pública uma atividade, incutir na cultura pátria (inclusive institucional) que o seu exercício não deve ceder a interesses particulares, privados, de quem a exerce²⁸.

Não pretendemos ir além nessas reflexões mais gerais, sob pena de nos desviarmos de nosso objeto e nos desgarrarmos para uma investigação histórica desmesurada; traçamos esse ligeiro panorama apenas com a intenção de (i) assinalar que *público* e *privado* são setores,

²⁵ Exemplo claríssimo dessa verdadeira *colonização* do espaço público pela ordem privada é o sempre citado *jeitinho*. Os estudos mais recentes sobre essa prática têm apontado sua origem justamente no esforço de adaptação ao formalismo da ordem pública por meio dos mecanismos afetivos próprios da esfera privada. Acerca do tema, Barbosa, Lúvia. *O jeitinho brasileiro*, p. 89-96, em especial.

²⁶ Vale a pena conferir a atualidade dos conselhos que Cícero, na sua *Carta do Bom Administrador*, enviou a seu irmão Quinto Túlio Cícero, quando este teve seu mandato de governador da Ásia prorrogado (fins do ano 60 a.C.) (Cícero, Marco Túlio. *Carta do Bom Administrador, Pensamentos Políticos Selecionados, passim*).

²⁷ A propósito dessa relação intrincada e peculiar entre as esferas pública e privada no Brasil é que Roberto DaMatta, em um clássico da moderna antropologia nacional, percebeu duas leituras ou interpretações na realidade brasileira, uma ditada pelo *código da rua*, outra ditada pelo *código da casa* – vale dizer, uma pautada pela ética pública e a outra, pela ordem privada. DaMatta, Roberto. *A Casa e a Rua*, p. 11-63.

²⁸ Sobre o assunto, vem a calhar a página magistral de Oliveira Vianna: “*De Nunes Machado costumava dizer o Marquês de Paraná que era capaz de todas as coragens, menos da coragem de resistir aos amigos. O grande estadista do Segundo Império fez, sem o pensar talvez, a síntese de toda a nossa psicologia política: é a incapacidade moral de cada um de nós para resistir às sugestões da amizade e da gratidão, para sobrepor às contingências do personalismo os grandes interesses sociais, que caracteriza a nossa conduta no poder.*”

ou esferas, em constante deslocamento de divisas, para não dizer em franco conflito, segundo o contexto sócio-histórico-político em que se inserem – à feição de dois vizinhos belicosos que aproveitam a desatenção um do outro para furtivamente invadir-lhe o terreno em alguns metros durante a madrugada; (ii) que em tais divisas é que talvez se situe um dos debates mais ricos que o tema *improbidade* pode sugerir; (iii) que no Brasil, em especial, a inversão valorativa das esferas torna tais divisas entre o público e o privado especialmente diáfnas e problemáticas, mais do que tendem a ser, pela evolução natural das funções estatais; e que (iv) a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer como agente público os administradores – em sentido lato – de hospital privado que recebe verbas públicas, mexeu ele próprio na cerca de que falávamos, ampliando a esfera pública para incluir em seu alcance normativo indivíduos “privados”, pondo-os sob a regência de princípios administrativos de primeira grandeza, como a moralidade e a probidade administrativa. Na verdade, o órgão julgador, neste caso, soube vislumbrar nesta zona *gris* de interpenetração de esferas o que efetivamente constitui o aspecto *público* a ser preservado.

III. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A MORALIZAÇÃO PÚBLICA: UM RESGATE.

Essas observações feitas, podemos adentrar no campo específico do jurídico, que, sabemos bem, oscila entre a chancela das tendências políticas (imorais ou não) e a reação a algumas delas (geralmente encabeçadas por setores políticos descontentes, que nem sempre representam a maioria política daquele momento), no que revela um cunho inegavelmente progressista – no bom sentido de depurar costumes –, quando não revolucionário.

Na nossa história constitucional, temos como ponto inicial de relevância no tema em estudo a Constituição de 1934 (a de 1891 foi omissa no ponto), que previu, no seu art. 113, a declaração de nulidade ou anulação de *atos lesivos* em face do patrimônio público (da União, dos Estados e do Município), item negligenciado em 1937, mas retomado e expandido em 1946, para açambarcar, nessa previsão de lesividade, as entidades autárquicas e as sociedades de economia mista. Na Constituição de 1967, estendeu-se ainda mais o alcance da norma, levando-a às “outras entidades tidas como públicas”, dentre outras

inovações de peso. Quanto a elas, diz Fábio Medina Osório, ao realçar a importância desse passo na história constitucional pátria, com a ressalva das distorções geradas pelo contexto histórico de então²⁹:

“A Carta de 1967, nesse tópico, previu, além da perda de direitos políticos por força de sentenças penais condenatórias, uma espécie de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República, quando houvesse abuso de direito individual ou político com propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção.

