



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.523 - DF (2009/0085821-1)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA E OUTRO**
ADVOGADO : **LUCINEIA POSSAR E OUTRO(S)**

EMENTA

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA –
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO
INICIAL – BANCO DO BRASIL – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA –
LEI 8.429/92.

1. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). MAGDA MONTENEGRO, pela parte RECORRIDA:
RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA

Brasília-DF, 23 de fevereiro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.523 - DF (2009/0085821-1)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : LUCINEIA POSSAR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se na origem de agravo de instrumento interposto contra decisão do juiz de 1º grau que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, recebeu a petição inicial e determinou a citação dos ora recorridos.

O agravo restou decidido nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A ação de improbidade só pode ser ajuizada contra agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros. O particular não pode figurar sozinha no ação.
(fl. 364)

Irresignado com essa decisão, interpõe o Ministério Público Federal o presente recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando violação dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/92.

Sustenta, em síntese, que:

a) o fato de nenhum agente público figurar no pólo passivo da ação de improbidade não enseja a ilegitimidade passiva dos demais réus.;

b) são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agentes públicos, insculpidos no art. 2º da Lei 8.429/92, ou seja, considerando-se agentes públicos um "gênero", do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados.

c) a União é acionista majoritária do Banco do Brasil S/A e teve seu patrimônio lesado em decorrência de favorecimentos (empréstimos e benefícios) realizados pelo próprio Banco do Brasil à empresa Silex Trading, de propriedade de Roberto Giannetti da Fonseca, ex-integrante da equipe econômica do governo Fernando Henrique Cardoso.

d) ao administrar os recursos repassados ao Banco do Brasil, os réus agiram como agentes delegados *sui generis* do Poder Público, pois a sociedade de economia, cuja acionista majoritária é a União, recebe verbas públicas federais e assim deve se submeter aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípios regentes da Administração Pública.

e) para a configuração do ato de improbidade é necessário apenas que o ato seja praticado em detrimento da Administração Pública; e

f) no caso, "o favorecimento da empresa Silex Trading não pode, de logo, ser desconfigurado como ato de improbidade ao único fundamento de falta de demonstração da participação do agente público nos fatos. Vale dizer, a simples exclusão de agentes públicos não tem o condão de interromper a marcha processual da ação de improbidade. Deve-se ter em conta que este momento processual (recebimento da inicial) exige, apenas, a aferição de elementos que possam demonstrar, de forma evidente, a inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita, a teor do que prescreve o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, circunstâncias que foram afastadas, de maneira fundamentada, pela decisão que recebeu a inicial" (fl. 399).

Requer seja provido o especial para determinar o prosseguimento da ação de improbidade.

Intimado, apresenta o Banco do Brasil contrarrazões alegando, preliminarmente, que a matéria não foi prequestionada.

No mérito, sustenta que o Banco do Brasil é regido pelo Direito Privado, sujeito, portanto, à Lei 8.429/92, o que torna absolutamente incabível a ação de improbidade administrativa proposta contra particulares.

Admitido o especial, subiram os autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.523 - DF (2009/0085821-1)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : LUCINEIA POSSAR E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): O Ministério Público Federal ajuizou ação por ato de improbidade administrativa contra **Ricardo Sérgio de Oliveira e Paulo César Ximenes Alves Ferreira**, ora recorridos, José Pinto dos Santos Neto, Cláudio Ness Mauch, Irones de Paula Andrade, Silex Trading S/A, Roberto Giannetti da Fonseca, Caeté Consultoria e Participações S/C Ltda., Marcos Giannetti Fonseca, o Banco do Brasil, o Banco Central do Brasil e a União Federal, em decorrência de favorecimentos prestados pelo Banco do Brasil à empresa Silex Trading, de propriedade de Roberto Giannetti da Fonseca, ex-integrante da equipe econômica do governo Fernando Henrique Cardoso, via empréstimos e benefícios, em prejuízo do erário.

