

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

OBSERVAÇÕES ACERCA DOS SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fábio Medina Osório

SUMÁRIO: Introdução – 1. Dos sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa – 1.1. Da administração dos poderes – 1.2. Dos atos jurisdicionais, ministeriais e legislativos típicos – 1.3. Das entidades que recebem subvenções, benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, de órgãos públicos – 2. Dos sujeitos ativos do ato de improbidade – 3. Os agentes que induzem ou concorrem para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiam, sob qualquer forma, direta ou indiretamente – 4. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O constituinte de 1988 previu que os atos de improbidade administrativa importam a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade patrimonial e ressarcimento ao Erário, independentemente da ação penal cabível, na forma e gradação previstas em lei.

O legislador ordinário editou a Lei 8.429/92 que catalogou três grandes categorias de atos de improbidade administrativa, a saber: aqueles que importam enriquecimento ilícito; aqueles que causam lesão ao Erário; aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública. Também ampliou o rol de sanções, agora criando a multa civil, a interdição temporária de direitos, e a perda dos bens havidos ilicitamente que, por evidente, são admitidas no sistema constitucional vigente (art. 5º, inc. XLVI).

Improbidade administrativa é a consequência jurídica da violação do dever constitucional de probidade administrativa, que se relaciona intimamente com o princípio da moralidade administrativa, embora com este não se confunda.

A improbidade é conceito jurídico indeterminado vazado em cláusulas gerais, que exige, portanto, esforço de sistematização e concreção por parte do intérprete. Reveste-se de ilicitude acentuadamente grave e exige – o ato ímprobo – requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva, acentuadamente o dolo (nos casos de enriquecimento ilícito e prática atentatória aos princípios) e a culpa grave (nos casos de lesão ao Erário).

Alguns críticos ferozes da Lei 8.429/92 já lhe apontam defeitos antes de atentarem às suas qualidades. Penso que o caminho da busca das qualidades também se mostra saudável e necessário, dado que a sociedade brasileira vive atormentada por escândalos de desonestidade e incompetência administrativas no trato da coisa pública, faltando, aliás, espírito público em grande parte dos agentes políticos nacionais, notadamente nas esferas executiva e legislativa, com o perdão da franqueza.

Pretendo, neste espaço, trazer algumas breves observações a respeito dos sujeitos ativos e passivos do ato de improbidade administrativa, discutindo alguns relevantes pontos complexos da Lei 8.429/92, buscando colaborar ainda que modestamente, com o debate na comunidade jurídica.

1. DOS SUJEITOS PASSIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Imprescindível ao presente trabalho identificar, de início, alguns pontos controvertidos em torno dos sujeitos passivos da lei de improbidade administrativa.

Reza o art. 1º da Lei 8.429/92 que “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 Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade 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”.

No parágrafo único, diz o legislador que “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 aos cofres públicos”.

Como se vê, a definição legislativa de sujeitos passivos é extremamente ampla, daí derivando a necessidade de uma abordagem teórica que permita a correta e responsável operacionalização do dispositivo legal.

1.1. Da administração dos poderes

Qualquer dos Poderes da República possui estrutura administrativa e, portanto, podem seus membros agir como administradores públicos, praticando atos administrativos.

Não há dúvidas de que um Juiz, na condição de Diretor do Foro, autorizando despesas, realizando contratações, administrando, enfim, o material do Poder Judiciário, age como administrador e não como julgador.

Da mesma forma age o Promotor de Justiça no administrar a respectiva Promotoria. Em suma, o agente ministerial, enquanto ocupante da posição de administrador, pode, em tese, agir desonestamente ou desidiosamente no trato da coisa pública, disso derivando eventual perspectiva de responsabilização à luz do direito administrativo sancionatório.

No âmbito do Poder Legislativo se passa idêntico fenômeno, qual seja, os parlamentares eventualmente praticam atos administrativos em sentido estrito e, nessa medida, se encontram sob o direto império da legislação repressora da improbidade administrativa.

Também se enquadram na categoria dos atos administrativos as chamadas leis de efeitos concretos, vale dizer, aqueles dispositivos legais que, não obstante se traduzam, formalmente, como leis, do ponto de vista material e substancial atuam como atos administrativos, v.g., leis que fixam diárias e vencimentos de agentes políticos, leis que regulam a atuação concreta do Poder Executivo na concessão de benefícios fiscais e/ou creditícios, que estipulam regras, enfim, para um caso concreto e particularizado.

1.2. Dos atos jurisdicionais, ministeriais e legislativos típicos

Problema sério e de difícil enfrentamento diz respeito aos atos legislativos, ministeriais e jurisdicionais típicos.¹

Estariam tais atos sujeitos ao império dos princípios que regem a Administração Pública, tais como, moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, lealdade às instituições, supremacia do interesse público?

Ora, se o ato jurisdicional, ministerial ou legislativo é praticado com dolo, para fins ilícitos, não parece haver maiores problemas na identificação de um *uso indevido da função pública*. Nesse caso, o que é reprimido não é um ato jurisdicional, ministerial ou legislativo *stricto sensu*, mas uma conduta ilícita, até criminosa, que lhe precede e que lhe vicia.

O ato de cobrar propina para proferir sentença, de fato, não é jurisdicional e nem estatal, mas se revela um ato ilícito que atenta contra os

1 Reporto-me, também, ao debate que já relatei no livro de minha autoria, *Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. Ed. Síntese, 1997, pp. 66/71, acrescentando os argumentos deduzidos neste trabalho.

princípios da Administração Pública, obrando o agente político no sentido de valer-se, indevidamente, de suas funções para obter vantagens ilícitas.

Cabe lembrar, nesse passo, que os desvios comportamentais dos agentes políticos independem dos prejuízos materiais aos cofres públicos, podendo ocorrer atos ou comportamentos extremamente reprováveis sem que, automaticamente, haja lesão material ao Erário.