‘A corrupção, portanto, como causa de perda da função pública e de inelegibilidade, ganhou tratamento constitucional direto apenas na Carta de 1967, autorizando o ajuizamento de ação contra o causador dos danos e a suspensão de seus direitos políticos, dispositivo que, no contexto antidemocrático em que inserido, se prestava, por sua amplitude, a distorções.’

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu um novo paradigma em relação à esfera pública, acolhendo em seu texto princípios administrativos fundamentais, dos quais alguns sequer escritos eram – sem embargo de que sempre serviram de eterna inspiração jurídica no controle dos mandos e desmandos em face da esfera pública. O seu art. 37 tornou-se depositário exemplar de tais preceitos; veio a ser, se nos permitirmos a comparação, a Pedra de Roseta da atividade pública, o Deuteronômio da retidão administrativa. Isso, entretanto, não ocorreu gratuitamente; não surgiu de uma reunião amistosa de constituintes ou do simples capricho de uma categoria política que acordou inspirada numa manhã de outubro. Foi um embate ideológico, antes de mais nada, com muitos gatos no mesmo saco chamado Assembléia Constituinte. Aproveitemos a deixa do parágrafo anterior: o país saía de longo período autoritário, em que à corrupção pública se somavam práticas abusivas aos direitos fundamentais dos cidadãos, e reclamava uma nova ordem constitucional³⁰, já que a

²⁹ Fábio Medina Osório, *Improbidade Administrativa*, p. 51; para além do histórico esboçado nesse parágrafo, vide Capítulo 2 dessa excelente obra, de que nos servimos.

³⁰ Por ocasião da instalação da Assembléia Constituinte, assim noticiou a *Folha de São Paulo* em 02 de fevereiro de 1986: “A elaboração de uma nova carta, que venha substituir o texto outorgado por um regime autoritário, revogando o muito que ainda resta da legislação do arbítrio, é etapa fundamental para a efetiva democratização do país.” (Oscar Pilagallo. *O Brasil em Sobressalto. 80 Anos de História Contados pela Folha*, p. 175).

constituição em vigor fora forjada nos quartéis. Não deixou também, nesse contexto, de ser uma reação da esfera privada (sem conotações ideológicas) em face dos abusos da esfera pública durante o regime militar; e onde há abuso, bem o sabemos, convém criar limites, definições, controles. Esses controles são, além do hiperbólico art. 5º, ele próprio uma constituição dentro de outra, os princípios máximos da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade administrativa.

A Constituição Federal de 1988 representou também, e isso talvez nos interesse especialmente aqui, uma ruptura histórica, ou tentativa de ruptura com a formação do país, em suas origens coloniais: na inversão e confusão das esferas políticas, do público e do privado, quis corrigir rotas, precisar limites: até aqui, tem-se o “privado”; a partir daqui, o “público”, e tudo se altera: normas, princípios, presunções. A “Mulher de César” volta à cena, e não basta mais ser honesto, num sentido mais corrente, e seguir a lei estritamente; também a moralidade é investigável; cobram-se posturas públicas. Condutas que antes se favoreciam da complacência da população – porque harmonizadas com a “malandragem” nacional – passaram a ser alvo do cidadão e do Ministério Público (que também teve seu papel engrandecido pela nova ordem constitucional), do Poder Judiciário, e a improbidade administrativa tornou-se um conceito fundamental no âmbito jurídico público. A nova ordem constitucional, base de gestação da Lei nº 8.429/92, quis, em última análise, remodelar no país as relações entre a esfera pública e a esfera privada, distorcidas desde a origem; quis definir *ex novo* os limites do setor público e, em face dele, do indivíduo, do “homem privado”.

IV. O AGENTE PÚBLICO.

IV.1 A Lei.

Aqui chegamos ao *agente público*, conceito regulador dos limites entre o público e o privado, segundo o alcance que se lhe confere. A Lei nº 8.429/92 é, por si só, ampla ao tratar dessa acepção³¹; mas não nos

³¹ Aliás, a expressão *agente público* é bem melhor que “funcionário público”, termo que remete às estruturas internas e oficiais da Administração, e que por isso pode gerar – e gera – confusões e restrições conceituais. A propriedade de *agente público* estaria em seguir a regra da boa definição (*definitio fit per genus proximum et differentiam*

ocuparemos do âmbito do conceito “para dentro” da esfera pública. Contornaremos propositalmente o debate acerca da inclusão no espectro subjetivo passivo de autoridades e agentes políticos, ou se a conduta lesiva, para bem caracterizar a improbidade, deva ser *administrativa* em sentido estrito, em contrariedade às atividades legislativas e judiciárias, porque, aí, não se trata de apreciar limites e interações entre a esfera pública e a privada.

Nosso escopo, ao contrário, é perseguir a definição de *agente público* “para fora”, naquilo que se projeta para além do setor público arquetípico e, de certo modo, alcança uma zona de irradiação do privado – a qual, neste momento, já não é mais privada, e sim pública, pelo processo de expansão desta última esfera³².