O juiz de 1º grau, ao receber a petição inicial, assim se manifestou:

Recebo a petição inicial em relação aos réus Roberto Giannetti da Fonseca, Marcos Giannetti da Fonseca, Paulo César Ximenes Alves Ferreira, Irones Oliveira Paula, Ricardo Sérgio de Oliveira, Silex Trading S/A e Caeté Consultoria e Participações S/C Ltda., porque estão suficientemente descritas as condutas praticadas por eles, capazes de configurar, em tese, atos de improbidade administrativa. Ficam rejeitadas as manifestações preliminares deles. Consta da petição inicial e de sua emenda de fls. 407-9, , além de outras imputações, o seguinte (*grifos nossos*):

a) Roberto Giannetti da Fonseca e Caeté Consultoria e Participações S/C Ltda. São dirigentes/acionistas da Silex Trading S/A, todos beneficiários das operações financeiras irregulares feitas com o Banco do Brasil S/A (fls. 51 e 870);

b) **Paulo César Ximenes Alves Ferreira era Presidente do Banco do Brasil e dirigiu as reuniões do colegiado em que foram aprovadas as mencionadas operações irregulares, conforme provam as certidões de fls. 85-9 do 1º volume avulso (grifos nossos).**

Um dos indícios que justifica o prosseguimento da demanda em relação a esse réu é a existência de estudos realizados pelas áreas técnicas do banco, informando que a Silex Trading apresentava "índices de Liquidez Corrente abaixo da unidade (...) não tendo capacidade de saldar dívidas de curto prazo (...) balanços desse tipo revelam situação financeira precária, com elevado risco de insolvência. Empresas desse tipo financiam seu giro e parte do Ativo Permanente com créditos onerosos de curto prazo...

c) Consta do relatório de auditoria de fls. 426-8 que Irones de Oliveira Paula deferiu em 12/12/94, na qualidade de Gerente de Operações da DIRIN-GEREX-SP, operação de aquisição de papéis da dívida externa do Brasil ...

A auditoria do Banco do Brasil apontou as seguintes falhas nessa operação (fl. 428):...

d) **Ricardo Sérgio de Oliveira era Diretor da Área Internacional do Banco do Brasil S/A, responsável por parte das operações que favoreceram a Silex**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trading... (grifos nossos)

Em 09/12/1997 a Agência Avenida Paulista informou à Superintendência Regional Paulista I que a dívida da empresa era de US\$ 4.883.991 em contratos de adiantamento de câmbio. Nesse expediente a agência informou as dificuldades da Silex em honrar seus compromissos...

Não obstante o crescente endividamento, a Silex Trading obteve a concessão em 09/06/1998 de US\$ 35 milhões em adiantamento de contrato de câmbio (Operação Venezuela). Depois de aprovado o empréstimo, foram admitidas alterações nos parâmetros acertados entre os vários intervenientes, mediante autorização do despacho manuscrito de **Ricardo Sérgio de Oliveira**. Embora a Agência Paulista tenha se manifestado contrária às alterações por falta de documentos que instruíram a operação...

O débito da Silex, que antes da Operação Venezuela era de US\$ 11 milhões, chegou a US\$15.643.491 em 11/11/1998 quando postulou outro empréstimo em razão de exportações para o Equador. A auditoria do Banco Central concluiu o seguinte (fl. 885):

Resumindo, finalmente, desde o início a relação do Cliente com o Banco se caracterizou pela quebra dos preceitos da boa técnica bancária, tendo havido um processo de firme e crescente risco do Banco ao curto de desrespeito de regras e decisões internas. Foram concedidos créditos a cliente com comprovada incapacidade de pagamento. Posteriormente, configurada a inadimplência decorrente dessa incapacidade do cliente, novos recursos foram liberados, aumentando o prejuízo do Banco. As várias operações e posterior composição final assinadas com a Silex acabaram por se transformar no contrato relacionado no quadro do cabeçalho acima. Resultado natural dessa má condução do crédito, o Banco do Brasil acabou formalizando uma confissão de dívidas em dezembro de 2002, pelo valor de R\$ 34.438.713 (fls. 23854/23863). Das 5 amortizações anuais previstas, a de 16;9.2003 venceu mas não foi honrada, segundo relatório de 7.11.2003.

2. Rejeito os pedidos em relação aos réus José Pinto dos Santos Neto e Claudio Ness Mauch porque está evidenciada a inocorrência de atos de improbidade, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92... Presentes as condições da ação, rejeita-se evidentemente o pedido e não a ação!

3. José Pinto Neto era Chefe da Auditoria Interna do Banco do Brasil. Não pode ser responsabilizado apenas porque "era seu o dever de coibir ações ilegais de empréstimos" (fl. 409). Não estando evidenciada e nem mesmo imputada a ele uma omissão depois de ter tomado conhecimento de tais operações, não se pode responsabilizá-lo por atos de terceiros, cujas condutas serão apuradas na medida da culpabilidade de cada um.