Lembre-se que o comportamento ilícito de magistrados, parlamentares ou membros do Ministério Público, no uso indevido das funções, sempre atinge a administração da Justiça e a Administração Pública *lato sensu*, que resultam manchadas e agredidas pela má fé daqueles que são responsáveis pela feitura das leis, sua fiscalização, promoção e aplicação.

Um exemplo, na esfera judicial, de desvio de poder atentatório à *moralidade administrativa*, segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, diz respeito à conduta de Juiz do Tribunal que, “*não tendo seu voto acompanhado pelo terceiro julgador, ao perceber a inutilidade dele para fins de decidir o pleito no sentido de seu pronunciamento, resolve reconsiderá-lo e adere aos dois outros com o objetivo específico de obstar a interposição de embargo, objetivando maior fluidez na prestação jurisdicional*”.²

Aqui, o raciocínio doutrinário calcado no exemplo de modificação indevida de voto pelo Magistrado talvez merecesse pequeno reparo no que tange ao motivo do procedimento judicial em exame. É que o valor “celeridade” diz com a “efetividade” da Justiça. Por isso, parece-me que se já existe jurisprudência pacífica do Tribunal em determinado sentido, não traduz ilicitude a conduta do Magistrado que, repensando seu voto vencido, acompanha o restante da Câmara para obstar interposição de embargos, com o objetivo de imprimir celeridade ao feito, notadamente diante da inutilidade do voto vencido no contexto do Tribunal, cuja posição já seria do conhecimento público.

Situação um pouco mais complexa diz respeito aos atos culposos que lesam o Erário.

Pode um Magistrado, com culpa grave, praticar um ato tipicamente jurisdicional e causar séria lesão ao Erário? Evidentemente que isso pode ocorrer. O que se deve questionar é se, não obstante a configuração de culpa grave, o Magistrado ficaria imune a uma responsabilização por ato de improbidade administrativa!

Veja-se hipótese em que o princípio da *moralidade pública* impede a homologação de cálculos, em execução contra ente público, dissociados da coisa julgada. “*O Juiz da execução não está subordinado aos cálculos das partes, competindo-lhe verificar se as contas oferecidas guardam conformidade com os*

2 Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 2ª ed., RT, 1996, p. 92, quando cita e adere ao entendimento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

limites objetivos da coisa julgada. Por essa razão, desde que o valor executado ultrapasse o 'limite da razoabilidade', autorizando que se presuma a ocorrência de graves equívocos na sua elaboração, não há falar em preclusão, devendo prevalecer o 'princípio constitucional da moralidade administrativa', que visa a proteção, dentre outras coisas, da **res pública**, ainda que esta esteja ameaçada pela incúria de Procuradores do Estado".³

Assim, o Juiz que homologa cálculos absurdos, contra ente público, causando injustificável prejuízo ao erário, ainda que as partes não tenham recorrido, pode ser enquadrado no conceito de *agente ímprobo*, desde que configurada resulte a *culpa grave*.⁴

Também os Procuradores do Estado que tivessem atuado com culpa grave, ao deixarem de impugnar o laudo abusivo, poderiam, em tese, ser responsabilizados.

Interessante problema diz com a perspectiva de responsabilização do órgão ministerial parecerista que tivesse se omitido de impugnar o laudo abusivo, ou de opinar contrariamente ao ato homologatório, contribuindo, assim, para a concretização do prejuízo ao Erário.

Imperioso, nesse passo, compreender a perspectiva de responsabilização do agente político à luz da causalidade adequada de sua conduta.

Se o agente ministerial ocupa posição de parecerista, e se as causas em que figuram entes públicos ensejam intervenção facultativa do Ministério Público, como tem sido o entendimento no âmbito, por exemplo, das execuções fiscais, não me parece correto buscar reconhecimento de improbidade administrativa tão somente com base na denominada culpa grave do membro do Ministério Público.

Verifica-se que a omissão ministerial é secundária em relação ao ato omissivo dos Procuradores da entidade pública, tanto que resulta vedado ao Ministério Público a consultoria aos interesses de entes públicos.

O agente ministerial realmente pode e até deve fiscalizar a atuação dos representantes de entidades públicas, visto como tal procedimento se insere na ampla atribuição de defesa do patrimônio público.

3 Agravo Regimental nº 0239613, julgado em 19 de abril de 1996, Tribunal Superior do Trabalho.

4 Consulte-se MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 73, quando fala que os agentes políticos ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, "*a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abuso de poder*". Embora o autor não enfrente, aqui, o tema da improbidade, penso que a responsabilização que incide nas hipóteses de culpa grave passa pelo Direito Administrativo e, nesse sentido, proporciona o controle da improbidade administrativa.

Mas a defesa direta e imediata dos interesses das entidades públicas, ou seja, a chamada defesa do interesse público secundário cabe aos Procuradores dessas entidades, cuja omissão, assim, acarreta, em tese, possibilidade de responsabilização.

Já o membro do Ministério Público, quando atua como parecerista, pode ser responsabilizado por suas omissões, desde que atue com dolo.

Diversa, no entanto, por evidente, é a hipótese em que o agente ministerial se omite, com culpa grave, na propositura de ação penal ou ação civil pública, acarretando prejuízo ao Erário, oportunidade em que poderá ser responsabilizado pela prática de improbidade administrativa.

O critério de responsabilização parece se situar no âmbito da competência decisória.

O Prefeito, quando adota uma decisão gravemente equivocada, causando lesão ao Erário, pode ser responsabilizado, ainda que seu ato esteja fundamentado em errôneo parecer jurídico de sua assessoria. Nesse caso, *a priori*, a assessoria emite apenas um parecer e não vincula o ato decisório, razão pela qual o parecerista não seria, em tese, responsabilizado, salvo na hipótese de atuar com dolo.