Nessa linha de análise, nossas fontes legais são, por excelência, o parágrafo único do art. 1º e os arts. 2º e 3º da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992³³. A partir de tais normas, obtemos, na verdade, duas

specificam): ao gênero próximo “agente”, relativo a todo que “age” (ou se omite, aspecto abrangido na terminologia, evidentemente), acrescenta-se a diferença específica do público. O resultado é a maior plasticidade do conceito, que lhe permite desbordar do Pode Público em específico. Todavia, pela *penuria nominum* que flagela, pela homonímia e polissemia, as ciências humanas, dentre elas o Direito, a lei mesma dá outros sentidos a *agente público*; por exemplo, veja-se o sentido restritivo do § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 30.09.1997: ali, só se revestem dessa nomenclatura “... *quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional*”.

³² Fenômeno que o próprio acórdão analisado, transcrevendo Fábio Medina Osório (Improbidade Administrativa, 2ª ed., págs. 97-99), refere *convergência dos direitos público e privado*.

³³ Dizerem-nos esses textos legais:

“Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

outras categorias de sujeitos passivos das sanções de improbidade administrativa (além da categoria fundamental, evidentemente): uma resultando da *extensão* do conceito de agente público para “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*”; e outra que vai além, para punir mesmo “*aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*”

Ora, na esteira do viemos expondo até aqui, parece-nos difícil não ver, nesses arts. 2º e 3º da Lei nº 8.429/92, justamente a fronteira, para efeito de improbidade administrativa, entre as esferas pública e privada; sendo que, quanto a esta última, ainda nos situamos num limiar em que vigora algum *interesse público*, já que a lei dela se ocupa.

Mas o que chama a atenção, ao analisar a legislação, é a distinção por ela posta, insofismável: até aqui, até o diretor de uma entidade *privada* que receba subvenção pública – diz a norma –, vai o setor público, razão pela qual esta pessoa ganhou, com muita propriedade, o epíteto legal de *agente público*; depois, para outros, para os que não possuem qualquer vinculação com tais entidades, mas que todavia se beneficiaram do ato lesivo, dá-se a casuística já no terreno estrito do privado. Aqui, os braços da lei de improbidade adentram expressamente em campo alheio justamente para fazer valer os limites que estabelece e, dessa forma, punir o *homem privado* que, sem integrar a esfera pública, excedeu seus limites e se beneficiou indevidamente do patrimônio comum.

Ou seja, o que a Lei nº 8.429/92 é um definidor de fronteiras, no plano jurídico da esfera pública; e se a imaginarmos como o território de uma nação, certamente identificaremos nos artigos 2º e 3º do diploma legal em epígrafe os limites desse território num de seus pontos cardeais. Outras normas evidentemente seguem traçando a linha da fronteira, de sul a norte, de leste a oeste: as de Direito Penal, pelo alcance do seu art.

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

327³⁴; ao do Processo Civil, pela ampliação da legitimidade do Ministério Público para determinadas ações ou de sua intervenção como *custos legis*³⁵; as do Direito Civil, ao criar campos de cogência normativa antes insuspeitos³⁶; e tantas outras que contribuem para a consolidação dessa tendência mundial, seja jurídica, seja política, de interpenetração do público e do privado.

IV.2 Um Critério: a Verba Pública. Crítica.

Antes havíamos observado que a pedra de toque para a improbidade, no caso da extensão das fronteiras do público, se rege pelo recebimento de verba pública pela entidade privada. Esse é o fio condutor do acórdão em estudo, que estruturou o silogismo que culminou no provimento do recurso em bases bem objetivas:

“Consoante a previsão do art. 199, da CF, as entidades privadas de assistência à saúde, podem participar, de forma complementar, por meio de celebração de contrato de direito público ou convênio, do Sistema Único de Saúde.

Em função da referida parceria, essas entidades hospitalares passam a receber verbas do Poder Público e, portanto, ficam subordinadas aos princípios regedores da Administração Pública, o que as torna passíveis de

³⁴ Aliás, também aqui é interessante observar a expansão territorial do público, a partir da alteração de seu § 1º, trazida pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000; o acréscimo é o seguinte: “...e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.”, e vem bem ao encontro de nossa exposição.

³⁵ Neste sentido, também lembramos a ampliação o rol do art. 82 do CPC pela Lei nº 9.415, de 23.12.1996; diz assim o inciso III, sede da expansão: “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

³⁶ Por exemplo, o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, diplomas legais da geração pós 88; também não podemos deixar de mencionar, neste mesmo sentido, o Estatuto do Torcedor, que traz para o futebol – reduto do privado por excelência na cultura nacional, onde “vale tudo” (e onde os crimes tais como lesões, ameaças e injúrias, para ficarmos por aqui, se acobertam sob o véu do exercício regular de direito) – diretrizes do Código do Consumidor. Em outras palavras, institucionaliza – e publiciza, conseqüentemente, ao menos num grau preliminar – uma área sagrada do setor privado nacional. A demora no surgimento desse diploma e as batalhas que se travaram no Congresso Nacional na tentativa de impedi-lo dão a dimensão de sua importância.

serem consideradas "sujeitos ativos dos atos de improbidade" em caso de malversação dos valores repassados pelo SUS.