4. Cláudio Mauch era Diretor de Fiscalização e Normas do BACEN e a ele foi imputada a mesma omissão de José Pinto (fl. 66). Sem a evidência de que tomou conhecimento dos atos de irregularidades e não agiu para apará-los, não pode ser responsabilizado.

5. Rejeitada a pretensão em relação ao único agente do Banco Central do Brasil, fica essa entidade também excluída do processo por perda do interesse de agir. Nesse caso, não se configura a hipótese do art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92...

6. Fls. 140-5: A União fica excluída do processo porque manifestou interesse nesse sentido. Além do mais, impugnados atos de dirigentes do Banco do Brasil, é suficiente a manutenção dessa entidade como parte.

(...)

11. Ficam os réus mencionados no item 1 citados para oferecer contestação no prazo comum de 30 dias...

12. Remeter os autos para o Ministério Público Federal. Logo após, publicar o item II e intimar a União e o Banco Central do Brasil. Se não houve recurso (20



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias), **excluir a União, o Banco Central do Brasil, José Pinto dos Santos Neto e Cláudio Ness Mauch.** (*grifos no original*)

(fls. 347/352)

Essa decisão ensejou a interposição de agravo de instrumento por parte de **Ricardo Sérgio de Oliveira e Paulo César Ximenes Alves Ferreira**, que restou provido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Concluiu a Corte de origem, com base em dois de seus precedentes, que não deveria prosseguir a ação de improbidade, na medida em que só figuravam como réus particulares e uma sociedade de economia mista – o Banco do Brasil (fls. 381/384).

Em seu recurso especial, defende o Ministério Público Federal a possibilidade desta ação de improbidade administrativa prosseguir regularmente contra particulares e contra o Banco do Brasil, ainda que outros agentes públicos tenham sido excluídos do pólo passivo da demanda.

Preliminarmente, entendo que há na decisão impugnada o prequestionamento implícito dos dispositivos legais indicados: arts. 1º, 2º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

Entende esta Corte que há o chamado prequestionamento implícito quando o acórdão recorrido, embora não mencione o dispositivo legal apontado como violado, tenha examinado a tese jurídica contida em norma expressa.

Nesse sentido, os precedentes seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

POSSIBILIDADE. SÚMULA 126 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

I - A jurisprudência desta Corte tem admitido o prequestionamento implícito, de forma que, apesar dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal de origem à luz da legislação federal pertinente, tem-se como preenchido o requisito da admissibilidade.

II - Não estando o acórdão recorrido assentado em fundamento constitucional, não há que se falar em incidência da Súmula 126 do STJ.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 678.851/RS, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 19/11/2009 - *grifos nossos*)

ADMINISTRATIVO – AÇÕES AFIRMATIVAS – POLÍTICA DE COTAS – AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA – ART. 53 DA LEI N. 9.394/96 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO INC. II DO ART. 535 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DE DESCRIÇÃO GENÉRICA DO ART.

207 DA CF/88 – DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REPARAÇÃO – CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL – DECRETO N. 65.810/69 – PROCESSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SELETIVO DE INGRESSO – FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS – IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS – OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

1. A oposição de embargos declaratórios deve acolhida quando o pronunciamento judicial padecer de ambiguidade, de obscuridade, de contradição, de omissão ou de erro material, os quais inexistem neste caso. Não há, portanto, violação do art. 535 do CPC.

2. Admite-se o prequestionamento implícito, configurado quando a tese jurídica defendida pela parte é debatida no acórdão recorrido.

3. A Constituição Federal veicula genericamente os contornos jurídicos de diversos institutos e conceitos, deixando, na maioria das vezes, o seu trato específico para as normas infraconstitucionais. O assento constitucional de um instituto ou conceito, sem detalhamentos e desdobramentos, não afasta a competência desta Corte quando a Lei Federal disciplina imperativos específicos.

4. Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

5-8. (...)

Recurso especial provido em parte.

(REsp 1.132.476/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009 - *grifos nossos*)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DO TEMA. SÚMULA 150/STF.

1. O Superior Tribunal de Justiça admite a existência de prequestionamento implícito, na medida em que a matéria foi tratada no âmbito da Corte de origem.