A culpa grave pode fundamentar a responsabilização de parlamentares, Magistrados e membros do Ministério Público que, no desempenho de suas atribuições, causem, injustificavelmente, por manifesto e desproporcional despreparo funcional, lesão ao Erário, violando os princípios básicos que regem a Administração Pública, v.g., moralidade e legalidade.

Não será o caráter legislativo, jurisdicional ou ministerial do ato que o retirará das malhas da Lei 8.429/92.

Com efeito, a lei de improbidade não se dirige apenas aos agentes do Poder Executivo. Também os demais poderes e funções estatais estão obrigados a zelar pelo respeito à coisa pública. Todos devem exercer suas atribuições no âmbito do sistema jurídico, e não fora dele. Atos ilegais e inconstitucionais, ilícitos, praticados com culpa grave, ensejam responsabilização do agente político, desde que a atribuição decisória tenha sido realmente exercida com manifesto abuso de poder, injustificadas negligência e irresponsabilidade funcional.

A estrutura da lei não impede enquadramento de atos jurisdicionais, ministeriais e legislativos típicos.

Veja-se que a própria Carta de 1988, quando fala da responsabilidade civil do Estado, não exclui essa responsabilidade em se tratando de lesões oriundas de atos jurisdicionais ou legislativos. O Estado é visto por um prisma mais amplo e abrangente quando se relaciona com os administrados *lato sensu*. Daí porque também é de ser visualizado o Estado por um prisma abrangente quando se situa ele próprio no pólo passivo de atos lesivos.

Se o erro judiciário ou parlamentar enseja responsabilidade civil do Estado,⁵ por qual razão não ensejaria, uma vez constatada culpa grave do agente político, responsabilidade deste perante o Estado?

Parece-me que o posicionamento mais correto e coerente com o sistema jurídico aponta no sentido da possibilidade de se apanharem os atos jurisdicionais, ministeriais e legislativos típicos, quando fruto de erro grosseiro, culpa grave, e desde que gerem prejuízo ao Erário.

1.3. Das entidades que recebem subvenções, benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, de órgãos públicos

É crescente a parceria entre os órgãos públicos e a iniciativa privada. Paradoxalmente, é no mundo do livre mercado que proliferam financiamentos públicos a empresários poderosos, os quais negociam a instalação de suas empresas em determinadas regiões, estados, municípios ou países, a partir de imensas vantagens fiscais ou creditícias.

A complexidade dessas operações envolve riscos e perspectivas de retornos indiretos às regiões contempladas com instalação de empresas. Incluem-se, aqui, todos os desdobramentos do desenvolvimento social e tecnológico que, não raro, são previstos pelos administradores públicos para justificar as chamadas guerras fiscais.

Simultaneamente, parece não haver limites, fora das autorizações legislativas, para a concessão de semelhantes privilégios públicos – isenções fiscais, benefícios creditícios e de qualquer natureza – a particulares, pois os municípios, os estados e a própria União necessitam da iniciativa privada para impulsionar sua economia, gerar empregos, e aumentar o padrão de vida das pessoas.

O mundo globalizado parece estar efetivamente dominado pelo capital privado. O Estado torna-se, cada vez mais, mero fantoche nas mãos dos poderosos.

O interesse público da sociedade não pode, todavia, ficar a mercê dos humores dos governantes e tampouco poderia ficar submetido aos caprichos dos empresários ambiciosos e perseguidores implacáveis dos lucros. •

Neste terreno, importa analisar aparente choque entre princípios fundamentais da ordem constitucional vigente: de um lado, observa-se o princípio da autonomia privada; de outro, notam-se os princípios que regem a Administração Pública no manejo do dinheiro público.

5 Consulte-se, por todos, FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, 1995, p. 185/186.

Com efeito, dir-se-ia que todo contrato, negócio jurídico e qualquer ato jurídico privado haveria de se ajustar às leis, sob pena de invalidade, inexistência ou ineficácia, dependendo da situação e das peculiaridades.

Mas o certo é que, cada vez mais, existe uma discussão a respeito da competência privativa, ou não, do Estado na produção do Direito, inclinándose, hoje, a doutrina mais abalizada no sentido de reconhecer fontes para-estatais de produção jurídica.

Salienta, de fato, Francisco Amaral Neto que a autonomia privada constitui-se, “no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica”.⁶

“Diretamente conectada à concepção da autonomia da vontade como poder jurídico, está a teoria normativa do negócio jurídico, pela qual este, como instrumento de realização da autonomia privada, é declaração de vontade criadora de normas jurídicas”.⁷

Realmente, a fundamental discussão sobre as fontes do direito obrigacional, hoje, revela que o pensamento dominante no século XIX e em boa parte deste século considerava o mundo jurídico como totalidade, reforçando-se a necessidade do raciocínio subsuntivo e axiomático, tornando-se, no entanto, superada semelhante linha de entendimento.

Daí decorreria, ensina Clóvis do Couto e Silva, “o postulado de que não haverá direito sem fundamento em lei ou que dela pudesse ser deduzido. Essa teoria rígida das fontes encontrou sua justificação com o Positivismo, ou com o conceito positivista de ciência. Não se pense que essa orientação do pensamento jurídico se tenha feito pregoeira apenas do método exegético gramatical e se haja filiado à jurisprudência de conceitos. A integração das lacunas legislativas realizava-se através do sentido e finalidade das demais leis integrantes do código, levando-se também em consideração a base típica de interesses que as ditou. E a própria “analogia *legis vel iuris*” não lhes era estranha. A parte este instrumental técnico utilizável pelo exegeta, todos os princípios que não pudessem ser deduzidos por aqueles processos, não deveriam considerar jurídicos. Daí porque os juristas da escola positivista não têm apreço pelas possibilidades criadoras decorrentes da admissão de “cláusulas

6 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional*. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Estudos em homenagem ao Professor António de Arruda Ferrer Correia, p. 13.