In casu, não há que se cogitar do fato de que as entidades hospitalares têm natureza privada. O simples e notório fato de serem conveniadas ao SUS e, portanto, receberem verbas repassadas ao Município pela União, as submete aos princípios regentes da Administração Pública, primordialmente, o da Supremacia do Interesse Público."

Como vemos, o elemento orientador da posição é a percepção de verbas públicas, a que título for, pela entidade privada; recebendo ela recursos dessa natureza, seus integrantes (e, pela dicção da lei, qualquer empregado) passam a compor a categoria dos *agente públicos* – claro, desde que se observe o liame lógico entre uma coisa e outra; porquanto a entidade não se torna *pública* pelo recebimento de recursos públicos: a malversação de tais fundos é que autoriza o aplicador da lei a enquadrar a pessoa que agiu lesivamente como *agente público*.

Por isso, a leitura do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.429/92 deve atender a essa vinculação, sob pena de esvaziarmos o próprio sentido e rigor da norma. Seria, de fato, curioso que um diretor de um hospital privado responda por improbidade administrativa porque se apossou de um veículo de propriedade exclusiva do nosocômio, se a verba pública recebida pela entidade é direcionada para custeio do Sistema Único de Saúde e não para a aquisição de bens móveis; todavia, se o mesmo diretor utilizar a verba destinada ao SUS para adquirir um automóvel, daí já estamos no terreno do ímprobo, sem dúvida.

Apenas observamos, ainda, que a pedra de toque do público, em se tratando de entidades privadas, é com muita naturalidade a *verba pública*, pois, como vimos acima, a esfera pública realmente começou a definir-se em oposição à privada pela captação de tributos, movimento que está na base do Estado Absolutista. A sadia e necessária *sacralização* do público, donde advém sua proteção pelas leis e instituições, não tem outro fundamento: controlamos tudo que diga respeito ao dinheiro público (ou ao patrimônio em que ele se converteu) pela simples razão de que parte de nossos esforços está ali e ninguém gosta de ver-se roubado, ainda que à distância (a subtração não é no nosso bolso, é no cofre do Estado, mas ainda assim nos atinge).

Contudo, ainda que a publicização de setores privados se ponha compreensivelmente sob uma orientação estritamente patrimonial, não podemos perder a oportunidade de lançar uma crítica, ou quem sabe arriscar uma nova direção para o *improbo*. Imaginemos duas situações. Uma é a do acórdão, em que um hospital obtém a emissão de Autorizações de Internação Hospitalar, recebendo por elas verba pública, com base em procedimentos cobertos por seu próprio plano privado de assistência à saúde. Improbidade, não duvidamos; a decisão que louvamos é justamente neste sentido. Outra, mais comum nos hospitais, é a de negativa de atendimento, é a de omissão dos médicos, diretores, recepcionistas. Não há nenhuma verba pública em jogo; a entidade, conveniada conforme o art. 199 da Lei Maior, apenas recusa o atendimento gratuito, pelo SUS, a um cidadão, a um contribuinte, a uma pessoa, ou então condiciona-o ao pagamento de consulta particular, que é, na maioria dos casos, o mesmo que recusar. Não há AIHs emitidas; nenhuma verba pública foi desviada. Perguntamos então: ¿o médico responsável (ou irresponsável) que se omite responde por improbidade administrativa? ¿O diretor do hospital que, sabendo do caso, não age, responde? Um dos acórdãos citados na decisão *sub studio* diz assim:

"RECURSO DE "HABEAS CORPUS". BENEFICIÁRIO DO SUS. COBRANÇA INDEVIDA DE HONORÁRIOS MÉDICOS. DENÚNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR O FEITO.

1. Crime, em tese, de estelionato e concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.

2. Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento."

(RHC 7760 - RS, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 22-03-1999)

Porém, é evidente que o prejuízo aí referido é aquilatado em termos patrimoniais, em *dinheiro*: se não houve desvio da verba pública, não se trata de improbidade; pode ser até algum crime, mas estamos fora do âmbito das penalidades adstritas à Lei nº 8.429/92. Entretanto, há uma omissão de um profissional de uma entidade privada que recebe verba pública para atender a população – e ele não atende: ¿não estaríamos aqui diante da omissão do inciso X do art. 9º da Lei nº

8.429/92? O prejuízo, em tal caso, parece-nos voltar-se também contra a União, porquanto, por via indireta, deixou de prestar um serviço público relevante, faltando à sua própria razão de ser.

Pomos a reflexão. Acreditamos que o critério do direcionamento da verba pública tem o seu valor e serve para abrir trilhas do público na capoeira grossa do privado; mas ainda falta uma dignidade maior a ser reservada àquele termo, para além de conotações patrimoniais, enobrecendo-se-lhe o significado, que passaria a ter mais com as condições básicas da vida em sociedade do que com o dinheiro dos cofres estatais.

IV.3 O Paradigma Jurisprudencial.

Em todo caso, para o momento, tem-se o passo dado pelo Superior Tribunal de Justiça, de evidente relevância institucional.

A “questão da saúde” é um dos temas fundamentais da atualidade nacional, sob qualquer ângulo que se vislumbre, pela complexidade e, principalmente, pelo que deixa a desejar em termos de atendimento à população em geral. Não tendo condições o Estado de bancar, por sua conta e risco, tamanha estrutura de serviços, chamou os setores privados para auxiliá-lo, como consta expressamente do art. 199 da Constituição Federal. Isso está na linha natural do intervencionismo estatal, já o vimos, que se caracteriza em parte pela transferência de tarefas públicas a pessoas, físicas ou jurídicas, que não integram o seu corpo funcional.

Entretanto, o que percebemos é que essa transferência vem ocorrendo da maneira mais fácil possível: o Estado muitas vezes se desvencilha da tarefa como um fardo desagradável, preferindo ocupar-se de taxas de juros do que de saúde pública (para ficarmos no ponto que nos interessa).

A verdade é que a transferência não *despubliciza* a função, como talvez desejassem os governos, mas, ao contrário, *publiciza* o setor privado a quem foi confiada. Essa a linha de nossa exposição até aqui, em que acompanhamos a definição e conseqüente expansão da esfera pública. Ora, a publicização de um setor não traz apenas uma terminologia nova dessa área ou a possibilidade de ganhar verbas extras;

traz também todo o regime público a ela pertinente, um regime que, bem o sabemos, se orienta pelo controle estrito de atos e posturas.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça vem consagrar esse controle. Existe a lei, é verdade; mas para que ela tenha valor fático, há de existir quem a aplique; há de existir quem provoque as instituições a este controle – no caso, os Ministérios Públicos Estadual e Federal, que não silenciaram diante de uma decisão desfavorável em segundo grau. Eis a importância maior, para nós, do acórdão destacado neste estudo. Ele não inovou conceitualmente em face da lei; não supriu lacunas e omissões do legislador; ele fez cumprir a norma jurídica para o caso, estatuiu responsabilidades. Mais que isso, entre duas sendas, duas linhas possíveis, optou pela defesa da esfera pública em relação ao setor privado, o que, num país criado e conduzido por este último, e de quem ainda se sente patologicamente devedor, representa um saudável exemplo.

V. CONCLUSÃO.

Dessas reflexões, pinçamos alguns pontos que serviriam a uma conclusão, a um desfecho desse artigo, e que elencamos abaixo:

a) os termos público e privado são, cada um isoladamente considerado, análogos; ou seja, comportam um espectro de significações mais ou menos aproximadas; mas a polissemia que daí resulta mais dificulta o estudo do que o aclara;

b) na evolução social, percebemos a evolução também dos conflitos entre as esferas pública e privada, até, com o surgimento do Estado Absolutista e da economia mercantilista, estabelecer-se uma formação e uma delimitação mais marcante da primeira;

c) a tendência de ambas as esferas é a de imbricar-se em virtude do intervencionismo estatal, gerando uma zona de interpenetração. Entendemos que esta zona *gris* não pode conduzir à *indissolubilidade* das esferas, mas sim ao maior controle do setor privado tocado pela publicização;

d) a formação histórico-social brasileira, marcada pelo predomínio do privado, teve duas grandes características, no que se refere ao embate deste setor com o público: já na origem, a interpenetração das esferas e a *inversão* destas. Pelo fenômeno da inversão, tem-se justamente a dependência, a submissão da área pública em relação à área privada. A importação de uma vultosa burocracia no início do século XIX não alterou o quadro: pelo contrário, comprometeu-o mais ainda, gerando a *privatização* da moralidade pública;

e) a Constituição Federal de 1988 veio tentar reverter esse quadro, resgatando uma delimitação das esferas, contexto em que surgiu a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992;

f) a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, pela definição de *agente público*, estabelece (e em especial pelo o parágrafo único de seu art. 1º e por seus arts. 2º e 3º) uma das fronteiras jurídicas do público e do privado;

g) o critério em voga para a extensão da esfera pública a setores privados, ao menos para efeito de enquadramento na Lei da Improbidade, é a percepção de verbas públicas; criticamos, todavia, essa orientação estrita para ver na omissão de serviços relevantes, de cunho público, por entidades delegadas a caracterização do inciso X do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992; e

h) a decisão do Superior Tribunal de Justiça representa um marco jurisprudencial, menos por definir conceitos ou suprir omissões da lei do que, no embate histórico entre as esferas em análise, por ter-se situado ao lado do setor público, num exemplo de moralização e controle das atividades que o integram, ainda que transferidas à iniciativa privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Vida privada e ordem privada no Império. In: NOVAIS, Fernando A. (coord.); ALENCASTRO Luiz Felipe de (org. do volume). *História da vida privada no Brasil: Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v.2.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Globo, 1955.

