

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEM AGENTE PÚBLICO

Fernão Justen de Oliveira

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR

Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. Introdução

Em 21/05/2015 o STJ julgou o mérito do Recurso Especial nº 1.405.748/RJ, interposto pelo Ministério Público Federal – MPF, pela condenação do produtor artístico Guilherme Fontes (além da pessoa jurídica por ele controlada e de outra pessoa física) por improbidade administrativa derivada da captação de recursos públicos para a produção do filme “Chatô – O Rei do Brasil”, sem concluí-lo até então.

A Primeira Turma do STJ debateu sobre o conceito de agente público e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei n.º 8.429/1992) para, afinal, deliberar por maioria que as ações de improbidade administrativa devem possuir sempre como réu pelo menos um agente público responsável pelo ato reputado como ilícito. Assim, o particular não pode ser processado sozinho por improbidade administrativa.

No julgamento, a Primeira Turma decidiu pela rejeição do recurso especial interposto pelo MPF, diante da inviabilidade jurídica o particular responder isoladamente a ação com base na Lei n.º 8.429/1992.

2. Improbidade e ilicitude “lato sensu”

A distinção entre a ilicitude em sentido amplo e a improbidade administrativa ressalta um especial caráter da ação de improbidade: a eventual não caracterização de improbidade não significa inocorrência de ainda outras modalidades de ilícito.

A improbidade se revela pela intensidade extremada dos efeitos da conduta danosa do agente público, assim como por um elemento volitivo constante em seu comportamento. São elementos que não estarão necessariamente presentes, ao menos em equivalentes intensidade e efeitos, na ilicitude “lato sensu” também passível de ser praticada pelo agente público em circunstâncias diversas e que merecerá o adequado sancionamento – embora não emanado da LIA.

3. O sujeito ativo do ato de improbidade

A LIA identifica as pessoas que podem ser sujeito ativo do ato de improbidade. O art. 2º o define como agente público e o art. 3º, como terceiros.

Por um lado, o art. 2º da LIA indica uma pessoa vinculada à Administração por meio do exercício de uma função pública. Por outro, o art. 3º da LIA determina a extensão da Lei ao terceiro (inclusive um particular, mas não somente) que promova a indução do agente público à prática do ato ímprobo, ou que concorra com o agente público nessa prática, ou ainda que aufera benefício desse ato praticado pelo agente público. Esse dispositivo claramente não cogita de ato isolado próprio do particular, que afinal pratica o ato de improbidade.

O sujeito ativo por excelência da improbidade administrativa é o agente público que a comete em perspectiva primária. É ele quem pratica o ato, sozinho ou com a participação de terceiro. Sob tal aspecto, é intuitivo que, para praticar o ato ímprobo, o terceiro deverá necessariamente estar em companhia da pessoa física ou jurídica que integra a estrutura formal da Administração.

4. O alcance da norma do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa

O art. 3º da LIA induz à ideia de associação entre duas categorias de sujeitos ativos do ato ímprobo. Um detém atributos funcionais perante a Administração que o credencia à prática da conduta que o torna responsável direto pela infração qualificada como improbidade. Outro não possui vínculo jurídico com a Administração (o que o caracteriza como terceiro na relação entre agente público e Administração), mas pratica mediatamente o ato de improbidade como seu partícipe, indutor ou beneficiário.

Resulta que, ao identificar outra espécie de sujeito ativo da improbidade, o art. 3º da LIA reconhecer a inviabilidade do integrante dessa categoria praticar ato ímprobo *de per se*. Logo, a conduta do terceiro identificado pelo art. 3º da LIA posta-se em relação de acessoriedade relativamente ao ato praticado pelo agente público

5. Responsabilidade subjetiva do terceiro

De outro parte, o ato reconhecidamente ímprobo do agente público induzirá a considerar como também ímprobo o ato do terceiro, se houver algum envolvido na ilicitude específica. Cumpre identificar, nesse caso, o grau de responsabilidade do terceiro no conjunto da ilicitude perpetrada.

Portanto, a participação do terceiro como indutor ou cúmplice ou beneficiário do ato ímprobo exige prova para ser caracterizada como tal. Em outras palavras, a responsabilidade do particular (como também a do agente público) pelo ato de improbidade não é objetiva, mas subjetiva.

6. O conceito extensivo de agente público

A dualidade da sujeição ativa da improbidade administrativa externada pelos arts. 2º e 3º da LIA teve repercussão prática no processo civil.

Para evitar a extinção de ações de improbidade em face dos sujeitos identificados no art. 3º da LIA, passou-se a estender o conceito de agente público a toda pessoa que, embora não integrante do quadro da Administração, receba a gestão de recursos públicos.

Conforme essa orientação, a legitimidade passiva da ação de improbidade seria determinada pelo objeto do ato ímprobo (recursos públicos geridos) e não pela identidade do sujeito que o tenha praticado.