7 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional*. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Estudos em homenagem ao Professor António de Arruda Ferrer Correia, p. 13.

gerais". De tal atitude resulta que as soluções jurídicas ganham, inegavelmente, em certeza, com prejuízo, no entanto, do aspecto propriamente ético. Com a superação, em nossos dias, do conceito de sistema como algo fechado, surgem as contribuições de sociologia e as experiências da jurisprudência. A questão fundamental endereça-se agora ao sentido e ao valor do sistema e torna-se claro que a lógica-formal, fundada no princípio de não contradição, possui valor bem menor do que supunha a ciência do Direito do século precedente".⁸

"A ciência jurídica não comporta o raciocínio matemático e somente se pode falar em ciência tomando o vocábulo *lato sensu*".⁹

O direito privado constitucionalizou-se, dada sua inserção na Carta de 1988, eis que submetido a princípios e diversas regras constitucionais. O direito público, por seu turno, aproximou-se do direito privado, dados os fenômenos de descentralização administrativa, as terceirizações, concessões, autorizações, bem como as crescentes parcerias entre setor público e iniciativa privada.¹⁰

Daí que a própria autonomia da vontade relativizou-se e perdeu terreno no direito obrigacional, consoante se percebe pela palavra segura de Clóvis do Couto e Silva, quando analisa o chamado princípio da boa fé objetiva, que limita e corta a autonomia de vontade das partes, *in verbis*:

"Constituindo a boa fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade".¹¹

"A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada".¹²

"Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles

8 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976, José Bushatsky Editor, pp. 78-79.

9 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, 1976, José Bushatsky Editor, p. 79.

10 Consulte-se, para uma visão da Administração Pública inserida no mundo globalizado, plural, competitivo, participativo e na era do conhecimento, o trabalho de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Estado, Sociedade e Administração Pública – Prospectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro*. Topbooks, 1995, 169 páginas.

11 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976, José Bushatsky Editor, p. 36.

12 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976, José Bushatsky Editor, p. 36.

dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal”.¹³

“A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que pormanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica dos interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres da boa fé. A hipótese mais comum é a de gestão de negócios. Nas obrigações de meios, isto é, naquelas obrigações que se relacionam com atividade profissionais e artísticas, e nas quais o resultado pretendido (a cura do paciente, por exemplo) pode, ou não, ser alcançado, sem que decorra qualquer consequência, o que radica na autonomia da vontade e o que nasce da boa fé fundem-se num só elemento, formando, desde logo, o conteúdo do contrato”.¹⁴

Cumpra dizer que a autonomia de vontade é, como se sabe, “o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.¹⁵

Já no tocante à autonomia privada, possível dizer que se trata do poder “que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento”.¹⁶

Os contratos travados entre entes públicos e iniciativa privada, portanto, podem, em tese, gerar efeitos não previstos e nem pretendidos expressamente pelas partes, dada a incidência inarredável da Lei 8.429/92, que regula o manejo do dinheiro público, juntamente com o pouso do art. 37, § 4º, da Carta de 1988.

13 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976, José Bushatsky Editor, p. 36.

14 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976, José Bushatsky Editor, pp. 36-37.

15 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional*. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Estudos em homenagem ao Professor António de Arruda Ferrer Correia, p. 12.

16 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional*. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Estudos em homenagem ao Professor António de Arruda Ferrer Correia, p. 13.

Há, no campo das parcerias e contratos travados entre setores públicos e iniciativa privada, alguns ângulos possíveis de análise.

Primeiro, quando da realização do contrato, é possível, desde logo, analisar a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade administrativas, juntamente com os tipos da Lei 8.429/92, vedando-se, eventualmente, algumas espécies de negócios que se mostrem lesivos ao erário e à sociedade.

Agentes políticos não poderiam alegar suposto interesse público, por exemplo, na concessão desmedida, desigual e injusta de benefícios fiscais a determinados setores da iniciativa privada, sem garantias suficientes de que essas empresas efetivamente cumpriram a missão de trazer retornos proporcionais à comunidade,¹⁷ mormente quando outros setores de fundamental relevância comunitária não recebem o mesmo tratamento. Não se deve

17 Sobre os nefastos efeitos das guerras fiscais entre os Estados, consulte-se reportagem intitulada "Estados perdem R\$ 9 bi com guerra fiscal", no jornal Folha de São Paulo, edição de 14 de setembro de 1997, caderno 01, páginas 12 e 13, com a afirmação de que "a guerra fiscal entre os Estados criou no País uma classe de empresários que praticamente não pagam impostos". As isenções, segundo a reportagem, em muitos casos, ajudam a deteriorar as finanças, como ocorreu no Estado do Espírito Santo, pioneiro na concessão de benefícios. Segundo o governo federal, bastaria que esse Estado acabasse com os incentivos para melhorar sua situação financeira. Em que pese a alegação governamental estadual de que seria necessário impedir a fuga dos investimentos para outros Estados, isso já estaria ocorrendo, ou seja, a fuga de capital é uma realidade. Paralelamente, a política de incentivos tem criado menos empregos do que se esperava, notadamente porque as montadoras, que geralmente se beneficiam dessas medidas, já não empregam mais tanta gente como no passado. Na versão de um empresário, Ben Van Schaik, Presidente da Mercedes-Benz do Brasil, em contrapartida, seria de se constatar que se os Estados não estivessem competindo entre si, muitas montadoras de automóveis não teriam vindo ao Brasil, p. 12. A verdade é que, conforme registra a matéria, no Rio de Janeiro, a fábrica da Volks frustrou expectativas, sendo que seus investimentos em Resende foram 10% do esperado, p. 13. Veja-se, ainda, artigo de Luís NASSIF, intitulado "Saque contra o futuro", na p. 13, no qual diferencia as guerras fiscais das isenções tributárias. Naquelas, "saca-se contra o futuro, prometendo-se isenções sobre as receitas futuras, ou até aportando-se dinheiro ao empreendimento". Há aspectos que devem ser levados em linha de conta, segundo a opinião do articulista, que destaca, pelo menos, três. Em primeiro lugar, o efeito multiplicador dessas empresas na região onde instaladas gera pressão adicional sobre os serviços públicos, tanto no que diz respeito à estrutura industrial, como no que tange ao aumento da população. Se a receita tributária não acompanha, de duas uma: ou os serviços públicos entram em colapso, ou a sociedade é chamada a pagar mais. Além disso, ao se disseminar, a guerra fiscal gera resultado líquido de: menor arrecadação para estados e municípios. É que, no dizer do articulista, quando as isenções e os benefícios desmedidos se igualam, ou seja, os Estados empatam, alcançando-se o patamar "zero", renova-se todo o processo competitivo. O canúinho sem fim é o recolhimento cada vez menor de impostos. Além disso, a empresa permanece sempre aberta para a fuga de capital, ou seja, tais manobras não impedem, na prática, a fuga do capital.