BARBOSA, Lúvia. *O jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

CÍCERO, Marco Túlio. *Manual do Candidato às Eleições, Carta do Bom Administrador, Pensamentos Políticos Selecionados*. Trad. de Ricardo da Cunha Lima. São Paulo: Editora Nova Alexandria Ltda., 2000.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. *Filosofia Política*, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985.

COULANGES, Fustel de. *La Cité Antique* [A Cidade Antiga]. Paris, Librairie Hachette. Pág. 267.

MATTA, Roberto da. *A casa e a rua*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DUBY Georges. Poder privado, poder público. In: ARIËS, Philie; DUBY, Georges (orgs.). *História da vida privada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 1.

FREITAS, Juares. *As grandes linhas da filosofia do direito*. 3ª. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 45ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2ª. ed. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 1999. t. I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

MORENTE, Manoel Garcia. *Fundamentos de Filosofia: lições preliminares*. Tradução de Guilherme de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

NOVAIS, Fernando A. Condições da privacidade na Colônia. In: MELLO E SOUZA, Laura de (org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. Organização Laura de Mello e Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PILAGALLO, Oscar. *O Brasil em Sobressalto: 80 anos de história contados pela Folha*. São Paulo: Publifolha, 2002.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits de lois dans le temps*. 2ª ed. Paris: Éditions Dalloz e Syrey, 1960.

APÊNDICE – EMENTA E ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL Nº 416.329 - RS (2002-0021459-3)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
e Ministério Público Federal

Recorridos: Rogério Tregnago e Outros

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO "AGENTES PÚBLICOS". HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92: *"a Lei Federal n. 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)"*.

2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

4. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improprio é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2002(Data do Julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Presidente

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 416.329 - RS (2002/0021459-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e o MPF insurgem-se, via recursos especiais, ao abrigo da alínea "a", do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido em sede de Agravo de Instrumento, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fls. 278):

"PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. LEI N. 8.429, DE 1992, ART. 70.

1. A Lei 8.429, de 02.06.92, que trata da tutela jurídica da probidade administrativa, prevê, entre as medidas de natureza jurisdicional, a 'indisponibilidade de bens do indiciado' (art. 7º). Tal forma de garantia tem, em razão da sua especialidade, a função própria de assegurar bases patrimoniais sobre as quais incidirá, se for o caso, a futura execução forçada da sentença condenatória decorrente de atos de improbidade administrativa. A ela está sujeito 'o indiciado', assim entendido o 'agente público' definido nos artigos 1º e 2º da Lei, bem como aquele que 'mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta

ou indireta' (art. 3º). A caracterização do ato de improbidade, em qualquer das situações descritas, supõe a autoria – ainda que possa haver também a participação de terceiros – de agente público atuando contra os interesses da entidade a que está vinculado.

2. Por outro lado, a indisponibilidade de bens não é medida que decorre ipso jure. Está sujeita a ação judicial pelo procedimento cautelar comum dos artigos 798 e seguintes do CPC, que tratam das medidas cautelares inominadas e que têm como pressupostos para o deferimento a presença da relevância do direito e do risco de dano."

Depreende-se dos autos que a parte recorrente ingressou com Ação Cautelar preparatória de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, com fulcro no art. 7º, da Lei n.º 8.429/92 objetivando a indisponibilidade de bens dos recorridos, administradores de hospitais conveniados ao SUS, em razão da prática de fraudes na cobrança dos serviços prestados em prol da seguridade social.

Irresignados os recorridos interpuseram Agravo de Instrumento ao qual foi dado provimento pelo Tribunal de origem, nos termos da ementa supratranscrita.

Apontando omissão no decisório recorrido, bem como com o fim de obter o questionamento explícito de dispositivos infraconstitucionais, o *Parquet* estadual e o federal opuseram embargos de declaração os quais foram rejeitados.

Na presente irresignação especial, alega o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC, ante a rejeição dos embargos de declaração que tinham por objetivo o questionamento explícito e ao art. 2º, da Lei n.º 8.429/92, pois o acórdão afastou a condição de agentes públicos aos agravados, desprezando a função pública delegada por eles exercida, porquanto administram hospitais conveniados ao SUS.

Por sua vez, o *Parquet* federal, aponta, em seu recurso, a contrariedade ao art. 2º, da Lei n.º 8.429/92, defendendo a mesma tese do representante ministerial daquele Estado, além de ressaltar que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada da forma mais ampla possível ante o Princípio da Supremacia do Interesse Público,

aduzindo, ainda, que os recorridos, além de exercerem função pública delegada, recebem recursos públicos oriundos do Sistema Único de Saúde consubstanciados nas quotas de AIH (Autorização de Internação Hospitalar) a eles repassadas.

Contra-razões apresentadas, pugnando pelo improvimento do recurso

Realizado o juízo de admissibilidade positivo de ambos apelos extremos, na instância de origem, subiram os autos à apreciação do E. STJ.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 416.329 - RS (2002/0021459-3)
ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO "AGENTES PÚBLICOS". HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92: "a Lei Federal n. 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)".

2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

4. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improprio é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeteram às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):

Preliminarmente, impõe-se afastar a apontada violação ao art. 535, II, do CPC, haja vista que o art. 2º, da Lei n.º 8.429/92, foi ventilado no acórdão recorrido atendendo o requisito do prequestionamento, motivo pelo qual conheço de ambos recursos pela apontada infração ao seu comando.

É assente na doutrina que a denominação "agentes públicos" refere-se genérica e indistintamente a todos os sujeitos que servem ao Poder Público, que desempenhem funções estatais, considerando-se um "gênero" do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados.

Nesse sentido, assim dispõem os arts 1º, 2º e 3º, da Lei de Improbidade Administrativa:

"Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

Da análise conjunta e teleológica de tais dispositivos legais, verifica-se que o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão "agente público" possui expressivo elastério o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público.

A própria lei, em seu art. 2º, amplia o seu espectro, por isso que de maneira exemplificativa emprega a expressão "*ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função*" fazendo remissão ao art. 1º o qual retrata os sujeitos ativos dos atos de improbidade.

Fábio Medina Osório, *in* "Improbidade Administrativa", Ed. Síntese, 1997, 2ª ed., p. 97-99, ao tratar da conceituação do termo "agentes públicos", afirma que quanto às atividades delegadas, quando engendradas em detrimento de qualquer entidade de Direito Público, podem ser considerados sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa os denominados "agentes delegados":

"Cumpra examinar os sujeitos ativos do ato de improbidade à luz da Lei número 8.429/92.

Imperioso analisar as diversas acepções de agente público que se destinam a ser tutelados pela legislação repressora da improbidade, interpretando o art. 2º da Lei número 8.429/92.

Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. A regra é a atribuição de funções ao órgão, as quais são repartidas entre os cargos, ou

individualmente entre os agentes de função sem cargos. O agente titulariza o cargo – o qual integra o órgão – para servir ao órgão. As funções são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes.

A verdade é que os agentes públicos repartem-se em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados.

O conceito de agente público, para efeitos de controle da probidade administrativa, levará em linha de conta, fundamentalmente, o art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei número 8.429/92, diferenciando-se, em certa medida, das concepções doutrinárias que visualizam os agentes delegados como espécies de agentes públicos.

Os agentes delegados são aqueles que são particulares e recebem incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público, realizando-o em nome próprio. São colaboradores com o Poder Público. 'Nesta categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo'.

Os chamados permissionários, concessionários e autorizatórios realizam serviços públicos pela descentralização administrativa.

Serviços concedidos são aqueles que o particular realiza ou executa, em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público executado por particular em razão da concessão.

HELLY LOPES MEIRELLES é de opinião no sentido de que os agentes delegados, quando lesam direitos no desempenho das funções delegadas, devem responder civil e criminalmente sob o império das normas que regem a Administração Pública de que são delegados, inclusive por crime funcional, pois a transferência da execução não descaracteriza o caráter público da atividade, tanto que a lei de mandado de segurança considera 'autoridade', para fins de impetração, as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público.

Estarão os agente delegados, todavia, sob o império direto da Lei número 8.429/92?

Interessante observar, nesse tópico, que a lei busca, primordialmente, tutelar o dinheiro público, o patrimônio público material, tanto que a definição dos sujeitos passivos alcança aqueles que atuam comumente ao abrigo das normas de direito privado, mas, por circunstâncias especiais, se encontram tocados pelo setor público.

Neste campo, ocorre aquilo que se denomina de convergência entre os direitos público e privado, pois as entidades privadas são atingidas pela legislação, na medida em que estiverem em contato com o dinheiro público, pouco importando que suas atividades ficassem enquadradas nas normas privatísticas.

As concessionárias, autorizatárias e permissionárias de serviços públicos atuam, na verdade, como empresas privadas, ao abrigo de regras do direito privado, salvo se houver nelas injeção de dinheiro público. Assim, uma empresa de telecomunicações exerce atividade concedida pelo Poder Público, no que se refere ao canal televisivo, mas nem por isso estará, automaticamente, enquadrada como sujeito passivo da lei de improbidade em razão exclusiva da natureza da atividade. Em decorrência, os empregados da entidade, os agentes delegados também não se encontram sob o império da definição de sujeitos ativos, embora, por ângulo diverso, até pudessem se subsumir na ampla conceituação de agente público. É que, não obstante não sejam agentes públicos, podem concorrer ao ato de improbidade praticado por agente público, quando lesarem o erário.

Os sujeitos ativos do ato de improbidade serão definidos, fundamentalmente, em razão do reconhecimento dos sujeitos passivos, porque é agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, ou função nas entidades mencionada no art. 1º e parágrafo único da Lei número 8.429/92. Dentre essas entidades, s.m.j., não se consegue vislumbrar todas as empresas concessionárias, autorizatárias ou permissionárias de serviços públicos, pelo só fato de estarem nessa condição, salvo se fosse possível inseri-la na conceituação mais ampla de 'administração indireta' exigida pelo art. 1º, caput, da lei, diante da exigência de tipicidade."

