Número 13 – fevereiro/março/abril - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

# IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE DIRIGENTE DE EMPRESA ESTATAL

***Carlos Ari Sundfeld***
*Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.*

***Jacintho Arruda Câmara***
*Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e Coordenador da Especialização em Direito Administrativo da EDESP-FGV.*

## 1. INTRODUÇÃO

A idéia de *pessoa jurídica* é uma construção fascinante do espírito humano. Muitos e complexos têm sido os nós de sua inserção no mundo do Direito. Uma questão instiga particularmente: a das relações entre a instituição (a pessoa jurídica) e os seres humanos que a representam.

Em certa medida, a pessoa jurídica é como a marionete, pois não tem voz própria, assume a de outrem; não se move só, é movida. Nesse prisma, a instituição confunde-se com o indivíduo (chamemo-lo *agente*) que a encarna: a decisão dele é dela, e assim os erros e responsabilidades.

Essa confusão é apenas parcial. O indivíduo não é agente todo o tempo, pois mantém "outra vida", particular — com seus interesses, vínculos e responsabilidades. Nessa perspectiva, o agente é como uma personagem, a criação de um ator. Também a pessoa jurídica mantém sua identidade frente ao agente, a qual é limite ao poder, que a ele se confere, de encarnar a instituição.

Pela privilegiada posição que ocupa, o agente é quem mais tem facilidades para lesar a instituição, e quem pode fazê-lo mais profundamente. Em uma espécie de paradoxo, um ser e outro, ao mesmo tempo, se confundem e contrapõem. Há, sempre, permanente e delicada, uma tensão fluindo entre a instituição e o seu agente.

O Direito desenvolveu um complexo sistema para proteger a pessoa jurídica (a instituição) de seus agentes. Em linhas gerais, o objetivo é fazer com que os agentes exerçam de modo efetivo suas missões, bem como impedi-los de agir contra a instituição e aproveitar-se pessoalmente dos poderes conferidos. Duas das técnicas mais tradicionais do Direito — a punição criminal e a responsabilização civil — colocaram-se a serviço desse objetivo.

Essa tensão, típica da "pessoa jurídica", não é, contudo, exclusividade sua. O problema é o mesmo sempre que alguém é posto em situação de cuidar de coisas e de interesses de terceiros. Exemplos muito tradicionais são os do mandatário, do comodatário, do depositário e do gestor de negócios.

O mandatário recebe poderes para praticar atos ou administrar interesses em nome de outrem (Código Civil de 1916, art. 1.288), devendo "aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato" (art. 1.300). Em não o fazendo, agirá com "culpa", devendo indenizar qualquer prejuízo causado (art. 1.300). Também "o comodatário é obrigado a conservar, como se sua fora, a coisa emprestada... sob pena de responder por perdas e danos" (art. 1.251). Da mesma forma, "o depositário é obrigado a ter na guarda e conservação de coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence (...)" (art. 1.266). De outro lado, diz o art. 1.275: "sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada" sob pena de responder por perdas e danos. O gestor de negócios, por sua vez, quando assume a gestão do negócio alheio sem autorização do interessado, se obriga a dirigi-lo "segundo o interesse presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com quem tratar" (art. 1.331).

Como se vê, é comum a existência de normas de proteção dos titulares de bens ou direitos contra a má atuação de seus gestores, o que se reflete nas normas de proteção da pessoa jurídica em face de seus agentes. Porém, isso não significa que a pessoa jurídica não possua responsabilidade autônoma sobre seus atos (ou, melhor dizendo, pelos atos praticados em seu nome).

Em determinados casos, é possível que atos praticados em nome de pessoa jurídica tenham repercussão negativa e os ônus decorrentes desse ato não sejam atribuídos ao agente diretamente responsável por sua prática. Tanto é assim que, nos exemplos acima citados, a responsabilidade somente recai sobre o agente ou mandatário quando este age mal, de acordo com o comportamento padrão, que dele é razoável esperar.

Tomemos um exemplo para ilustrar o que se afirma. Uma empresa profere várias decisões de índole econômico-financeira no seu dia a dia. Na verdade, seus executivos decidem em seu nome. Se nesse processo decisório, atos nocivos aos investimentos da empresa forem praticados por erro grave ou má-fé de seus dirigentes, estes serão responsabilizados perante a empresa. Porém, se as decisões foram balizadas numa política empresarial razoável, que, porém, mostrou-se mal sucedida na prática, os prejuízos daí decorrentes são suportados exclusivamente pela empresa. O ônus, neste último caso, faz parte do risco

inerente à atividade desempenhada, não podendo ser imputado ao agente ou administrador.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à identificação do agente responsável — no caso de prática de ato que assim o exija — dentro da própria estrutura interna da pessoa jurídica. Como se sabe, a estruturação de pessoas jurídicas pode ser bastante complexa, admitindo diversos níveis de hierarquia e várias formas de composição de suas unidades. Assim, é possível vislumbrar, quanto ao tipo de competência exercida, órgãos de consultoria, de instrução, de fiscalização, de apoio técnico ou de deliberação. Quanto à forma de decisão, existem os órgãos que decidem de maneira colegiada e os de decisão unitária. Dependendo do tipo de organização da pessoa jurídica, do procedimento realizado para a tomada de decisão, do número de agentes envolvidos nesse processo, entre muitas outras circunstâncias, pode variar o grau de dificuldade na identificação dos agentes responsáveis pela prática de cada ato.

Há ainda que se levar em conta mais um fator relevante no plexo de relações que envolvem uma pessoa jurídica e seus agentes. É possível que sobre um mesmo ato, praticado em nome de pessoa jurídica, incidam tipos distintos de responsabilidade. Vejamos mais um exemplo. Na hipótese da prática de ato danoso a terceiros, pode se vislumbrar: 1) a responsabilização civil (patrimonial) do agente perante os terceiros atingidos (uma vez que ele pode ser solidariamente responsável nesses casos, junto com a pessoa jurídica); 2) a responsabilização patrimonial do agente perante a própria empresa que ele representa (numa possível ação regressiva); 3) a responsabilização penal do agente, se o ato danoso for tipificado como crime (nesse caso, o agente responderá perante a sociedade); 4) a responsabilização funcional do agente, na hipótese de sanção a ser aplicada por eventual desobediência a normas internas de atuação (de aplicação possível tanto no âmbito público como privado). Nesse aspecto, é interessante notar que cada espécie de responsabilidade aplicável merece análise isolada. Existe tipificação própria para cada uma delas, requisitos autônomos a serem preenchidos, circunstâncias próprias a sopesar. Deveras, um ato ilícito pode causar a responsabilização penal (se houver caracterização de crime), sem qualquer reflexo na esfera patrimonial (se, por exemplo, o ilícito não tiver causado dano indenizável), ou vice-versa, dependendo das circunstâncias próprias que circundarem o caso.

Esta é a temática a ser enfrentada no presente estudo. Para tanto, o primeiro ponto a ser desenvolvido diz respeito aos possíveis regimes jurídicos de responsabilização de dirigente de empresa estatal.