admitir o arbítrio e a completa falta de critérios lógicos e racionais na realização das despesas públicas.

No campo dos benefícios fiscais, é de se convir que as *medidas legais*, com efeitos concretos, poderiam, eventualmente, observar o princípio da igualdade, o que poderia inviabilizar, por seu turno, um Município ou um Estado. Daí que a idéia de interesse público primário pode, nestes casos, ser investigada pelos canais competentes, pois os administradores não ostentam poderes arbitrários ou ditatoriais, especialmente no manejo do dinheiro público.

Assim, se uma empresa se beneficia de incentivos fiscais concretos concedidos pela União, município e estado, não terão outras empresas, do mesmo ramo, semelhantes direitos? Aqui, observa-se que é o princípio da igualdade que tem proporcionado extensão dos benefícios a vários setores privados, aumentando de forma espantosa o campo das isenções fiscais.

E os contribuintes, diante das isenções fiscais absurdas ou carentes de fundamentação racional e/ou garantias de retorno, nada podem alegar? E se os benefícios são desarrazoados e desproporcionais aos interesses da comunidade com a instalação da empresa, não haverá nenhum método de controle para tais atos dos governantes?

Eis o princípio da moralidade dos atos administrativos a limitar a ação dos administradores públicos, o que se deve analisar caso a caso. Há, de qualquer modo, método de controle constitucionalmente posto e vinculante em relação aos operadores jurídicos.

Não bastasse a moralidade administrativa, a Lei 8.429/92 possui, em seu bojo, vários dispositivos que permitem eficaz controle da destinação do dinheiro público injetado na iniciativa privada.

Veja-se que estão sujeitos ao império da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público (art. 1º, parágrafo único), em qualquer montante.

Um primeiro aspecto que chama a atenção, vale repetir, diz respeito à ausência de limitação dos valores das subvenções, benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, para justificar a incidência da lei de improbidade.

Aparentemente, qualquer valor, desde que injetado como dinheiro público na iniciativa privada, estaria, desde logo, enquadrando a entidade como possível sujeito passivo do ato de improbidade.

A reforçar essa falta de previsão de valores mínimos na qualificação do dinheiro público injetado no setor privado, verifica-se que também figura como sujeito passivo do ato de improbidade a entidade "*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, nesses casos, a sanção*

patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos" (art. 1º, parágrafo único, segunda parte).

Entende-se que, realizado o negócio entre setor público e iniciativa privada, aquele que recebe dinheiro público deve prestar contas à coletividade e notadamente ao órgão público responsável pela subvenção, pelos benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios.

Com efeito, o dever de prestar contas, nesse campo, decorre da indisponibilidade do patrimônio público.

O que se observa, destarte, é que o sujeito passivo, ou seja, a entidade lesada pelo ato de improbidade, o é especialmente face à injeção do patrimônio público. É o *patrimônio público*, portanto, que resulta lesado, e, mais ainda, que qualifica a entidade como possível sujeito passivo da improbidade. Tudo isso está a revelar que a verdadeira entidade lesada, nesse terreno, não seria a empresa privada, como uma leitura literal da lei poderia, em um primeiro momento, dar a entender. É o patrimônio público que foi colocado na empresa privada que está sendo protegido pela lei. Daí afirmar o legislador a possibilidade de proteção desse patrimônio, mesmo quando já injetado na iniciativa privada, situando, em decorrência, os agentes privados como possíveis sujeitos ativos do ato ímprobo, na medida em que estiverem conectados ao desperdício do dinheiro público injetado no setor privado.

Ocorre que, não raro, após o ingresso do dinheiro público na empresa privada, direta ou indiretamente, dada sua fungibilidade, já não se mostra possível, *a priori*, acompanhar sua perfeita destinação, salvo se houver exigência de prestação de contas ou se houver clara separação de uma conta com dinheiro público.

A entidade privada que recebe benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, subvenções, deve, preliminarmente, justificar tais regalias, apresentando projetos e compromissos concretos cujo cumprimento há de ser considerado requisito essencial para a validade da operação. Em outros termos, o órgão público concedente de benefício *lato sensu* deve colher da empresa beneficiária seus compromissos e projetos justificatórios da operação, de modo que se possa controlar o dinheiro público e sua destinação. O ato público que concede os benefícios, as isenções, deve estar amplamente fundamentado e respaldado em documentos e estudos que justifiquem a finalidade pública do ato.

De outro lado, a prestação de contas da empresa privada envolverá, exatamente, o atendimento dos compromissos acertados, pois do contrário não se teria nenhum controle sobre o dinheiro público. Haverá, em alguma medida, certa indisponibilidade a tocar a iniciativa privada no que diz respeito aos requisitos que se fizeram necessários para a operação. Em palavras diversas, a entidade privada deverá atender seus projetos e compromissos, sob pena de devolução, com juros e correção, além de outras sanções cabíveis, do dinheiro

público que havia ingressado em sua receita. Se o dinheiro sumir, e nenhuma prestação de contas for feita, haverá lesão ao Erário, e será imprescindível investigar o fato.¹⁸

Nesse contexto, o patrimônio público que se transfere à iniciativa privada, por benefícios *lato sensu*, deve ser objeto de garantias reais pela entidade beneficiária, sob pena de o Poder Público lançar-se, sem freios, a aventuras contratuais.