A superação da segregação entre agente público e terceiro tornaria indiferente que a ação civil pública fosse proposta apenas em face do terceiro, cuja equiparação a agente público satisfaria a necessidade de ao menos um agente público figurar como réu na ação de improbidade.

Não parece restar dúvida de que a defesa dessa orientação extensiva pautou-se por genuína preocupação em evitar a impunidade – ou a concepção que se possua de impunidade. Reitere-se que apenas a modalidade de ilícito definido por lei como improbidade será punível por meio da LIA. Não ficará impune, nesse sentido, quem for condenado penal ou civilmente pela prática de ilícito não identificável como ato ímprobo – essa foi uma discussão central no julgamento do REsp nº 1.405.748/RJ.

7. O julgamento do REsp nº 1.405.748/RJ

O Ministério Público Federal ajuizou, ação civil pública por improbidade administrativa n.º 2010.51.01.022460-1 contra a empresa Guilherme Fontes Filmes Ltda., o próprio Guilherme Fontes (produtor do filme) e a empresária Yolanda Coeli, para responsabilizá-los pela má administração de R\$51.000.000,00 captados com base na Lei Rouanet e na Lei do Audiovisual.

Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, sob o argumento de ser inviável o ato de improbidade administrativa realizado unicamente por particular sem que haja atuação de agente público.

O MPF apelou contra a sentença no TRF da 2ª Região, que negou seguimento ao recurso porque a elaboração de um filme por particular, ainda que existente auxílio financeiro da Administração Pública, não pode ser compreendida como serviço realizado mediante delegação contratual ou legal pelo poder público, a ser executado em razão de concessão.

Sobreveio a interposição do Recurso Especial n.º 1.405.748/RJ, em cujo julgamento discutiu-se a definição de agente público para aplicação da LIA. Ao final, vencida a Relatora Min. Marga Tessler, que votou pelo provimento do recurso, ficou decidido, por maioria e nos termos do voto da Min. Regina Helena Costa, pela rejeição do especial.

7.1 Análise dos votos

O voto vencido da Relatora Min. Marga Tessler considerou que os réus foram beneficiados com ação de fomento cultural do Estado e receberam valores que, pelo que ficou evidenciado, não foram utilizados para os fins destinados. Assim, seria possível ampliar o conceito de agente público de maneira a viabilizar que os sócios da produtora figurassem no polo passivo da ação de improbidade administrativa. O voto vencedor da Min. Regina Helena Costa discorreu acerca da definição de agente público, entendendo que é conceito amplo de pessoas que prestam serviço à Administração Pública.

Com base na Lei n.º 8.429/1992, a Ministra afirmou que o ato de improbidade está atrelado ao agente público; a lei não criou nova definição ou outro conceito de agente que pudesse englobar o particular; e pela disposição do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, o ato lesivo não pode ser praticado sem a presença de outra pessoa, sendo esta necessariamente um agente público. Destacou que no caso é possível cogitar a responsabilização dos réus, na área cível e penal – mas não por improbidade administrativa. Por fim, afirmou que, o fato de os réus receberem dinheiro público não os alça à condição de agentes públicos.

7.2 Precedentes contrário e favorável

No recurso especial, o MPF combateu o acórdão do TRF da 2ª Região utilizando como precedente o REsp n.º 1.138.523/DF, que veiculou caso em que os agentes que praticaram as condutas ilícitas também eram particulares.

No julgamento desse processo, os Ministros debateram o conceito de agente público para incidência da LIA. Para a Relatora Min. Eliana Calmon, a expressão agente público tem contotação ampla, então quem pratica ato de improbidade não serão somente servidores públicos, mas, também,

quaisquer outras pessoas de alguma maneira vinculadas ao poder público. Utilizando-se desse argumento, o MPF defendeu que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/1992 geraria a aplicação ao caso concreto.

Já no julgamento do REsp n.º 1.405.748/RJ, o voto vencedor da Min. Regina Helena Costa respaldou-se no acórdão proferido no julgamento do REsp n.º 931.135/RO, pelo qual, sem existir participação de agente público, não se aplica a LIA ao particular, mas as sanções previstas em outros diplomas legais.

8. Conclusão

O fundamento nuclear do julgamento do REsp n.º 1.405.748 reafirmou a jurisprudência do STJ ao considerar que, embora o particular esteja sujeito às penalidades da LIA, não pode responder em ação de improbidade sem que exista também um agente público no polo passivo da demanda.

Foi rejeitada a tese ampliadora do conceito de agente público de modo a permitir que terceiros particulares figurem exclusivamente no polo passivo de uma demanda por improbidade administrativa. Logo, os verbos “induzir” e “concorrer” dispostos no art. 3º da LIA referem-se a condutas que não podem ser praticados sem a existência de outrem que precisa ser agente público.

Informação bibliográfica do texto:

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Improbidade administrativa sem agente público. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 110, abril de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].