## 2. OS REGIMES JURÍDICOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DE DIRIGENTE DE ESTATAL

O dirigente de empresa estatal está envolvido, basicamente, em dois sistemas jurídicos. O primeiro, corresponde ao conjunto de regras que disciplina o funcionamento da empresa enquanto tal; faz parte do Direito Societário. O

outro, é derivado da característica especial de seu acionista controlador: o Estado. São regras que integram o Direito Administrativo.

Sobre esses dois sistemas (que marcam, por assim dizer, a atuação rotineira do dirigente de empresa estatal) incide um terceiro, que reflete a proteção da sociedade contra a prática de ilícitos criminais: é o Direito Penal. Deveras, para determinadas condutas realizadas no âmbito de atuação de um dirigente de empresa, é possível que incida sanção de natureza penal. Assim ocorre, por exemplo, quando são punidos os chamados "crimes do colarinho branco" ou, em virtude da natureza própria da empresa estatal, quando se trata de crimes contra a Administração Pública.

Para cada um dos sistemas acima descritos existe um modo próprio de responsabilização. É relevante notar que a diferenciação não atende apenas a fins terminológicos ou acadêmicos. Há diversas peculiaridades de natureza prática entre eles, que justificam o tratamento autônomo a ser dado.

É possível apontar, como exemplo marcante de diferenciação, as conseqüências imputáveis às espécies de responsabilidade em tela. No âmbito penal, a responsabilidade enseja, no mais das vezes, a imputação de penas privativas de liberdade (sem embargo da aplicação de penas restritivas de direitos e de multas — art. 32 do Código Penal). No campo societário, a responsabilidade é basicamente aquiliana e visa a recomposição do patrimônio da empresa por atos culposos praticados por seu administrador. A responsabilidade derivada das normas de direito administrativo pode ensejar a reparação do dano ao Poder Público, sanções pecuniárias de cunho reparatório e não-reparatório, sanções funcionais (relacionadas ao exercício do cargo ou emprego público) e até a perda de diretos políticos.

Mas as diferenças entre os tipos de responsabilização não elidem a possibilidade de identificação entre eles, pelo menos em determinados aspectos. No que diz respeito à forma de imputabilidade, tanto é possível encontrar peculiaridades inerentes a apenas um tipo de responsabilidade como semelhanças envolvendo todos. Assim, uma mesma conduta pode ensejar a aplicação simultânea de todas as espécies de responsabilidade ou não, dependendo das características que venham a apresentar.

Como característica distintiva de uma das responsabilidades, é possível destacar a rígida tipicidade, própria da responsabilidade penal. Noutros aspectos, porém, há inconteste aproximação das espécies. Entre os pontos semelhantes, merece especial relevo, no contexto deste estudo, o papel atribuído à subjetividade na aplicação das sanções (vinculação da responsabilidade à violação de um dever atribuído ao agente). Isto é, como a participação direta do agente (em muitos casos de maneira intencional), na prática do ato, está prevista como requisito indispensável à aplicação das diversas espécies de responsabilidade.

No caso de responsabilidade decorrente de aplicação do Direito Societário, a Lei das Sociedades Anônimas prevê regra em que o aspecto subjetivo aparece

em destaque. De uma maneira geral, a responsabilidade do administrador de empresas só decorre da prática de atos irregulares, como frisa o *caput* do art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei das S/A), Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

> *Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:*
> *I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;*
> *II – com violação da lei ou do estatuto.*

A necessária caracterização do comportamento culposo na imputação de responsabilidade no campo do direito societário também está presente quando da caracterização da chamada responsabilidade solidária entre os dirigentes. É o que prevê o § 1º do referido art. 158:

> *§1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. (...)*

A regra é a de que o dirigente não se responsabiliza por ato de competência de outro agente, a menos que tenha sido conivente com o erro. A Lei excetua, porém, situações específicas em que se define expressamente a incidência de responsabilidade solidária. Nestes casos, na verdade, a lei cria para o administrador um dever especial de cuidado sobre uma dada categoria de assuntos, dever este que afeta, inclusive, competências estatutariamente atribuídas a terceiros. Tal previsão vem contida no § 2º do art. 158:

> *§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.*

Noutras situações (inclusive as que envolvam companhias abertas), a Lei retoma a regra geral de somente imputar responsabilidade a quem tenha participado diretamente da realização do ato lesivo ou que, podendo evitá-lo, não o fez. É o que prescrevem os §§ 3º e 4º do art. 158:

> *§3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.*
> *§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não-cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato à assembléia geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.*

Vale ressaltar, por fim, que a culpabilidade em tais casos se constata tanto por meio de análise comparativa da conduta do administrador em relação ao

comportamento que legitimamente seria de se esperar dele (a exemplo do que ocorre nos casos de mandato, gestão de negócios ou comodato),[1] como através da caracterização do dolo (intenção) do agente na produção do ato lesivo. É o que atesta Modesto Carvalhosa, reconhecido comentador da Lei de Sociedades Anônimas:

> *"Disso resulta que nas relações extracontratuais entre o administrador e a companhia contam os padrões de conduta geralmente aceitos em tais circunstâncias, fazendo-se a combinação destes com os subjetivos, visando, assim, à equidade e à justa reparação do dano sofrido. E dessa evolução necessária para se alcançar a reparação concreta surge o conceito de culpa sem a prevalência da imputabilidade moral.*
>
> *Não se trata, portanto, da adoção pura e simples da teoria do risco, afastando a culpa, mas a caracterização da responsabilidade civil não mais ostentando o dado moral como o seu principal fundamento.*
>
> *Prevalece o critério da análise da conduta, em relação ao que os usos e costumes da administração societária geralmente admitem, sendo o dado moral considerado como ultimum subsidium, como ensida Ripert, ou seja, desde que a responsabilidade não possa ser apurada pelo jogo de outra regra.*
>
> *Na relação de poder que ostenta o administrador diante da companhia seria, com efeito, impossível buscar a responsabilidade subjetiva clássica, uma vez que a prova deveria reunir diversos elementos específicos que tornariam o preceito de nenhuma eficácia. Ao negligenciar, ao agir com deslealdade ou imprudência, ao abusar de seu poder ou desvia-lo, o administrador assume a responsabilidade por sua ação ou negligente omissão em face do cumprimento da lei e a defesa dos interesses sociais e institucionais da companhia. Será subsidiária, nesses casos, a imputabilidade moral de sua conduta. Conta em primeiro lugar, em todas essas hipóteses de má conduta, a relação de causalidade entre o dano jurídico (com violação da lei ou do estatuto) ou material sofrido pela companhia e a ação ou omissão do administrador. Desse nexo surge o dever do agente de indenizar a companhia, por culpa presumida.[2]"*

No campo penal, a subjetividade da conduta é, indiscutivelmente, um requisito para a responsabilização do agente.[3] Esta é a regra instituída na Parte Geral do Código Penal:

---

[1] O dever de diligência também está previsto expressamente na Lei das S/A, no seu artigo 153. Confira-se: "O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios."

[2] *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 3, Saraiva, São Paulo, 1997, pp.312-3.