Com efeito, não podem os órgãos públicos ou mesmo as empresas de economia mista realizar operações financeiras sem observância das normas legais ou regulamentares, sendo tampouco viável aceitar “garantia insuficiente ou inidônea” (art. 10, VI) na concessão de empréstimos públicos.

Nesse mesmo contexto, no que tange aos negócios públicos, vale dizer, aquisições de bens pelo Poder Público, ou mesmo permuta, locações ou serviços, inviável a utilização de preço superior ao de mercado (art. 10, V), o que também se aplica, por evidente, às desapropriações, cujos preços devem ser razoáveis e justos.

O que se vê, não raro, são negócios com dinheiro público sem quaisquer parâmetros objetivos, ao arrepio das exigências legais e constitucionais, em nome do capital privado, cuja potência impõe seus próprios e privados limites, em uma clara e indevida prevalência da autonomia privada em detrimento do interesse público primário.

Notem-se, em semelhante contexto, as distorções que se apresentam no campo das isenções fiscais, eis que inclusive universidades e fábricas de refrigerantes, indiscriminadamente, gozam de tais benefícios. Apenas no ano de 1997, o Governo Federal deixará de arrecadar R\$ 15,3 bilhões em impostos. Tais favorecimentos têm permitido o enriquecimento vertiginoso de empresários.¹⁹

18 Consulte-se, em sentido análogo, a respeitada opinião de FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. Malheiros Editores, 1997, pp. 109/110. Sustenta o autor que o art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92 deve ser interpretado em consonância com o art. 70, parágrafo único, da Carta de 1988, “que determina a prestação de contas de qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie, ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigações pecuniárias”. Neste dispositivo, diz o autor, estará abrangida a pessoa física que tenha entretecido qualquer vínculo jurídico, por mais tênue, com a Administração. “Se tal não suceder, ao menos enquadrar-se-á na hipótese inscrita no art. 3º, relativas a outros que não os agentes públicos, indutores ou concorrentes para os indigitados atos ou deles beneficiários”, p. 110.

19 Ver *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 05 de outubro de 1997, pp. 01, 10 e 11, caderno 01. No próprio editorial, que se intitula “O ralo das isenções fiscais”, resta consignado que “na prática, as isenções fiscais no Brasil há décadas alimentam empreendimentos frequentemente viciados ou injustificáveis”, multiplicando-se os ralos que sorvem os recursos de toda a sociedade. Diz o economista Celso FURTADO: “Conceder isenções e benefícios

• Não se pode deixar de referir, portanto, a opinião de Everardo Maciel, externada na condição de Secretário da Receita Federal, quando disse que “conceder isenções fiscais é privatizar o dinheiro público”. “Os incentivos fiscais concedidos a empresas geram uma relação de dependência brutal para o empreendimento. É uma dependência de tal ordem que, cessado o incentivo, muitas vezes cessa o empreendimento. Desfaz-se o investimento. A isenção é a privatização do dinheiro público”.²⁰

E se o contrato – travado com o Poder Público –, pelo qual uma empresa privada se instala em dada região, não prevê garantias reais de atendimento dos compromissos trazidos a público como justificativas do negócio?

Penso que sempre há pelo menos dois caminhos possíveis a seguir:

a) o contrato fruto da improbidade é inválido, e deverão ser inseridas tais garantias – afastando ou não eventual improbidade – mesmo através de compromissos em inquérito civil público, ou pela via judicial, com perspectiva de responsabilização dos agentes públicos contratantes e agentes privados, desde que presente a culpa grave;

b) de qualquer modo, não sendo inseridas garantias e nem ajuizada qualquer demanda, haverá perspectiva de extrair do contrato a responsabilidade dos empresários e agentes públicos, mesmo na ausência de acordo em torno de garantias e prestação de contas, pois tais deveres decorreriam de legislação cogentemente aplicável à matéria e, por isso, produtora de efeitos independentes da vontade das partes. Nesse último caso, poderá não haver a improbidade, mas subsistirá a possibilidade de controle judicial do contrato e dos compromissos da empresa, na medida em que tais deveres são decorrência da legislação incidente à espécie.

Note-se que a empresa privada, quando recebe a injeção de dinheiro público, no manejo deste fica, em boa medida, afeta aos princípios que regem o trato da coisa pública, notadamente legalidade, moralidade, supremacia do interesse público. Essa incidência de princípios administrativos ocorre exatamente no momento em que a empresa recebe os benefícios de qualquer natureza ou isenções fiscais, tornando indisponíveis as finalidades que ensejaram as operações. Daí deriva dever de prestar contas e garantir cumprimento dos compromissos, bem como fornecer segurança de que o Erário não sofrerá prejuízos injustificáveis.²¹

fiscais é um instrumento de planejamento industrial de muitos países. Mas isso foi desvirtuado. Quando todos estão isentos, ninguém se beneficia e a sociedade paga. É um crime contra o cidadão”, p. 10.

20 Jornal Folha de São Paulo, ed. de 07/10/97, caderno 01, p. 13. Diz o Secretário que deveria haver a substituição dos incentivos por políticas explícitas de combate às desigualdades, utilizando-se o Orçamento Geral da União. As isenções, segundo a opinião do Secretário, geram necessidade de alguém pagar a conta. “Não há banquete de graça”.

21 Essa a conclusão que chego quando analiso a sistemática da Lei 8.429/92, especialmente em seus arts. 1º, caput e parágrafo único; 2º; 3º, 10, IV, V, VI, VII, XII, XIII. As entidades

A empresa beneficiária do dinheiro público até pode manejar, posteriormente, esse dinheiro público à luz dos princípios de direito privado, v.g., celebrando contratos, assumindo riscos no mundo negocial, com perspectiva de lucros ou prejuízos. Mas a prestação de contas deve ocorrer, e, mais ainda, o fornecimento de garantias de que o dinheiro público não será simplesmente perdido, desperdiçado, e tampouco servirá para o enriquecimento injustificado de empresários à custa dos contribuintes. Esse é um ônus do empresário que aceita e deseja obter dinheiro público, direta ou indiretamente, para a realização de suas tarefas negociais.

Evidentemente que as chamadas guerras fiscais, longe de espelharem instrumento de competitividade entre os estados, municípios ou países, revelam a fraqueza dos órgãos públicos perante o poder econômico privado.

Reclamam as guerras fiscais, portanto, políticas globalizadas, uniformes, em blocos por parte dos países, notadamente no âmbito do Mercosul, circunstância que não desimcumbem os agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário de suas elevadas atribuições de promoção e aplicação das leis protetivas do patrimônio público.

Ressalte-se que preferencialmente devem ser adotados procedimentos conciliatórios e de diálogo no campo do próprio inquérito civil público, na medida em que se tornar possível visualizar boas intenções dos administradores públicos, sem enriquecimento ilícito destes, na defesa do patrimônio público atingido pelas guerras fiscais, devendo os agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário assumir postura cautelosa face as repercussões sociais extremamente intensas de eventual invalidade contratual, quando estão em jogo interesses de populações numerosas!

definidas como sujeitos passivos são muito amplas. Disso deriva necessidade de interpretação restritiva. Assim, parece-me que a injeção de dinheiro público na empresa privada não a torna, automaticamente, uma empresa submetida aos princípios da Administração Pública em todos os seus atos negociais. Mas o ato de injeção do dinheiro público, direta ou indiretamente, deverá estar racionalmente justificado e fundamentado. Se isso não ocorrer, o ato já seria inválido, pois dinheiro público não é dinheiro particular que se pode dispor livremente. De outro lado, a empresa privada deve demonstrar, objetivamente, o atendimento dos resultados visados e pretendidos com a injeção de dinheiro público. Do contrário, não haveria controle. Os atos negociais travados entre Poder Público e particulares submetem-se, sempre, ao princípio da supremacia do interesse público, pelo qual se tornam indisponíveis as finalidades e se inserem condições legais congentemente previstas no ordenamento jurídico. As isenções fiscais e os empréstimos de dinheiro público devem, portanto, atender finalidades públicas, bem como devem ser objeto de prestação de contas por parte dos beneficiários, comprovando-se o cumprimento dos objetivos pactuados.

2. DOS SUJEITOS ATIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE

Imperioso analisar as diversas acepções de agente público que se destinam a ser tuteladas pela legislação repressora da improbidade, interpretando o art. 2º da Lei 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.²²

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.²³

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 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. “Nessa 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”.²⁴

Os chamados permissionários, concessionários e autorizatários 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 concedente.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, pp. 70/71.

23 Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, pp. 71/76.

24 MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 76.

Trata-se de serviço do Poder Público executado por particular em razão da concessão.²⁵

Hely 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.²⁶

Estarão os agentes delegados, todavia, sob o império direto da Lei 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 curioso notar que a lei busca definir o sujeito ativo muito em razão do sujeito passivo. Se o agente público não atua em alguma das entidades definidas como sujeitos passivos, então também ele não será um sujeito ativo do ato de improbidade.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 341.

26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* 22 ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 76.

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 mencionadas no art. 1º e parágrafo único da Lei 8.429/92.*

Observa-se que mesmo os empresários, que atuam no campo de empresas privadas enquadradas como possíveis sujeitos passivos, podem ser reputados agentes públicos, aos efeitos da lei de improbidade, sendo, inclusive, passíveis de afastamento liminar, no curso do processo, para garantia de instrução (art. 20, parágrafo único).

Veja-se o caso em que um advogado, já tendo obtido uma medida liminar, cobra do cliente determinada quantia pecuniária, sob o argumento de que deveria pagar propina ao Juiz para que este proferisse decisão favorável ao cliente. Em verdade, o Juiz nada sabe a respeito do assunto. O advogado omite do cliente que já havia sido deferida a liminar e usa, indevidamente, a imagem e a função pública jurisdicional para obter vantagem ilícita.

O advogado, nesse caso, exerce uma função que se revela como um *munus* público, função postulatória perante a administração da Justiça. Parece-me que o advogado se enquadraria na ampla definição de agente público que, embora transitoriamente, exerce função no âmbito de um dos Poderes do Estado (art. 2º).

Pode ser sujeito ativo do ato de improbidade, portanto, aquele que se ajustar aos ditames do art. 1º e seu parágrafo único da Lei 8.429/92, o qual vincula o art. 2º da mesma lei, sem prejuízo, por evidente, da incidência do art. 3º, que o mais amplo de todos.

A definição legal é bastante ampla. Possui referência nos sujeitos passivos do ato de improbidade.

3. OS AGENTES QUE INDUZEM OU CONCORREM PARA A PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE, OU DELE SE BENEFICIAM, SOB QUALQUER FORMA, DIRETA OU INDIRETAMENTE

O legislador contemplou a perspectiva de responsabilizar aquele que, mesmo não sendo agente público, “induz a ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (art. 3º).

Parece-me relevante sublinhar que o terceiro que concorre ao ato de improbidade também deverá estar atuando dolosamente, em se tratando de atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) ou atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), sob pena de ser enquadrado em comportamento que causou lesão material ao Erário – caso houver –, então

sob a modalidade de conduta culposa, aceitando-se, pois, que haja desvios subjetivos do agente.