2. Em função da autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento, a Súmula 150/STF estabelece idêntico prazo prescricional da ação de conhecimento para o processo de execução, que no caso dos autos é de 5 anos, razão pela qual não se aplica o prazo pela metade, como prescreve o Decreto n.º 20.910/32, para ações ajuizadas contra a Fazenda Pública.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1103831/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 15/06/2009 - *grifos nossos*)

A interpretação dos seus arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992 permite afirmar que o legislador adotou conceito de grande abrangência no tocante à qualificação de agentes públicos submetidos a referida legislação, a fim de incluir na sua esfera de responsabilidade todos os agentes públicos, servidores ou não, que incorram em ato de improbidade administrativa.

Eis o teor desses dispositivos:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* "Curso de Direito Administrativo", Editora Malheiros, 20ª ed., assim define o agente público:

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração Direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* "Direito Administrativo", Editora Atlas, 15ª ed., ensina:

A lei de improbidade administrativa considera como sujeito ativo o **agente público** (artigo 1º) e o **terceiro** 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 (artigo 3º).

O legislador teve o cuidado de definir o agente público, para os fins da lei, no art. 2º, como sendo "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".

Como se verifica por esse dispositivo, não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Fux, com muita propriedade, ao examinar tais dispositivos, em caso semelhante, quando do julgamento do REsp 1.081.098/DF, assim concluiu:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (grifos nossos)

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":

"Cumpre 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 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 executado por particular em razão da concessão.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

O ilustre *parquet*, com muita pertinência, opinou:

O particular (ora recorrente) a que se refere a decisão impugnada exercia, ao tempo da ação, a função de Diretor da Área Internacional do Banco do Brasil e, segundo a decisão que recebeu a inicial de improbidade: era responsável por parte das operações que favoreceram a Silex Trading (...), conforme consta das fls. 03 e 22 da petição de agravo.

Trata-se, portanto, de agente público (e não mero particular) integrante dos quadros de sociedade de economia mista (Administração Pública Indireta), que está sujeito às imposições da Lei nº 8.429/92. Inegável, no caso, a gerência de recursos públicos pelo recorrido que, segundo consta beneficiou por meio de empréstimo a empresa Silex Trading.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, qualquer pessoa, física ou jurídica, sendo agente público ou não, que pratique, induza ou concorra para a prática de ato tipificado como ímprobo ou dele se beneficie sob qualquer forma ou modo, direta ou indiretamente, está sujeito a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

(...)

O conceito amplo de agente público adotado pelo legislador não encontra limites no caráter estatutário ou funcional da função, no tempo de seu exercício, nem na integração do agente junto a órgão ou entidade da Administração Pública direta ou Indireta. Para configuração da improbidade basta que o sujeito esteja no exercício da atividade pública. É o caso.

Ademais, o exercício funcional de qualquer agente público o coloca no dever de atender ao princípio da moralidade, inserto no artigo 37, caput, da CF/88; nesse sentido, a Lei de Improbidade não admite isenções ou exceções.

(fl. 392)

Assim, adoto a posição de que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO. COMEÇO DO PRAZO PARA FLUÊNCIA DO RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. ACÓRDÃOS PARADIGMAS QUE SE AMOLDAM AO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. FUNCEF. FUNDAÇÃO PRIVADA INSTITUÍDA E PATROCINADA POR EMPRESA PÚBLICA - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DIRIGENTES SUJEITOS ATIVOS DE ATO DE IMPROBIDADE.

1. (...)

2. (...)

3. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não são somente 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.

4. Deveras, a Lei Federal nº 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, ampliando a categorização de servidor público, para além do conceito de funcionário público contido no Código Penal (art. 327).

5. À luz do que dispõe o art. 1º da Lei de Improbidade, os atos 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.

6. O Tribunal regional assentou que: Depreende-se, dessa forma, que se considera agente público, para fins de subsunção às disposições da acima mencionada Lei nº 8.429/92, dentre outros, todos aqueles que exerçam emprego ou função em entidade, para cuja criação ou custeio, o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

No caso ora em apreciação, tem-se que, da análise dos autos, a teor do contido no Estatuto da FUNCEF (cópia às fls. 469/475), itens nºs 4.1, 4.1.1 e 5.1.1 e no ofício de fls. 745/746, verifica-se que a FUNCEF é uma entidade instituída e patrocinada com recursos da Caixa Econômica Federal, empresa pública que dela (da FUNCEF) ainda é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partícipe (cf. item 4.1 do Estatuto da FUNCEF), não se podendo ignorar, ainda, o estabelecido nos itens 5.1, 5.1.1 e 5.1.4, do Estatuto da FUNCEF, que estabelecem:

“4.1 São participantes da FUNCEF, quando assim previsto nos respectivos Regulamentos dos Planos de Benefícios a que se vincularem: 4.1.1 a Caixa Econômica Federal – CEF, na qualidade de Instituidora-Patrocinadora;

.....
5.1 O patrimônio da FUNCEF é constituído de: 5.1.1 dotação especial de bens livres, proporcionada pela Instituidora-Patrocinadora, mediante escritura pública;

.....
5.1.4 contribuições dos participantes, estabelecidas nos Regulamentos dos Planos de Benefícios” (fls. 469/470).