[3] A discussão a respeito da caracterização da subjetividade no campo penal é clássica. Um dos temas que fazem parte dessa problemática é a de saber até que ponto o erro na realização de uma conduta exime o agente de responsabilização penal. Sobre este assunto discorreu profundamente Jorge de Figueiredo Dias, cuja abordagem central do problema se transcreve: "Esse sentido só pode ser, para o direito penal, o de que o erro de direito é em princípio (regula este, diz a sentença de PAULO) irrelevante *porque, também em princípio, ele é indisculpável*. Com

> *Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*
>
> *§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatores anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.*
>
> *§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:*
>
> *a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
>
> *b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
>
> *c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

Esse posicionamento é firme na jurisprudência, que rejeita a noção de responsabilidade objetiva no âmbito penal. Confira-se uma série de julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a responsabilidade penal de agentes públicos:

> *"RESP – PENAL – PREFEITO MUNICIPAL – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – OMISSÃO – NÃO RECOLHIMENTO – O FATO CRIME RECLAMA CONDUTA E RESULTADO. Analisada do ponto de vista normativo a responsabilidade penal (Constituição da República e Código Penal) é subjetiva. Não há espaço para a responsabilidade objetiva, muito menos para a responsabilidade por fato de terceiro. A conclusão aplica-se a qualquer infração penal. "Não recolhimento de contribuição previdenciária" caracteriza crime omisso próprio. A omissão não é simples não fazer, ou fazer coisa diversa, e não fazer o que a norma jurídica determina. O prefeito municipal, como regra, não tem a obrigação (sentido normativo) de efetuar os pagamentos do município; por isso, no arco de suas atribuições legais, não lhe cumpre praticar atos burocráticos, dentre os quais, elaborar a folha e efetuar pagamentos. Logo, recolher as contribuições previdenciárias. O pormenor é importante, necessário por ser indicado na denúncia. Diz respeito a elemento essencial da infração penal a ausência acarreta nulidade da denúncia. Não há notícia ainda de hipótese do concurso de pessoas (CP, art. 29)." (STJ, Resp. nº 63986/PR, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 30.05.1995) (sem grifos no original). Neste mesmo sentido, v. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 96746/PR, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u. j. 04.06.1996.*

---

a regra ter-se-á pretendido coisa bem direferente do que distinguir dois tipos de erro segundo a sua natureza intrínseca: o ser *de* facto ou *de* direito; o que se pretendeu fundamentalmente foi regular, de forma unitária, o âmbito do erro desculpável de uma parte e do indesculpável de outra parete, e portanto afirmar, em via de princípio, *a relação entre erro e culpa do agente na actuação*." (*O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.35).

> *"PENA. CRIME PREVIDENCIÁRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO DESCONTADAS DE SEGURADOS. DIRETORES DE ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA NORMA (LOPS, ART. 86, PARÁGRAFO ÚNICO). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.*
> *I – Sociedade de Economia Mista deixou de recolher contribuições previdenciárias descontadas de segurados. Três diretores, indicados pelo governo estadual, que tinham passado sucessivamente pela direção da companhia, foram denunciados por apropriação indébita (CP, art. 168; Lei nº 3.807/60, art. 86). Impetrou-se HC em favor deles. O TRF trancou a ação penal. Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso Especial (alínea a), ao argumento de que o art. 86 da LOPS e o art. 168 do CP não distinguem entre diretores da entidade privada, estatal ou mista.*
> *II – Não se admite responsabilidade penal objetiva. O parágrafo único do art. 86 da Lei nº 3.807/60 (LOPS) deve ser inteligentemente interpretado. De seu conteúdo se dessume que o diretor da entidade, para ser apenado, deve ter proveito, ainda que indireto, com o ilícito. Ora, no caso concreto, foram três diretores que, por indicação do governo do estado, passaram transitória e sucessivamente pela direção da sociedade de economia mista. Não há nenhuma prova de proveito, ainda que longínquo, por parte dos pacientes/recorridos.*
> *III – Recurso especial não conhecido." (STJ, Resp nº19925/MT, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, m.v., j. 15.12.1993) (sem grifos no original)*

> *"PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – PREFEITO MUNICIPAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DEPOSITÁRIO INFIEL – 'ABOLITIO CRIMINIS' – INOCORRÊNCIA.*
> *- Inexiste a alegada 'abolitio criminis' pela superveniência da lei 8.866/94, que dispõe sobre a prisão do depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública posto que, dando, supostamente, tratamento mais benéfico que a lei penal. Tal dispositivo não discriminalizou a conduta prevista no art. 95, 'd', da lei 8.212/91.*
> *- O prefeito municipal não pode ser sujeito ativo do crime de apropriação indébita, pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos servidores.*
> *- A responsabilidade de prefeito municipal só se caracteriza se comprovado o desvio da verba para proveito pessoal.*
> *- Atipicidade da conduta.*
> *- Precedentes.*
> *- Recurso não conhecido." (STJ, Resp nº 118050/RN, 5ª T, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, v.u., j. 27.10.1997)*

Em matéria de Direito Administrativo, principalmente no que toca à proteção do patrimônio público, também não se pode cogitar em responsabilização sem que o agente tenha violado um dever jurídico, ou seja, sem que tenha havido sua participação culposa (em sentido amplo) na produção da irregularidade.[4]

[4] A regra vale inclusive quando o dano decorre de comportamento contrário à ética e pode também significar a responsabilidade do agente perante terceiros. É o que nos lembra Jesús Gonzáles Pérez: "Los servidores públicos, como cualquier otra persona, vendrán obligados a reparar patrimonialmente los daños que con su actuación por infracción de los deberes éticos hubiesen ocasionado a la Administración pública a que sirvem o a terceros. Por lo general, las

Muito embora no direito brasileiro seja pacífico o reconhecimento da incidência da responsabilidade objetiva sobre pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestem serviços públicos (art. 37, § 6º da Constituição Federal), é igualmente indiscutível que esta responsabilidade somente recai sobre o agente responsável pela prática do ato se este tiver agido com dolo ou culpa.[5] A ressalva está presente no próprio Texto Constitucional (art. 37, § 6º), ao circunscrever o direito de regresso do Estado perante seu agente nos casos de dolo ou culpa ("assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa").

Bem ilustra essa regra a fundamentada decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Confira-se:

> *"PREFEITO – Responsabilidade civil – Medida governamental lesiva ao patrimônio público – Impossibilidade – Inexistência de prova de conduta abusiva ou de desvio de poder – Recurso oficial provido – Recurso do Ministério Público parcialmente provido para outro fim – Recurso da ré improvido.* ***Como agente político, o chefe do Executivo local só responde civilmente por seus atos funcionais se os praticar com dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. O só fato de o ato ser lesivo não lhe acarreta a obrigação de indenizar****." (TJSP, Apelação Cível nº 92.510-5-Presidente Prudente, 8ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Celso Bonilha, v.u., j. 11.08.99)*

É possível ainda destacar algumas peculiaridades existentes na responsabilidade decorrente do direito administrativo. Tais peculiaridades dizem respeito, principalmente, ao rigoroso sistema que foi instituído pela Lei de Improbidade Administrativa. O uso de conceitos vagos e indeterminados, redundando numa grande abrangência dos tipos legais que causam a incidência dessa responsabilidade específica, poderia, numa primeira leitura, induzir o intérprete a entender que, para estes casos, o legislador teria prescindido do aspecto subjetivo para imputar a responsabilidade. A inferência, porém, seria equivocada. Tendo em vista a importância do assunto para o presente estudo, a demonstração de que o aspecto subjetivo também está presente na

---

acciones u omisiones culposas que constituyen infracción de los deberes éticos lesionarán el patrimonio de la Administración pública; pero pueden ocasionar también daño patrimonial a los particulares." (*La ética en la Administración pública*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 141).