Os beneficiários dos efeitos da improbidade também devem ter o elemento subjetivo de suas condutas devidamente investigado.

Interessante problema diz respeito à conduta do sujeito que, não sendo agente público, comete o delito de tráfico de influência,²⁷ insinuando ou alegando que determinada vantagem indevida se destinaria à prática de suposto ato de improbidade administrativa por servidor público, sem, todavia, propriamente induzir à prática desse ato, que acaba por não se concretizar. O servidor desconhecia a utilização indevida da função pública pelo terceiro, o qual é particular e não se liga, por nenhuma norma jurídica, aos sujeitos passivos do ato de improbidade.

Penso que o tráfico de influência, por si só, sem a necessária conexão com o vínculo do sujeito ativo com o sujeito passivo do ato ímprobo, não enseja incidência da lei de improbidade,²⁸ sem embargo da incidência de outras normas punitivas, por absoluta falta de tipicidade legal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Combater a improbidade administrativa é tarefa necessária para resgatar a essência do espírito republicano.

Veja-se, por exemplo, a abordagem de Guillermo O'Donnel, cientista político argentino de prestígio mundial, na análise da transição brasileira no período pré-constituente de 1988, quando disse que a *res publica* tem uma dimensão republicana inafastável, amparando-se na cuidadosa distinção entre o que é *público* e o que é *privado*, ou seja, pessoal. Daí surge a idéia de que o governante é um servidor de quem o elegeu e em cuja representação administra os interesses públicos. Tal seria, também, o fundamento do próprio Estado de Direito, que separa o público e o privado. “O estilo patrimonialista de fazer política nasce, pelo contrário, da confusão entre o público e o privado – ou pessoal”.²⁹

Diz Guillermo O'Donnel que “a vigência da cidadania pressupõe um governo não somente democrático, mas também republicano, e vice-versa. A dimensão republicana é indispensável para a efetiva garantia dos direitos da democracia liberal. Sem ela, esses direitos podem existir de fato, mas ficam constantemente ameaçados por um poder não-republicano – quer dizer, por um poder que, não distinguindo entre público e privado, não concebe a si próprio como sujeito ao império

27 Ver a Lei 9.127/95.

28 Nesse sentido parece se encaminhar o pensamento de FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. Malheiros Editores, 1997, p. 110.

29 O'DONNEL, Guillermo. *A transição é um imenso pastiche*, in *Revista Senhor*, edição de 18/08/87.

da lei e que, de alguma maneira, se empenha para que não operem os mecanismos que teriam de forçar essa sujeição. Não importam as crenças subjetivas dos atores, nem seus discursos: um poder desse tipo é definitiva e inevitavelmente não-democrático. A raiz desta característica se encontra na incapacidade – típica de forma de dominação e de relações sociais arcaicas – de estabelecer a diferença entre público e privado”.³⁰

Prossegue Guillermo O’Donnel, analisando a dominação patrimonialista, reportando-se a Max Weber, destacando que essa espécie de dominação nasce da confusão do governante entre o público e o privado, ou pessoal, in verbis:

“O cargo patrimonial carece sobretudo da distinção burocrática entre a esfera privada e a oficial (...). Portanto, em todas as oportunidades propriamente políticas, o capricho puramente pessoal (do soberano) decide sobre os limites que correspondem às competências dos seus funcionários (...) nos funcionários esta é a consequência da concepção do cargo como um direito pessoal do funcionário”.³¹

“A organização política patrimonial não conhece o conceito da competência, tampouco o de autoridade ou magistratura, no sentido atual da palavra (...). A separação entre assuntos públicos e privados, entre patrimônio público e privado (...) desapareceu à medida que se difundia o sistema de prebenda e apropriações”.³²

“A base desse sistema inerentemente personalista está na atribuição aos poderosos, dos quais depende o seu funcionamento, de prebendas em troca de apoio. De baixo para cima, o principal mecanismo que põe o sistema em movimento é o clientelismo (na verdade, as prebendas são o primeiro escalão de uma série de hierarquias clientelistas). Na cúspide, esse sistema é unipessoal ou oligárquico, ou, freqüentemente, uma combinação entre ambos”.³³

Daí que, conclui O’Donnel, as arbitrariedades e incertezas que decorrem de um sistema patrimonialista são incompatíveis, a médio e longo prazos, com a gestão de uma economia capitalista minimamente complexa.³⁴

30 O’DONNEL, Guillermo. *A transição é um imenso pastiche*. In Revista Senhor, edição de 18/08/87.

31 O’DONNEL, Guillermo. *A transição é um imenso pastiche*. In Revista Senhor, edição de 18/08/87.

32 O’DONNEL, Guillermo. *A transição é um imenso pastiche*. In Revista Senhor, edição de 18/08/87.

33 O’DONNEL, Guillermo. *A transição é um imenso pastiche*. In Revista Senhor, edição de 18/08/87.

34 O’DONNEL, Guillermo. *A transição é um imenso pastiche*. In Revista Senhor, edição de 18/08/87.

Parece-me que inafastável é a necessidade de se aprimorarem os mecanismos jurídicos de defesa do patrimônio público. Os intérpretes, para tanto, devem estar devidamente preparados para uma compreensão sistemática e racional da Lei 8.429/92, levando em linha de conta as necessidades sociais e, evidentemente, os direitos fundamentais da pessoa humana, os quais são perfeitamente compatíveis no ordenamento jurídico brasileiro, que se assenta em um regime democrático.

O aperfeiçoamento dos mecanismos jurídicos, portanto, não se insere na necessidade permanente de edição de leis, pois isso ocasionaria, inclusive, inflação legislativa.

O aprimoramento da ordem jurídica passa, fundamentalmente, pela racionalização dos critérios hermenêuticos e pelo aprofundamento dos estudos em torno dos temas palpitantes que necessitam de abordagens críticas, sempre com os olhos voltados à realidade social, aos valores e aos direitos fundamentais.