À luz dessa orientação doutrinária, resta-nos estabelecer se os administradores dos hospitais conveniados ao SUS exercem ou não função pública delegada.

Consoante a previsão do art. 199, da CF, as entidades privadas de assistência à saúde, podem participar, de forma complementar, por meio de celebração de contrato de direito público ou convênio, do Sistema Único de Saúde.

Em função da referida parceria, essas entidades hospitalares passam a receber verbas do Poder Público e, portanto, ficam subordinadas aos princípios regedores da Administração Pública, o que as torna passíveis de serem consideradas "sujeitos ativos dos atos de improbidade" em caso de malversação dos valores repassados pelo SUS.

In casu, não há que se cogitar do fato de que as entidades hospitalares têm natureza privada. O simples e notório fato de serem conveniadas ao SUS e, portanto, receberem verbas repassadas ao Município pela União, as submete aos princípios regentes da Administração Pública, primordialmente, o da Supremacia do Interesse Público.

Tanto é assim que tais entidades são fiscalizadas pelo Município, a teor do art. 9º, da Lei n.º 8.080/90, dispositivo que já recebeu o crivo desta Corte, nos seguintes julgados:

"ADMINISTRATIVO. HOSPITAL MANTIDO POR ENTIDADE PRIVADA. FISCALIZAÇÃO DAS VERBAS REPASSADAS PELO "SUS".

O Município tem poderes para fiscalizar o modo como são empregadas as verbas repassadas pelo "SUS"; todavia, não pode, para esse efeito, intervir em entidade privada, assumindo-lhe a direção e a gestão dos bens, salvo se os poderes de fiscalização forem inibidos.

Recurso ordinário improvido."

(ROMS 8845 - RJ, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 09-02-1998)

"ADMINISTRATIVO. SUS. REPASSE DE VERBAS. FISCALIZAÇÃO PELO MUNICIPIO.

Repassando verbas federais, o Município pode fiscalizar o modo como são aplicadas (Lei n. 8.080, de 1990, art. 9º).

Recurso ordinário improvido."

(ROMS 7492 - RJ, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 04-08-1997)

Deveras, o STJ, por meio de sua Quinta Turma, já se pronunciou quanto à possibilidade de os médicos conveniados ao SUS, ante a função pública delegada que exercem, serem processados e julgados por delitos,

como se funcionários públicos fossem, a teor do que estabelece o art. 327, do Código Penal:

"RECURSO DE "HABEAS CORPUS". BENEFICIÁRIO DO SUS. COBRANÇA INDEVIDA DE HONORÁRIOS MÉDICOS. DENÚNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR O FEITO.

1. *Crime, em tese, de estelionato e concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.*

2. *Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento."*

(RHC 7760 - RS, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 22-03-1999)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO. CONCUSSÃO. MÉDICO CADASTRADO NO SUS. JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. FUNÇÃO DELEGADA. LESÃO AO INTERESSE DA UNIÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I. *A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção de punibilidade.*

II. *Eventual alegação de inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado.*

III. *Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de médicos cadastrados ao SUS que, no atendimento a segurados da Autarquia, exercem função pública delegada, ex vi do amplo enquadramento permitido pelo art. 327 do CP.*

IV. *Inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma,*

exercam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais.

V. Inobstante a descrição típica do art. 316 do CP não exigir o recebimento de vantagem indevida para a caracterização do delito de concussão - que é de natureza formal, vislumbra-se a lesão ao interesse da União, no que respeita à fiel prestação de seus serviços, face ao preceito constitucional da gratuidade dos serviços de saúde pública, ressaltando-se, por outro lado, que o nosocômio particular efetivamente recebe verbas federais pelo convênio firmado.

VI. Recurso desprovido."

(RHC 7966 - RS, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 21-06-1999)

Preceitua o art. 327, do Código Penal que "*considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública*" e o seu parágrafo único complementa: "*equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal*".

Por sua vez, o art. 3º, da Lei n.º 8.429-92, dispõe que "*reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*"

Assim, conforme ressaltou Wallace Paiva Martins Júnior, in "Probidade Administrativa", Saraiva, 2001 "*a Lei Federal n. 8.429-92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)*".

Em assim sendo, se os médicos conveniados ao SUS, são equiparáveis a agentes públicos e, portanto, podem ser sujeitos ativos dos crimes próprios contra a Administração, o que já foi objeto de julgamento por esta Corte (RHC 7966-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 21.06.1999 e RHC 7760-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 22.03.1999), e, em razão da maior abrangência do texto da Lei n.º 8.429-92, não há como se afastar a característica de agentes públicos dos

recorridos e o seu enquadramento como possíveis sujeitos ativos de atos de improbidade.

Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improprio é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos especiais interpostos, apenas para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local.

É como voto.