[5] Para uma visão acurada da responsabilidade dos servidores públicos no direito brasileiro, veja-se a excelente obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, especialmente as pp. 475 e seguintes. Mas a necessidade de culpa para a imposição de responsabilidade ao agente público não é exclusiva do direito brasileiro. Veja o que diz o notável jurista argentino Agostín Gordillo: "Por otra parte, toda vez que el servidor público cumple regularmente sus obligaciones legales, existe prácticamente uma eximiente de culpa. En tales casos el hecho es atribuído a la función o servicio mismo, es decir al Estado y corresponde por lo tanto aplicar la responsabilidad directa de éste, si la misma es pertinente, en forma exclusiva. De esta manera, el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye su responsabilidad, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad personal del agente público a menos que ese irregular cumplimiento sea culpable." (Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 4ª ed., Tomo 2, 2000, p. XIX-18).

responsabilidade decorrente da Lei de Improbidade será feita em tópico específico.

## 3. A RELAÇÃO ENTRE ILEGALIDADE E IMPROBIDADE

Esse assunto propõe como preliminar o debate quanto à definição, no Direito pátrio, da *improbidade administrativa*. Deveras, a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 — instrumento legal básico da matéria — não a conceitua. O que ela faz é prever as conseqüências do *ato de improbidade*, estabelecendo modalidades, impondo sanções, definindo os sujeitos passivos, etc. O conceito genérico de *ato de improbidade administrativa*, porém, não é, em momento algum, precisado, nem mesmo de maneira vaga ou indeterminada. Sendo assim, a referida noção há de ser retirada de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico[6]; para tanto, o ponto de partida deve ser o Texto Constitucional, que cuida expressamente da matéria.

A Constituição, ao tratar da Administração Pública, implicitamente delimitou o conceito de improbidade administrativa. De um lado, estabelecendo uma relação entre ela e o princípio da moralidade; de outro, indicando que o ato de improbidade constitui conduta *especialmente* contrária ao Direito (sendo passível, inclusive, de ação penal — CF, art. 37, § 4º, *in fine*), de maneira a gerar como conseqüências a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (CF, art. 37, § 4º).

Sustenta posição semelhante o ex-Procurador Geral da República Aristides Junqueira. Confira-se:

> *Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.*
>
> *É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.*
>
> *É também de José Afonso da Silva a afirmação de que "todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa", mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada com ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade.*[7]

---

[6] Sobre o assunto, ver o estudo monográfico do Professor Juarez Freitas, *Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação* (em "Boletim de Direito Administrativo", jul./96, editora NDJ, São Paulo, 1996, p. 433-47).

[7] *Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro*, em *Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*, coord. Cássio Scarpinella Buena e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2001, p. 88.

Já por aí se percebe que a mera ação em desacordo com a lei não pode, só por só, configurar ato de improbidade administrativa. Classificar toda conduta ilegal como improbidade seria generalizar indevidamente as conseqüências que a própria Constituição restringiu a uma espécie qualificada de comportamentos. Seria, portanto, incidir em inconstitucionalidade.

O ato de improbidade, por disposição constitucional, deve ser caracterizado levando-se em conta a *intenção* em praticar a ilegalidade ou qualquer outra conduta contrária aos princípios básicos da Administração. Há, portanto, um *aspecto subjetivo* inafastável na composição da hipótese do ato de improbidade administrativa[8].

O agente público que, em virtude de mera interpretação equivocada da lei, pratica ato inválido, mas o faz com a convicção de estar dando fiel cumprimento à regra de competência, obviamente não pratica ato de improbidade. É ímprobo o agente que viola o ordenamento jurídico de modo desonesto; que busca, com o exercício de sua autoridade, deliberadamente desviar-se dos fins traçados na lei[9].

Desta forma, a simples ação em desacordo com a lei não implica a prática de conduta ímproba[10]. Esta só se faz presente quando houver, por assim dizer, uma nulidade *qualificada* pela má-fé do agente.

---

[8] Esse aspecto subjetivo também é acentuado pelo ilustre Professor gaúcho Juarez Freitas ao definir o princípio da probidade administrativa: "o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública, praticados por agentes seus ou terceiros" (obra citada, p. 437— destacou-se).

[9] Consulte-se Juarez Freitas: "De outra parte, numa adequada e percuciente intelecção, em especial do art. 11 do diploma em exame, não se devem aplicar as sanções cominadas às condutas culposas leves ou levíssimas, exatamente em função do *telos* em pauta e por não se evidenciar, em situações semelhantes, a improbidade, sequer por violação aos princípios. Postula-se, mais do que coibir o dano material, inibir a infringência, por si mesma nefasta, do princípio da moralidade, seja pelo agente público ou por terceiro, punindo-os com a imposição de penalidades severas, incompatíveis com a culpa leve ou levíssima." (obra e página anteriormente citadas — o original não está sublinhado).

[10] A dicção do art. 11, pela sua amplitude, pode levar, numa primeira análise, à impressão de que todo e qualquer ato nulo — *por ser contrário ao princípio da legalidade*, que é protegido expressamente pelo referido dispositivo — seria um ato de improbidade administrativa. Essa interpretação, porém, é equivocada. Entender o dispositivo dessa maneira conduziria a situações absurdas. Basta lembrar que, se assim fosse, o uso pelo administrador da competência de anular seus próprios atos implicaria a confissão de conduta de improbidade, sujeita às gravíssimas penas na Lei nº 8.429/92. Isto, na prática, eliminaria a possibilidade de o administrador atuar como revisor de seus próprios atos; os pedidos de reconsideração fundados em questões de legalidade seriam inócuos, pois não haveria quem assumisse espontaneamente o ônus de uma conduta ímproba; e assim por diante, causando uma cadeia de conseqüências que desmancharia o sistema de atuação dos agentes públicos, de controle interno da Administração Pública, etc. Na verdade, quando o art. 11 da Lei nº 8.429/92 prevê a ofensa ao princípio da legalidade, como hipótese de conduta ímproba, não se referiu à prática de qualquer ato ilegal, mas a uma espécie deles. O tipo descrito se dirige contra os atos *deliberadamente* ilegais.
Neste sentido:"Deve ser enfatizado que as condutas enumeradas nos sete incisos do art. 11 não autorizam cogitar do elemento subjetivo que as motiva, sendo todas presumidamente dolosas. Aliás, pela redação dos tipos já se evidencia que tais atitudes **pressupõem a consciência da ilicitude e a vontade de realizar o ato anti-jurídico**." (Marino Passaglini Filho; Márcio Fernando

Contudo, dúvida poderá persistir em razão da amplitude de tratamento dado à matéria pela Lei nº 8.429/92. Deveras, a Lei instituiu três classes diferentes de ato de improbidade — sem jamais defini-la, repita-se —, todas elas bastante amplas. No art. 9º, cuidou dos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito; no art. 10, dos atos que causam prejuízo ao erário; por fim, no art. 11, estabeleceu a classe mais abrangente de todas, a dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (dentre estes, o da legalidade).

Seguindo cada artigo, a Lei traz um rol de situações em que as respectivas hipóteses de improbidade estariam *notadamente* configuradas. A dúvida que a norma propõe é a de saber se os incisos que completam os referidos artigos constituem, por si só, tipos completos e autônomos de improbidade administrativa ou se eles só se perfazem com a conjunção de outras circunstâncias exteriores (contidas no *caput* dos artigos ou no próprio conceito de improbidade administrativa, extraído do ordenamento).

A questão ganha relevo em face da falta de técnica na elaboração legislativa no presente caso. A Lei mistura situações em que um determinado inciso esgota perfeitamente o tipo, com outras em que a hipótese mencionada visivelmente exige complemento.

O inciso I, do art. 9º é exaustivo: "*receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público*". O preceito apresenta hipótese completa do tipo "improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito"; pois receber vantagens de terceiros para fazer ou deixar de fazer algo de sua competência é ato frontalmente contrário à moral administrativa e propicia, ao mesmo tempo, enriquecimento ilícito do agente público infrator.

De outro modo, o inciso V, do art. 11 diz apenas: "*frustar a licitude de concurso*"; deixando a configuração do restante do tipo (atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública), para o *caput* do artigo e para o próprio conceito de improbidade administrativa. Assim, nem todo ato que frustre a licitude de um concurso será ato de improbidade administrativa; mas só aquele que, frustrando-a, também viola princípios da Administração Pública, tornando-se, por essa conjunção de fatores, ato ímprobo.[11]

---

Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, *Improbidade Administrativa — Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*, Atlas, São Paulo, 1996, p. 112, grifos nossos).

[11] Raciocínio semelhante foi desenvolvido por Benedicto Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, no artigo *Violação ao Dever de Licitar e a Improbidade Administrativa* (em *Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*, coord. Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2001, pp. 93-7), no qual defendem que não é a mera desobediência ao dever de licitar que conduz à improbidade, mas somente a desobediência ocasionada pela má-fé do agente. Na mesma linha, Vera Scarpinella Bueno sustenta que o uso indevido da imagem em publicidade oficial somente caracteriza ato de improbidade se for comprovada a má-fé do agente (*O art. 37, §*

Neste sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão que firma jurisprudência. Confira-se:

> *"ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE DE PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido." (STJ, Resp. nº 213994/MG, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 17.08.1999) (sem grifos no original)*

Em virtude dessas circunstâncias, o intérprete, ao se deparar com uma situação concreta, necessita verificar não apenas a realização da hipótese constante de um dos incisos da referida Lei, mas também, e principalmente, se o caso concreto se enquadra no *tipo completo* do ato de improbidade em questão.

Como já foi dito, são três as classes de atos de improbidade administrativa determinados pela Lei nº 8.429/92: a dos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); a dos que causam prejuízo ao erário (art. 10); e a dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Quanto aos dois primeiros tipos, sua aplicação está adstrita, além de à improbidade em si, a condicionantes mais objetivos: (a) haver um enriquecimento ilícito e (b) haver prejuízo ao erário. No último caso, todavia, a questão é mais complexa, pois os condicionantes da improbidade também são vagos; a saber, a hipótese da norma está caracterizada como "*a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*".

O ponto comum que os une é justamente o fato de todos demandarem a prática de um *ato de improbidade*. Não basta tratar-se de ato que provoque um enriquecimento ilícito, ou um prejuízo ao erário, ou que atente contra os princípios da Administração Pública. Necessário se faz que seja um *ato de improbidade* a provocar tais conseqüências.

No caso de decisão colegiada, cada diretor pode assumir um, de dois possíveis papéis. Pode ser que lhe seja atribuída a responsabilidade pela matéria objeto de deliberação e, por isso, assuma maiores deveres quanto ao conteúdo das informações que balizarão a decisão dos demais. Ou, caso não seja o responsável direto pela matéria, passa a ter postura de análise e verificação em relação ao tema exposto, decidindo com base na convicção formada em torno das informações fornecidas por intermédio do órgão incumbido da matéria.

Numa ou noutra situação, há necessidade de o comportamento do agente ser *analisado individualmente*, para avaliar se houve improbidade. Não é porque se trata de decisão colegiada, que a imputação de improbidade deva, necessariamente, ser aplicada a todos os participantes da decisão. A imputação

---

*1º, da Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa*, artigo constante da obra conjunta já citada, *Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*, pp.387-94).

de improbidade deve ser feita, mesmo nesses casos, levando em conta a conduta individualizada de cada agente público envolvido.

Sendo assim, a questão primeira e central para a análise da presente situação é saber se, numa decisão concreta, houve ou não prática de *ato de improbidade* por parte dos agentes envolvidos[12].

Conforme já foi dito, para que um ato seja considerado ímprobo precisa apresentar mais do que a objetiva desconformidade com a lei. É necessário que o agente, ao praticá-lo, tenha apresentado o *ânimo* de violar a lei ou assumido conscientemente o risco de fazê-lo; a *intenção* de desatender aos princípios norteadores da atividade administrativa; tenha, enfim, praticado *ato de má-fé*, especialmente repugnado pelo Direito. **A improbidade se constata na análise subjetiva do móvel do agente e não no simples confronto objetivo do ato com a lei**.

É certo que, na maioria das vezes, *a intenção do agente* é um dado de difícil verificação. Não obstante isso, a caracterização da improbidade exige seu exame. É injurídico, por violar o próprio conceito constitucional de improbidade, tentar caracterizá-la de modo puramente objetivo.

A solução para contornar essa dificuldade é verificar aspectos do ato praticado que possam ter relação com o *móvel* do agente, ou, quando menos, que possam servir de indício forte e seguro para inferi-lo. Saber se a decisão foi motivada; quais as razões invocadas para a decisão; se o procedimento de instrução seguiu o rito previsto; se a matéria sob apreciação era razoável do ponto de vista operacional e legal; se a decisão, independentemente das circunstâncias, implicaria benefício indevido a terceiros; se a Administração realmente necessitava deliberar a matéria em questão; todos esses são caminhos para revelar o *móvel* do agente na prática de ato submetido à deliberação colegiada. Esses, aliás, são dados que se esperam disponíveis em processo administrativo ou judicial, destinado à verificação de improbidade.

Sendo assim, cumpre identificar em que situações o diretor de empresa estatal pode ser responsabilizado por decisões colegiadas das quais tenha participado. É o que será visto no tópico a seguir.

## 4. RESPONSABILIDADE POR DECISÃO COLEGIADA

Em que medida um diretor, que aprova relatório ou parecer, é responsável pelo conteúdo das informações que lhe foram dadas? Ao decidir com base em informação, que posteriormente se constata equivocada, o diretor assume a responsabilidade pelo erro? Tais indagações não admitem respostas simplistas ou reducionistas, do tipo: — *Os diretores, nesses casos, são* <u>*sempre*</u>

[12] Os qualificativos dados pela Lei — ato *que importa enriquecimento ilícito*; ato que *causa prejuízo ao erário*; e ato que *atenta contra princípios da Administração Pública* — só podem ser verificados após essa análise preliminar. Sem que esteja presente essa condição necessária — existir um ato de improbidade —, obviamente não se cogita de verificar a presença dos qualificativos.

*responsáveis, em virtude da natureza do cargo que ocupam.* Ou, o que implicaria do mesmo modo uma redução do problema posto, defender: — *Nunca os diretores poderão ser responsabilizados por atos praticados por terceiros.*

Não são cabíveis respostas absolutas em matéria de responsabilização de diretor, principalmente aquelas derivadas de decisão colegiada. Isto se dá em virtude do caráter subjetivo que qualquer tipo de responsabilidade a ser aplicada a agente de empresa estatal tem de apresentar.

Deveras, como já foi demonstrado em tópico anterior, a responsabilização de agente público decorre necessariamente de um comportamento culposo (culpa em sentido amplo, envolvendo o dolo, a imperícia, a imprudência e a negligência); ou seja, somente com a violação de um dever jurídico um agente poderá ser responsabilizado. Sendo assim, não é possível, *a priori,* excluir ou aplicar a responsabilidade ao agente que participa de decisão colegiada. Faz-se necessário, portanto, uma verificação individualizada de cada caso para saber se, naquele episódio específico, houve comportamento culposo do agente (ensejador de sua responsabilização).

Alguns critérios podem ser destacados para a identificação dessa culpabilidade.

Um primeiro aspecto relevante diz respeito à natureza do dever jurídico imposto ao diretor em relação à matéria específica a ser analisada. Determinados assuntos, por previsão legal ou estatutária, podem assumir um alto grau de importância no plexo de atribuições do agente, demandando sua responsabilidade integral sobre tal matéria. São casos excepcionais, em que se cria dever jurídico específico de zelar pela prática de determinados atos, tidos como essenciais. Assim ocorre com o dispositivo da Lei das S/A que atribui responsabilidade solidária aos administradores pelos prejuízos decorrentes do descumprimento de normas legais impostas para assegurar o regular funcionamento da companhia (art. 158, § 2º, já mencionado em tópico anterior). Neste caso, considerou-se especial o dever de zelar pelo regular funcionamento da companhia e, sob tal assunto, surgiu responsabilidade mais intensa. Na hipótese de descumprimento, independentemente da participação direta do agente, ele há de ser responsabilizado por sua omissão em zelar pela observância de tais regras.

Na maioria dos assuntos, porém, o nível de exigência legal e estatutariamente estabelecido é outro. Quer-se, nas matérias comuns de deliberação da companhia, que o diretor decida diligentemente as questões que lhe são levadas, mas não se impõe o mesmo dever (responsabilidade) presente naquelas matérias especiais.

Para aferir o papel dos diretores na deliberação sobre tais matérias, ditas comuns, é fundamental levar em consideração a divisão interna de competências existente em qualquer estrutura burocrática, inclusive a empresarial.

Não se concebe que, em complexas estruturas funcionais, um só agente ou um grupo seleto de agentes (no caso, diretores), seja responsável diretamente por todos os atos praticados em nome da pessoa jurídica representada

(empresa). Torna-se praticamente imprescindível uma divisão interna de competências, abarcando as diversas atribuições vinculadas à entidade.

Seja em função da matéria a ser tratada, seja em função de posições hierárquicas, são criadas unidades de competência, nas quais pessoas físicas (agentes) serão incumbidas de agir em nome da empresa. Assim, surgem divisões para tratar dos mais variados assuntos: recursos humanos, finanças, contabilidade, direito, contratos, etc. Dentro de cada estrutura funcional, por sua vez, também é factível a existência de subdivisões, muitas delas obedecendo escala hierárquica, com cargos de chefia (superintendentes, gerentes, entre outras denominações que podem ser usadas) e outros de natureza operacional (secretários, auxiliares de escritório, etc.).[13]

A cada unidade de competência corresponde, para o agente que a ocupa, uma responsabilidade própria derivada do exercício dessa função específica. Não obstante essa correlação básica, é possível vislumbrar responsabilidades sobrepostas em decorrência do nível hierárquico: o agente de unidade superior respondendo por atos praticados por agentes que lhes são subordinados. Essa última forma de responsabilização, porém, não é a regra, dependendo de expressa fixação, legal ou estatutária, para que exista. O mesmo ocorre quando se trata de decisão colegiada tomada com base em instrução a cargo de outros órgãos. É possível que os agentes integrantes do colegiado respondam indiretamente pelos equívocos produzidos por terceiros, mas esta não é regra.

A título de exemplo, imagine-se o caso de deliberações de diretoria tomadas em reunião, em cuja pauta se insira a análise de processos, já instruídos com os documentos relativos ao assunto em pauta, o seu detalhado exame pelo setor competente, bem como o relatório do diretor da área, a ser submetido a discussão e deliberação. Em casos tais seria inconcebível que cada diretor fosse obrigado a aferir pessoalmente a exatidão de todas as informações que lhe foram fornecidas pelos órgãos de instrução competentes. Isto é, seria inviável impor ao diretor de uma instituição o dever de revisar toda e qualquer matéria que lhe fosse submetida. Seria o mesmo que neutralizar qualquer efeito prático de uma

[13] A divisão de competência entre órgãos dentro de uma mesma entidade está presente em qualquer modelo de organização administrativa e envolve tanto órgãos de composição individual quanto coletivas. Assim funciona a divisão de competências numa mesma entidade, segundo a lição do Professor Paulo Otero, da Faculdade de Direito de Lisboa: "A circunstâncias de as entidades integrantes da Administração serem pessoas coletivas significa que as mesmas apenas são susceptíveis de manifestar a sua vontade através *de órgãos*. Cada órgão, ao expressar uma vontade juridicamente imputável à pessoa colectiva onde se encontra integrado, exerce um conjunto de poderes jurídicos tendentes à realização das atribuições da respectiva entidade pública. Esse conjunto de faculdades jurídicas confiadas a cada órgão constitui a sua *competência*. Configurada a competência como fracção da capacidade da pessoa colectiva atribuída a cada órgão, a norma legal através da qual a referida atribuição é efectuada traduz-se, simultaneamente, numa autorização para a produção de actos jurídicos e num limite à actividade do órgão. A função limitativa da norma de competência assume um caráter biforntal: *a)* determina em que medida a actividade do órgão se insere nas atribuições da respectiva pessoa colectiva; *b)* delimita a esfera de acção de cada órgão face aos demais do mesmo ente. A existência de uma pluraridade de órgãos no âmbito de qualquer ente público determina a distribuição e delimitação de áreas de competência. Paralelamente, coloca questões respeitantes ao posicionamento e relacionamento dos órgãos entre si." (*Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 29-33).

desconcentração administrativa, de uma divisão de competências, pois se tal responsabilidade existisse, a cúpula da estrutura burocrática voltaria a concentrar todas as atividades a cargo de seus subalternos.

Se matéria de índole ordinária — como, por exemplo, a aferição de preços no mercado para reajustamento de contratos — for competência de uma dada diretoria, que se serve de órgão técnico para instruir o processo e depois aprova os dados ali fornecidos, submetendo-os à deliberação colegiada; não há como responsabilizar os demais integrantes da diretoria pela comprovação das informações prestadas pelo órgão técnico competente e submetidas à apreciação colegiada com a aprovação da diretoria especificamente responsável. Em casos tais, a atuação dos demais integrantes da diretoria se limita a verificar a observância formal do procedimento exigido, cabendo-lhe responsabilidade pelo conteúdo das informações prestadas, apenas na hipótese de comprovação de conluio.

Sendo assim, parece possível afirmar que a responsabilidade do diretor por atos de terceiros somente seria aplicável se este tivesse agido com culpa na aceitação de informações equivocadas.[14] Sustentar o oposto significaria transformar o diretor de uma empresa em seu segurador universal. Criar-se-ia um ônus extraordinário e incompatível com o exercício de qualquer função dentro de uma administração descentralizada.

Mas isso tudo não significa dizer, por outro lado, que os órgãos de direção e seus agentes estejam isentos de qualquer espécie de responsabilidade por aprovarem atos incorretos ou deliberarem com base em informações equivocadas de órgãos inferiores. Há o dever de exame acurado das informações apresentadas. Assim, caso erro crasso seja cometido, ou regras básicas de procedimento não sejam atendidas, ou tenha havido conluio entre a direção e os órgãos de instrução na armação de uma fraude, os diretores envolvidos seriam passíveis de responsabilização (que pode ser, conforme o caso, patrimonial, administrativa — incluindo os efeitos da Lei de Improbidade — ou até mesmo penal).

A responsabilização de diretores, nesses casos, se mostra análoga à responsabilização de agentes do Conselho de Administração numa Sociedade por Ações. É o que se percebe nos precisos comentários de Modesto Carvalhosa:

> *Aplica-se ao órgão e a seus membros o princípio dispositivo processual, ou seja, de que as deliberações do Conselho de Administração têm por base os fatos, atos e negócios constantes dos relatórios, informações e comunicações fornecidos pelos diretores, valendo, na espécie, o princípio: "Quod non est in actis nos est in mundo".*

[14] Ressalte-se que esta é a noção prevista no art. 158, § 1º da Lei das S/A: "O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática.(...)".

> *Os elementos para a convicção do Conselho são aqueles que constam dos documentos e informes verbais dados pelos próprios diretores ou membros do Conselho Fiscal ou consultivo da companhia, sem embargo dos que advierem de acionistas ou de terceiros com legítimo interesse nos negócios da sociedade. Nenhuma responsabilidade terão os conselheiros por atos, fatos ou negócios praticados pelos diretores com abuso de poder ou infringência da lei ou do estatuto, que sejam sonegados ao conhecimento formal do órgão colegiado.*
>
> *Em conseqüência, prevalece para os efeitos da responsabilidade coletiva dos membros do Conselho de Administração o preceito contido na primeira parte do § 1º da norma, ou seja: os membros do Conselho não são responsáveis por atos ilícitos dos diretores, salvo se com eles forem coniventes, se negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixarem de agir para impedir sua prática.*
>
> *Entender-se de outra forma significaria o estabelecimento de iniqüidade permanente, representada pela responsabilidade solidária dos membros de um órgão — o Conselho de Administração — por atos de outro órgão — a diretoria. Ora, a diretoria constitui órgão distinto da administração, com funções diversas das que cabem ao Conselho. Atribuir-se a este órgão responsabilidade por atos praticados individualmente pelos diretores, a não ser que se configure conivência ou negligência, seria totalmente injusto e antijurídico.*[15]

Mais uma vez é útil ilustrar o que se afirma. Imagine-se deliberação a ser tomada com base em perícia técnica (seja ela contábil, financeira, mercadológica ou qualquer outra). O diretor incumbido de decidir tal matéria tem por obrigação verificar as informações que lhe foram fornecidas e, com base em sua avaliação, decidir o caso concreto. Não lhe cabe refazer perícias, verificar materialmente a ocorrência ou não dos fatos relatados, posto que tal incumbência constitui atribuição dos órgãos de instrução competentes. Isso, porém, não o exime de verificar a coerência e a plausibilidade das informações constantes da instrução e, na hipótese de erro evidente, determinar sua correção, sob pena de ser responsabilizado por agir de modo negligente.[16] São exemplos de erros evidentes, a ausência de um laudo necessário ao processo de instrução, a cotação de um produto distinto do solicitado (sem justificativa), a proposta de solução esdrúxula para um caso concreto.

O mesmo pode se afirmar em relação ao exame de pareceres jurídicos. O diretor não tem o dever de contestar ou contra-argumentar pareceres jurídicos elaborados pelo departamento competente, mesmo que, eventualmente, possua

---

[15] *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 3, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 308.

[16] Neste sentido é a ponderação de Welzel (concebida para o âmbito penal, mas perfeitamente aplicável à problemática em exame), segundo o qual a culpa estaria caracterizada "a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente" (apud Damásio E. de Jesus, *Direito Penal, 1º vol. – Parte Geral*, 14ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1990, p. 253).

alguma formação jurídica. A análise, também nesse caso, é transferida a órgão de natureza técnica: a consultoria jurídica (ou órgão similar). Apenas situações em que houvesse evidente equívoco no posicionamento jurídico sugerido, seja em decorrência de erro fático explícito e notável, seja em decorrência de interpretação da legislação que, mesmo ao olhar leigo, possa ser taxada de absurda, caberia exigir do integrante de diretoria contestar um parecer jurídico apresentado pelo órgão competente.

Sobre o tema, merece transcrição trecho de parecer do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, no qual examina questão semelhante:

> *Cifrando-nos ao tema dos **pareceres técnicos**, (nos quais se incluem, pois, os jurídicos), restará saber quais as conseqüências, para o agente da administração ativa, se, afinal, o ato decisório vier a ser considerado inválido: (a) no caso de haver-se afastado das conclusões do parecer obrigatório e (b) no caso de haver atuado em sua conformidade.*
>
> *Parece-nos fora de dúvida que, na primeira hipótese, vindo a ser considerado inválido o ato praticado em **desconformidade com parecer técnico** (e cujo vício se relacione com questão ou aspecto objeto da manifestação do parecer) caberá responsabilização do agente que expediu o ato decisório, pois, em tal caso, **ficará evidenciado que agiu (pelo menos) com culpa**, porquanto terá desatendido conclusões em relação às quais não tinha habilitação **funcional** para contender com conhecimento de causa. É óbvio, de outra parte, que se o ato decisório for considerado válido, não terá por que ser responsabilizado.*
>
> *Se, diversamente, houver atuado na conformidade do parecer técnico, entendemos também fora de dúvida que **descaberá responsabilizar o agente** que praticou o ato decisório, se, a final, dito ato vier a ser considerado inválido por razões relacionadas com tópico objeto das conclusões do parecer. É que, em tal caso, seu comportamento terá sido estribado em conclusões **a respeito das quais não tinha, funcionalmente ou sequer de fato, conhecimento de causa para decidir e que foram fornecidas por quem as possuía**. Logo, não se poderá derivar diretamente daí **imprudência, negligência ou imperícia**, vale dizer culpa. (...)*
>
> *Solução diversa conduziria ao absurdo. Deveras, implicaria responsabilizar alguém que, adstrito a agir com base em noções **estranhas à sua área funcional de conhecimentos e, demais disto, obrigado a buscar socorro nelas**, decidiu-se na exata conformidade das conclusões **legalmente previstas como instrumentais de sua ação**. Bem se vê, então, que admitir responsabilização por ato decisório praticado em tais termos, implicaria responsabilizar dado sujeito por conclusões alheias que haviam sido previamente supostas na lei como necessárias para iluminação da conduta administrativa.*[17] *(os grifos constam do original)*

[17] *Atos Administrativos – responsabilidade de autoridade pública*, em Revista Jurídica de Osasco, nº 4, 1999, pp. 211-2.

Parece conveniente, por fim, separar a responsabilização decorrente do mau desempenho de função por integrante de órgão colegiado, com outro tipo de responsabilidade que pode incidir em virtude da natureza jurídica da empresa em questão (estatal): a derivada da Lei de Improbidade Administrativa.

No primeiro caso, tem-se unicamente responsabilidade patrimonial, derivada do mau desempenho da função de administrador de empresa. A responsabilização decorre da aplicação de leis e normas (inclusive estatutárias) de natureza civil, por assim dizer. São regras construídas no sistema de direito privado e visam à proteção da pessoa jurídica em face das pessoas físicas (agentes) que atuam em seu nome. Para que ocorra a incidência de tal responsabilidade, basta que haja culpa (em sentido amplo, incluindo a imprudência, a imperícia e a negligência) do agente na tomada de uma determinada decisão.

Situação distinta é a da responsabilidade derivada da Lei de Improbidade Administrativa. Neste caso, como salientado no tópico anterior, é imprescindível a comprovação da intenção do agente em praticar ato ilícito para que seja caracterizado o ato de improbidade. Se for caracterizada a improbidade, além de sanções de índole patrimonial, é possível que outras sejam impostas, como, por exemplo, a perda de direitos políticos, de cargo ou de emprego público. Nesta linha, é importante frisar que a aplicação da primeira espécie (a responsabilidade puramente patrimonial) não implica necessariamente a incidência desta última (a responsabilidade derivada da Lei de Improbidade Administrativa).

Tendo em vista o exposto, é possível afirmar que, numa decisão colegiada, o agente participante da deliberação conjunta somente será responsabilizado se houver comprovação de conduta culposa de sua parte.[18] Nos casos em que tais decisões forem tomadas com base em informações, posteriormente tidas como equivocadas, a necessidade de comprovação de culpa do agente integrante do órgão colegiado persiste. Em tais casos a culpabilidade é caracterizada apenas se o erro de informação fosse possível de ser detectado apenas com a verificação dos dados fornecidos (realizada conforme *padrão médio do homem comum*), ou, de outra forma, se fosse comprovado conluio entre o agente do órgão superior e os agentes incumbidos da instrução.

Sendo assim, não se pode ter como exigível o dever de revisão geral, por parte do diretor, das informações prestadas por órgãos de instrução. O diretor é competente, em suma, para apreciar as informações prestadas e com base nelas decidir. Os erros ocultos porventura existentes são imputáveis aos agentes diretamente incumbidos de desempenhar a atividade de instrução. Exceção é feita quando se trata de erros evidentes e passíveis de detecção por exame de pessoa diligente (padrão normal de conduta exigível). Neste último caso, seria possível imputar responsabilidade a diretores com base na culpa (negligência no exame da matéria). A outra hipótese de responsabilização decorreria da intenção

[18] "A culpa deve ficar provada acima de qualquer dúvida, não se aceitando presunções ou deduções que não se alicercem em prova concreta e induvidosa (TACrSP, Ap. 152.137 e 114.761, RT 504/381)". Apud Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 1ª ed., Renovar, São Paulo, 1986, p.32.

de agir ilicitamente (dolo), o que poderia ocorrer na hipótese de haver deliberado intuito de ocultar erro ou participação direta, através de conluio, na produção da informação equivocada.

## 5. CONCLUSÕES

1. Analisando em abstrato a situação de um dirigente de empresa estatal, é possível antever a incidência de três formas distintas de responsabilização. Duas decorrem dos sistemas jurídicos principais de regulação da atividade de um dirigente de empresa estatal: o Direito Societário e o Direito Administrativo. Em virtude da aplicação de um, tem-se a responsabilidade civil (aquiliana) do administrador perante a empresa que representa; pela aplicação do outro sistema (o direito administrativo), é possível vislumbrar, sobre o agente público, incidência de responsabilidade funcional, patrimonial e outras decorrentes do regime de proteção do patrimônio e moralidade públicos (como a aplicação de multa e a perda de direitos políticos, sanções previstas na Lei de Improbidade). Sem embargo da aplicação das duas espécies de responsabilidade anteriores, é possível que incida ainda a responsabilidade penal, na hipótese de conduta tipificada como crime pelo ordenamento jurídico (crimes do colarinho branco, ou contra o patrimônio público, por exemplo).

Vale ressaltar que as três espécies de responsabilidade possuem uma característica comum: dependem da identificação de culpa (no sentido amplo, abarcando o dolo e a culpa em sentido estrito) na conduta do agente para que sejam aplicadas. Constituem, nestes termos, responsabilidade do tipo subjetiva.

2. A improbidade não decorre da mera invalidação de atos jurídicos. Para caracterizá-la, é indispensável que se analise a conduta do agente e se constate atitude dolosa de sua parte. O simples erro na atuação de agente público não é punível pela Lei de Improbidade.

3. O integrante de Diretoria não é responsável pela instrução dos processos que lhes são submetidos. Sua atribuição restringe-se à verificação e análise das informações que lhe são passadas pelos órgãos competentes. Neste contexto, só lhe seria atribuída responsabilidade, por incorreção dos elementos de fato fornecidos, se:

(a) os erros fossem identificáveis por meio do regular exame que a função exige (o que não significa realizar verificação material dos fatos, efetuar novas diligências ou perícias, nem tampouco proceder a exame minucioso baseado em conhecimentos técnicos específicos); ou

(b) houvesse participação direta do diretor na formulação da instrução equivocada ou deliberada intenção em ocultar os erros.

4. A análise jurídica não apresenta diferença, quanto a esse aspecto, das demais matérias de índole técnica submetidas a instrução. Neste caso, o integrante da Diretoria é passível de responsabilização apenas se a interpretação

jurídica submetida à aprovação contrariasse frontalmente o Direito (fosse completamente desarrazoada, de modo a causar espécie até mesmo ao senso comum de pessoas não especializadas no conhecimento jurídico) ou se fosse comprovada ingerência deste agente na determinação do conteúdo do parecer jurídico (o que poderia caracterizar sua culpa em relação ao resultado proposto no parecer).

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE DIRIGENTE DE EMPRESA ESTATAL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

**Publicação Impressa:**

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 12, jan./mar. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.