Diante disso, carece de fundamento jurídico, venia concessa, a tese no sentido de que eventuais atos ímprobos praticados contra a FUNCEF não estariam a causar, mesmo que indiretamente, lesão ao erário público, de forma a atrair a incidência da supracitada lei de improbidade administrativa sobre os respectivos responsáveis pelas supostas condutas ilícitas perpetradas.

7. Consectariamente, sendo a FUNCEF instituída e patrocinada com recursos de empresa pública e, portanto, subordinada aos princípios regedores da Administração Pública, são passíveis de serem considerados "sujeito ativo dos atos de improbidade" todos os que pratiquem malversação dos valores aplicados.

8. Sob este enfoque preconiza a doutrina: Situação peculiar instituída pela Lei de Improbidade e extremamente relevante para o evoluir da moralidade que deve reger as relações intersubjetivas, consistiu na elevação do desfalque de montante originário do patrimônio público, ainda que o numerário seja legalmente incorporado ao patrimônio privado, à condição de elemento consubstanciador da improbidade. Em decorrência disso, os agentes privados são equiparados aos agentes públicos para o fim de melhor resguardar o destino atribuído à receita de origem pública, estando passíveis de sofrer as mesmas sanções a estes cominadas e que estejam em conformidade com a peculiaridade de não possuírem vínculo com o Poder Público. Assim, também poderão ser sujeitos passivos dos atos de improbidade as entidades, ainda que não incluídas dentre as que compõem a administração indireta, que recebam investimento ou auxílio de origem pública, o que pode ser exemplificado com o auxílio financeiro prestado pelo Banco Central do Brasil a instituições financeiras em vias de serem liquidadas, erigindo seus administradores à condição de agentes públicos para os fins da Lei nº 8.429/1992. Justifica-se a previsão legal, pois se o Poder Público cede parte de sua arrecadação a determinadas empresas, tal certamente se dá em virtude da presunção de que a atividade que desempenham é de interesse coletivo, o que torna imperativa a utilização do numerário recebido para este fim. (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, in Improbidade Administrativa, Editora Lumen Juris, 4ª Edição, págs. 185/186).

9. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

10. Recursos Especiais desprovidos, determinado a devolução dos autos à instância a quo para o julgamento do mérito.

(REsp 1.081.098/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. MÉDICOS E ADMINISTRADORES DE ENTIDADE HOSPITALAR PRIVADA. INSTITUIÇÃO CREDENCIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. AGENTES PÚBLICOS POR EQUIPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conceito de agente público se estende aos médicos e administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos provindos do Sistema Único de Saúde, em razão da amplitude conferida ao conceito de funcionário público, ao que se extrai da letra mesma do artigo 327, parágrafo 1º, do Código Penal. Precedentes.

2. Em não afastadas, de plano, a autoria dos fatos, a sua tipicidade e materialidade, deve a questão, por indubitado, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, à luz de todos os elementos de convicção produzidos no desenrolar da instrução criminal, sendo, pois, de todo incabível a precipitação do desfecho do feito, à moda de absolvição sumária do acusado.

3. Recurso especial provido.

(REsp 277.045/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2004, DJ 13/12/2004 p. 463)

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.

2. Deveras, a Lei Federal nº 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).

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

4. 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.

5. Ademais, a efetiva ocorrência do periculum in mora e do fumus boni juris são condições de procedência do mérito cautelar, sindicável pela instância de origem também com respaldo na Súmula 07.

6. 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.

7. Recursos parcialmente 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.

(REsp 495.933/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 19/04/2004 p. 155)

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para que prossiga o feito em relação aos recorridos RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA e PAULO CÉSAR XIMENES ALVES FERREIRA.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0085821-1

REsp 1138523 / DF

Números Origem: 200334000358108 200801000317933

PAUTA: 23/02/2010

JULGADO: 23/02/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : LUCINEIA POSSAR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **MAGDA MONTENEGRO**, pela parte RECORRIDA: **RICARDO SÉRGIO DE OLIVEIRA**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de fevereiro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária