ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 36 – Outubro/Novembro/Dezembro de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS LIMINARES POR AGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS

Maurício Zockun
Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da PUC/SP.
Mestre em Direito Tributário e Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP.
Advogado.

1. Colocação do problema

Qual o tratamento jurídico conferido ao ato de agente público lotado em empresa estatal que, voluntariamente, descumpre decisão judicial liminar que lhe é dirigida? Essa conduta tipifica ato de improbidade, crime, infração disciplinar ou, pelo contrário, hipótese de anomia. Vale dizer: é fato ou fato jurídico? E se for fato jurídico, é hipótese de incidência de norma sancionatória? Se sim, de qual natureza? Esses são os questionamentos que nos animam a examinar o tema proposto.

2. Configuração do ato de improbidade

As classificações não são certas ou erradas, apenas úteis ou inúteis[1]. E a serventia de uma classificação jurídica decorre da possibilidade de identificarmos os regimes jurídicos aplicáveis a determinadas relações intersubjetivas.

O artigo 37, caput, da Constituição Federal, comina à Administração Pública a observância do primado da moralidade. A moralidade administrativa, esclareça-se, é categoria gênero que comporta como espécies (i) a moralidade administrativa stricto sensu e (ii) a probidade administrativa.

Essa segregação da moralidade administrativa entre a moralidade administrativa stricto sensu e probidade administrativa decorre do tratamento jurídico conferido ao tema pelo Texto Constitucional. Vale dizer: a Carta Magna classificou a moralidade administrativa e submeteu suas classes (moralidade administrativa stricto sensu e probidade administrativa) a distintos regimes jurídicos.

Até aí nenhuma novidade porquanto o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de a Constituição classificar determinadas categorias humanas conferindo-lhes tratamento jurídico diferenciado[2].

E a percepção da existência de uma classificação constitucional da moralidade administrativa decorre do exame do Texto Maior.

Com efeito, o vocábulo moralidade é utilizado como pressuposto para o ajuizamento de ação popular (artigo 5º, LXXIII) e como condição para o exercício de mandato eletivo (artigo 14, §9º). A locução probidade, por seu turno, é utilizada para fins de inelegibilidade (artigo 14, §9º), cassação de direitos políticos (artigo 15, V), suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do dano causado ao erário (artigo 37, §4º) e crime de responsabilidade do Presidente da República (artigo 85, V).

Mas qual, afinal, é a distinção que a Constituição fixou entre a probidade e a moralidade administrativa stricto sensu?

Enquanto a quebra da moralidade administrativa stricto sensu autoriza a (i) invalidação de atos lesivos ao patrimônio público por meio de ação popular e (ii) se perfila como causa impeditiva para o exercício de certos direitos políticos; condutas atentatórias à probidade administrativa ensejam a imposição de (iii) sanção aos seus agentes.

É claro que tanto a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público como a impossibilidade de exercício de certos direitos políticos por quebra da moralidade administrativa poderia se qualificar como sanções. Todavia, nesta hipótese, a sanção imposta se volta à exclusão da norma lesiva do ordenamento jurídico e à conformação do exercício de direitos políticos. Já na improbidade, o Texto Maior mira uma sanção – patrimonial e pessoal (inclusive restritiva da liberdade) – a ser imposta diretamente em face do agente ímprobo.

Assim, sob o ângulo da Teoria Geral do Direito, isso significa dizer que o Texto Constitucional, ao dispor sobre a moralidade administrativa stricto sensu, regula os limites para o válido exercício de mandato eletivo e a expulsão de atos lesivos ao patrimônio público. Já na probidade, interessa apenas os meios e formas para sancionar o causador da lesão (tema de que, sob o ângulo constitucional, não se ocupa a moralidade administrativa stricto sensu).

Eis a diferença constitucional entre esses institutos!

2.1. A moralidade administrativa e suas espécies

A edificação dessa premissa maior nos remete a uma segunda ordem lógica de raciocínio: como se qualifica um ato de improbidade administrativa stricto sensu e um ato atentatório à moralidade administrativa? A resposta a essa pergunta exige, ainda que forma sucinta, a descrição dos confins do conceito de Direito.

O Direito é uma ficção humana arquitetada para regular de forma lógica as condutas intersubjetivas. É que, pretendendo estabilizar as relações sociais (segurança jurídica), o homem criou um modelo teórico que almeja regular as relações entre os sujeitos de direitos (relações intersubjetivas). É esse modelo que rotulamos de Direito.

Mas, para que o modelo criado atinja o seu propósito, seu conteúdo (do modelo) foi preenchido com um instrumental lógico: a norma jurídica[3].

A norma jurídica primária prevê, em seu juízo hipotético-condicional, que a corrência de um fato jurídico lícito qualquer enseja a obrigatoriedade, permissão ou proibição e uma pessoa fazer algo em relação a outra (mandamento). A norma jurídica primária sancionatória prevê que, em razão do descumprimento do mandamento da norma jurídica primária, há imposição de uma sanção (mandamento). Caso essa sanção não seja cumprida espontaneamente pelo particular, estará configurado o suporte fático (PONTES DE MIRANDA[4]) a ensejar a atuação coercitiva do Poder Judiciário por meio de normas adjetivas (obrigando coativamente o cumprimento do mandamento da norma primária e primária sancionatória ou, em não sendo isso possível, impor conduta substitutiva reparadora[5]).

A descrição desse modelo normativo é útil ao deslinde da questão que nos propusemos examinar. E isso porque, enquanto os primados da moralidade e da probidade estão contemplados em normas jurídicas primárias, os atos atentatórios à moralidade e à probidade estão veiculados em normas primárias sancionatórias.

Ou seja, o fato jurídico que irradia os efeitos normativos típicos da imoralidade administrativa e da improbidade administrativa é elemento aviltante ao direito positivo (traduzindo-se, pois, um fato jurídico ilícito).

Mas qual o elemento capaz de segregar o fato agressivo à moralidade daquele atentatório à probidade administrativa?

O Texto Constitucional apartou a imoralidade da improbidade administrativa stricto sensu pelo conteúdo e pela intensidade com que penaliza aquele que assim governou sua conduta.

Basta relembrarmos que a imoralidade administrativa stricto sensu é causa de nulidade de atos administrativo e hipótese impeditiva de exercício de certos direito políticos, enquanto as hipóteses de improbidade são causa de sanção privativa de liberdade e intensamente restritiva de direito.

Essa classificação constitucional da moralidade administrativa foi captada com argúcia por MARCELO FIGUEIREDO, para quem "Entendemos que probidade é espécie do gênero 'moralidade administrativa' a que alude, v.g., o art. 37, caput, e seu §4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as manifestações…Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa"[6].

E tratando da segregação desses conceitos, também aludem JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO[7] – para quem a probidade está mais diretamente relacionada à proteção ao erário –, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO[8] – para quem moralidade está ligada aos padrões éticos da sociedade[9] e probidade à defesa do erário[10] –, FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO[11] – para quem a moralidade administrativa contém a probidade administrativa – e, por fim, JOSÉ AFONSO DA SILVA[12] – para quem a probidade administrativa é uma forma qualificada de moralidade administrativa.

No plano infraconstitucional essa segregação ganha contornos adicionais. E isso porque a Lei nº 8.429/92 prevê que a conduta dolosa lesiva aos princípios informadores do regime jurídico-administrativo configura improbidade administrativa. Todavia, caso essa burla advenha de conduta culposa, aperfeiçoa-se a imoralidade administrativa.

É esse o sentido, conteúdo e alcance dos artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/92, que prescrevem, exemplificativamente, as condutas atentatórias à probidade administrativa.

Tanto mais isso nos parece procedente em atenção às ponderações de FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO:

"Observa-se, portanto, que os atos de improbidade administrativa, ao contrário do que sucede com as faltas disciplinares, encontram-se muito mais no domínio do dolo do que da simples culpa. A idéia de culpa, traduzida da imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que, pressupondo um desvio de ordem ética a merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir a modalidade culposa"[13].

Esse viés interpretativo é aparentemente excepcionado em relação ao artigo 10 da Lei nº 8.429/9, que tipifica determinadas condutas culposas como ato de improbidade. Ocorre que, ao invés desse dispositivo infirmar nosso entendimento sobre o tema, acaba por confirmá-lo e robustecê-lo. E isso porque, o artigo 11 da Lei nº 8.429/92 – ao versar sobre a lesão aos princípios informadores do regime jurídico-administrativo (em relação aos quais todos os institutos em direito administrativo guardam vínculo de subordinação e obediência) –, sanciona apenas a conduta dolosa do agente (não havendo referência à conduta culposa).

Isso atesta que a lesão dolosa aos sobreditos princípios (vigas mestras do direito administrativo) é que configura ato de improbidade. Da lesão culposa desses cânones decorrerá, ressalvada a exceção do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, ato de imoralidade administrativa.

Assim, além da segregação edificada no plano constitucional, a moralidade administrativa stricto sensu e a improbidade receberem contornos discriminatórios adicionais no plano legal.

E ao segregarmos esses conceitos (improbidade e imoralidade stricto sensu) não realizamos um mero exercício dialético. É que dessa distinção advém efeitos concretos (pois o objeto inserto em cada um desses conceitos observa distintos regimes jurídicos)[14].

Identificados os elementos diferenciadores entre esses institutos surge a pergunta: o descumprimento de decisão liminar proferida em processo judicial configura ato de quebra à moralidade e/ou à probidade administrativa?

Com isso procuramos avaliar se o descumprimento desse ato jurisdicional enseja, ao menos em tese, o descumprimento de uma norma jurídica primária. Por ora não nos preocuparemos acerca da existência (ou não) de sanção jurídica pela ocorrência

desse fato (descumprimento de ordem judicial). Vale dizer: não analisaremos a existência (ou não) de uma norma primária sancionatória em razão desse fato (descumprimento de decisão judicial).

3. A natureza jurídica ilícita do descumprimento de ordem judicial

Ao Estado foi juridicamente atribuída a tarefa de curar os interesses da sociedade (interesse público). Para que o Estado possa atuar como gestor desses interesses, a ordem jurídica confere a ele um plexo de prerrogativas (direitos e poderes[15]) atreladas ao exercício dessas funções.

Dentre as funções estatais politicamente acolhidas pela Constituição Federal, a função jurisdicional visa resolver controvérsias com força definitiva[16] ou, para alguns, exerce produção jurídica subsidiária dos atos primários (decorrentes da função legislativa), caso os interessados não cumpram espontaneamente os comandos normativos[17].

Como a decisão concessiva de medida liminar é um ato oriundo do exercício de uma das funções estatais (que, repita-se, é presuntiva da perseguição do interesse público), o ordenamento jurídico lhe confere um rol de atributos necessários à perseguição do propósito do Direito (que é a segurança jurídica). Todos os atos decorrentes do exercício de uma função pública gozam de atributo que lhe é inato: presunção de legitimidade. É dizer: presunção jurídicopositiva que esses atos foram produzidos em conformidade com o ordenamento jurídico. Que encontram, pois, fundamento de validade em norma jurídica que lhe é hierarquicamente superior.

É que se assim não fosse, os interesses públicos (que se encontram patamar hierárquico superior aos interesses individuais) não poderiam ser acautelados por aquele que tem por missão curá-los. Daí porque, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado decorre a presunção de que os atos estatais (decorrentes, pois, do exercício de qualquer uma das funções estatais) são legítimos.

Além disso, os atos estatais são imperativos. Ou seja, são impostos à sociedade independentemente do consentimento dos seus destinatários. Obviamente a legitimidade e a imperatividade dos atos estatais defluem de uma presunção juris tantum. Isso implica dizer que essa presunção intrínseca aos atos estatais pode ser afastada judicialmente, até mesmo porque nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser suprimida da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

No entanto, até que outro ato estatal lhe retire esse atributo, o ato jurisdicional gozará de presunção que lhe é inata: legitimidade[18].

Além da presunção de legitimidade e imperatividade, o ato jurisdicional pode ser exigível. A exigibilidade, no entanto, não é predicado basilar ao ato jurisdicional (como a legitimidade e imperatividade). Sua cominação advém, em regra, de expressa determinação legal.

Nesse campo, a Constituição Federal e as leis adjetivas (mormente o Código de Processo Civil) conferem ao magistrado a prerrogativa de atribuir, em razão do

poder geral de cautela, exigibilidade ao seu ato (por meio da concessão de medida liminar ou tutela antecipada). É dizer: o poder geral de cautela – fundamento jurídico positivo para concessão de medidas liminares – encontra, a um só tempo, assento constitucional e legal[19].

E diversamente do que se poderia ingenuamente supor, o magistrado não goza de discricionariedade para conceder ou não da liminar requerida. Presentes os requisitos ao exercício do poder geral de cautela, o magistrado está obrigado a exercê-lo e deferir a liminar requerida. A concessão da medida liminar decorre, então, de ato vinculado e não um ato discricionário[20].

Percebe-se, pois, que o desrespeito a um ato jurisdicional exigível configura uma conduta ilícita (descumprimento de norma jurídica primária). Com efeito, se o ato judicial (como espécie do gênero ato estatal) goza de presunção de legitimidade e, ademais, força de exigibilidade, negar cumprimento aos seus preceitos cominatórios é negar o próprio Direito.

E, por tal razão, reafirmamos: negar o cumprimento a uma medida liminar caracteriza a prática de um ato ilícito (contrário ao ordenamento jurídico). Contudo, ainda não podemos afirmar que essa conduta é "suporte fático" de uma norma primária sancionatória (sanção).

A exigibilidade não se confunde nem tampouco se funde com executoriedade. Por meio do primeiro atributo, o Estado exige obediência a um comportamento por ele prescrito. Já a executoriedade confere ao Estado a prerrogativa de adotar expedientes hábeis a compelir materialmente a observância daquele comportamento prescrito.

Como só se dá nomes diferentes às coisas diferentes[21], o regime jurídico decorrente da produção (e do desrespeito) de um ato jurisdicional exigível e de um ato jurisdicional executável é dessemelhante.

No ponto que interesse ao tema, reconhece-se que certas decisões judiciais[22] – especialmente aquelas transitadas em julgado – gozam do atributo de executoriedade. As medidas liminares, no entanto, são atos jurisdicionais, em regra, somente exigíveis, ainda que seja possível a imposição de multas diárias como mecanismo mecanismos "coercitivos" para coibir o seu cumprimento. Daí porque o regime jurídico aplicável a um e a outro ato jurisdicional é distinto.

Tanto é assim que as decisões judiciais transitadas em julgado, por exemplo, ensejam a execução forçada da Fazenda Pública (artigo 730 do Código de Processo Civil), a expedição de ofícios precatórios (artigo 100 da Constituição Federal e artigos 33, 78 e 86, todos dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), a formação de títulos executivos judiciais, a inscrição do seu montante financeiro na Dívida Ativa das Pessoas Políticas etc., conseqüências inconcebíveis em relação aos atos jurisdicionais exigíveis.

As decisões judiciais transitadas em julgado poderão, ainda, ensejar (i) intervenção Federal ou Estadual (artigos 34, VI e 35, IV, todos da Constituição Federal)[23], (ii) impeachment (crime de responsabilidade) do Presidente da República (artigo 85,VII,

da Constituição Federal), dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República (artigos 2º e 12, item 1, da Lei federal nº 1.079/50); (iii) impeachment (crime de responsabilidade) dos Prefeitos (artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67)[24]; e (iv) crime de abuso de autoridade (artigo 4º, alínea 'h', da Lei federal nº 4.898/65).

Mas, na hipótese a que nos dispomos a analisar, estamos defronte de uma decisão judicial (liminar) ainda não transitada em julgado que, esclarecemos, não goza dos mesmos predicados normativos de uma decisão transitada em julgado[25].

Daí porque devemos apurar a existência de específica norma primária sancionatória ou norma secundária que preveja, como suporte fático, o descumprimento de um ato jurisdicional exigível.

Já adiantamos que, acaso não houvesse sanção para o descumprimento de um ato jurisdicional exigível, o interesse público poderia ser aniquilado. Deveras, se o descumprimento de uma prescrição expedida pelo curador do interesse público (Estado) não fosse sancionável, não haveria como coagir as pessoas a ajustassem seu comportamento aos ditames do interesse público e da justiça social. Isso ensejaria a implosão do Direito pela corrosão de sua viga de sustentação: a segurança jurídica. E isso não se pode admitir!

Ciente da necessidade de cominar uma sanção legal nestas hipóteses, o artigo 330 do Código Penal (norma secundária) prevê que o descumprimento de ato judicial exigível enseja o cometimento de crime de desobediência[26].

Ocorre que, no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse crime não inclui no seu tipo os atos praticados por agentes públicos[27]. Assim, caso o descumprimento de decisão judicial decorra de ato praticado por agente público, é possível que haja prática de um ilícito, mas não aquele prescrito no artigo 330 do Código Penal.

E, de fato, assim o é. E isso porque essa conduta do agente público (que descumpre decisão liminar) pode configurar crime de abuso de autoridade, caso o ato produzido por ele produzido seja "lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal" (artigo 4º, inciso 'h', da Lei federal nº 4.898/65).

Ao deixar de cumprir os termos da liminar o agente público também poderá praticar ato consistente em "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício". E essa conduta ("retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício") está tipificada como ato de improbidade administrativa (artigo 11, inciso II, da Lei federal nº 8.429/92), sujeitando o seu agente ao "ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos" (artigo 12, inciso III, da Lei federal nº 8.429/92).

Mas, como adequadamente pondera FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO, "para a configuração do ato de improbidade basta o retardamento ou omissão indevidos, ou seja, sem motivo ou razão plausível. O advérbio 'indevidamente' reforça a exigência de dolo, consistente na consciência da antijuridicidade da ação ou omissão. E, de fato, só se poderá cogitar de improbidade quando o retardamento ou omissão violarem um ou mais deveres enumerados no caput do art. 11. O mero atraso, ainda que derivado de negligência, não se erige em ato de improbidade administrativa"[28].

Ocorre que, na hipótese em questão, sendo a medida liminar um ato jurisdicional exigível (conforme se esclareceu linhas acima), seu cumprimento não é uma faculdade do Poder Público. É, pelo contrário, um dever imposto pelo regime jurídico-administrativo.

Deixar de cumprir o comando jurisdicional – que delimita os confins de uma prescrição normativa no caso concreto – equivale a deixar de "aplicar a lei de ofício"[29]. E isso não se concebe em um Estado de Direito (onde, na lição de GERALDO ATALIBA, deve haver submissão do Estado à lei e à jurisdição[30]).

Observe-se, no entanto, que podem ocorrer circunstâncias excepcionais que impeçam o cumprimento de decisão judicial (especialmente de ordem material). E isso, evidentemente, impede a subsunção do fato praticado pelo agente à hipótese de incidência dessas normas sancionatórias.

De qualquer forma, cumpre sublinhar que em todas as hipóteses acima o crime de abuso de autoridade e o ato de improbidade podem ser cometidos por agente público que, no exercício de função típica do Poder Público, deixa de cumprir medida liminar que lhe é diretamente referida.

Daí porque, de modo derradeiro, temos que perquirir o seguinte: ato de Chefe de empresa estatal, prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica, que descumpre decisão judicial se qualifica como mero ato de gestão ou como ato típico do Poder Público?

4. As empresas estatais e a natureza jurídica dos atos praticados por seus agentes

Na relação jurídica de direito administrativo, o Estado (Administração) sempre ocupa, no plano geral e abstrato, o pólo passivo da relação jurídica. Vale dizer, a Administração tem o dever ou a obrigação jurídica de realizar certas condutas em prol da coletividade que, por seu turno, tem o poder ou o direito subjetivo de exigir a realização da sobredita conduta[31].

É bem verdade que no plano individual e concreto a Administração pode ocupar (e geralmente ocupa) o pólo ativo de uma relação jurídica, praticando condutas (fazer ou não fazer) em prol do interesse público.

No entanto, como essa situação concreta (conduta normada) encontra seu fundamento jurídico de validade em norma que lhe é hierarquicamente superior (ou seja, na norma geral e abstrata), segue-se que a prerrogativa de atuação da Administração decorre de um dever (em prol da coletividade) e não de um poder (outorgado pela coletividade para satisfazer o dever que lhe foi acometido).

Por mais essa razão é que se mostra integralmente procedente a afirmativa de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual a Administração tem o "dever-poder" de perseguir o interesse público (e não, como comumente se aduz, de "poder-dever")[32].

Diga-se, ademais, que idêntica conclusão pode ser extraída do pensamento de RUY CIRNE LIMA, para quem a atividade administrativo é a "forma de atividade humana que obediente a um plano ou ordem preestabelecida, se propõe a realização de um fim determinado", razão porque "ater-se ao fim designado, não é simples faculdade, sensível a razões de oportunidade ou conveniência, – é dever"[33].

Assim, a pessoa qualificada como agente público (que está juridicamente incumbida de perseguir o interesse público) está submetida aos sobreditos cânones.

E, para nós, as empresas concessionárias, permissionárias, delegatárias e autorizadas de serviço público, bem como seus dirigentes, são inseridos na classificação de agentes públicos como particulares em atividade colaborada com a Administração[34].

Assim, essas pessoas jurídicas (e seus dirigentes) devem, por influxo do regime-jurídico administrativo, produzir atos que satisfaçam os anseios coletivos nos termos prescritos em lei material, posto que se qualificam como agentes públicos.

Não fossem essas notas doutrinárias suficientes para certificar a validade da premissa adotada, esclarecemos que essa conclusão encontra eco no plano pragmático. Com efeito, segundo o Superior Tribunal de Justiça, "o dirigente de Sociedade de Economia Mista submete-se, quando pratica atos típicos de Poder Público, aos princípios que vinculam toda a Administração, como a moralidade, legalidade, impessoalidade, etc. Logo, tais atos não podem ser classificados como meros atos de gestão, o que descaracterizaria a simbiose de sua personalidade jurídica"[35].

No entanto, no curso de suas atividades, as empresas estatais praticam atos de império (ou atos de poder) e atos de gestão. Ainda que essa classificação dos atos administrativos seja criticável, como averba CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[36], dela nos utilizamos porque seu emprego é recorrente em nossa jurisprudência e capital ao deslinde do tema que nos debruçamos.

Os atos de império ou de poder são produzidos pela Administração no exercício de sua competência e prerrogativa de autoridade. E, por tal razão, estão submetidos ao regime jurídico-administrativo (são, pois, atos administrativos). Os atos de gestão, por seu turno, são produzidos pela Administração sem idêntica prerrogativa (de autoridade). E, por tal razão, seu regime jurídico é típico de direito privado[37].

Assim, apenas o ato de império produzido por particular em atividade colaborada com a Administração será capaz de ensejar a prática de ato de improbidade administrativa e crime de abuso de poder. É que, sendo os atos de império típicos atos administrativos, as pessoas que o produziram, bem como as suas condutas, estão submetidas integralmente ao regime jurídico-administrativo (inclusive no plano sancionatório).

E, ao nosso juízo, os atos diretamente relacionados à prestação de serviço público são qualificados como ato de império.

Deveras, essa atividade (prestação de serviço público) não tem sua morfologia modificada pelo fato de ser prestada por particular ou diretamente pelo Poder Público. O regime jurídico de sua prestação é tipicamente de direito público, independentemente da natureza jurídica do seu prestador.

Ainda que exista substanciosa corrente doutrinária no sentido por nós sustendo, limitamo-nos a transcrever as ementas dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que pacificaram a questão, assim:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DIRIGENTE DE CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ATO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Compete privativamente à União Federal explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão os serviços de instalação de energia elétrica art. 21, XII, 'd', da CF/88.

2. A autoridade de instituição privada no exercício de função federal delegada sujeita-se ao crivo da Justiça Federal, desde que o ato não seja de simples gestão, mas de típica delegação.

3. Na hipótese dos autos, o ato contra o qual se volta o impetrante, relativo à suspensão do fornecimento de energia elétrica, não é de simples gestão administrativa, mas de delegação, já que relacionado à continuidade na prestação de serviço público federal.

4. 'No mandado de segurança, a competência é estabelecida pela natureza da autoridade impetrada. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada' CC 37.912/RS.

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 21ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante" (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Seção – Conflito de Competência nº 40.060/SP – Relator Ministro CASTRO MEIRA – DJ 07/06/2004) (destaques nossos).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DIRIGENTE DE CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ATO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Compete privativamente à União Federal explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão os serviços de instalação de energia elétrica (art. 21, XII, 'd', da CF/88).

2. O ato atribuído a dirigente de instituição privada, no exercício de função federal delegada, sujeita-se ao crivo da Justiça Federal, desde que o ato não seja de simples gestão, mas de típica delegação.

3. Na hipótese dos autos, o ato contra o qual se volta o impetrante, relativo à suspensão do fornecimento de energia elétrica, não é de simples gestão administrativa, mas de delegação, já que relacionado à continuidade na prestação de serviço público federal.

4. 'No mandado de segurança, a competência é estabelecida pela natureza da autoridade impetrada. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada' (CC 37.912/RS).

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Porto Alegre/RS, o suscitado" (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Seção – Conflito de Competência nº 41.345/RS – Relator Ministro CASTRO MEIRA – DJ 18/04/2005) (destaques nossos).

Isso atesta que a suspensão da prestação de um serviço público é qualificada como ato de império ou ato típico do Poder Público. Desse modo, aquele que determina a suspensão da prestação de um serviço público, o faz na qualidade e com o atributo de agente público. E assim sendo, o ato de dirigente de concessionária de serviço público que suspende a prestação do sobredito serviço está, sem qualquer sombra de dúvida, submetida ao controle de probidade administrativa e aos delitos penais praticados por agentes públicos.

A situação é parcialmente diversa quando se trata de ato de empresa estatal exploradora de atividade econômica que, por determinação constitucional, observa o regime jurídico aplicável aos particulares (art. 173, §1º, II e §2º). No campo próprio dos particulares o ato praticado por agente público não pode, em regra, ser qualificado como ato de improbidade.

A moralidade administrativa stricto sensu e probidade administrativa não são categorias que, em regra, se aplicam aos atos de agentes lotados nessas pessoas exploradoras de atividades econômicas. Mas é necessário que se explique a afirmativa para que se compreenda adequadamente o alcance da idéia.

No que diz respeito às atividades operacionais dessas pessoas, o regime é tipicamente de direito privado. Nas demais atividades (não-operacionais), o regime a ser observado é integralmente de direito público. Há, portanto, uma dualidade de regime a ser observado em razão da natureza jurídica da atividade desempenhada pela empresa estatal exploradora de atividade econômica.

Assim, se essa empresa estatal atuar, ainda que perifericamente, em campo não afeto à atividade econômica e a observância do regime jurídico-administrativo não causar qualquer espécie de empecilho ou embaraço à normalidade de suas atividades empresariais (até mesmo porque aí seria uma atividade não-operacional), então o regime jurídico-administrativo é de observância obrigatória.

No entanto, é imprescindível destacar que sempre haverá possibilidade de controlar essas atividades (operacionais e não-operacionais) para adequada proteção do erário[38].

Mas não se imagine que, a pretexto se exercer o controle da economicidade da aplicação de receitas públicas, poder-se-ia examinar as atividades operacionais desempenhadas para qualificar as opções empresarias adotadas como válidas ou inválidas.

Deveras, na condução dos negócios empresarias essas pessoas estatais podem ter seu capital diminuído (corroendo, em última análise, o erário público). Ocorre que esse é um sacrifício admitido pela própria Constituição em vista de um interesse maior a ser curado (imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo). Mas há limites!

Essa corrosão estará submetida ao sobredito controle caso se verifique, para além de qualquer dúvida, que a conduta adotada não seria aquela eleita por administrador diligente.

Daí porque o descumprimento de medidas liminares por empresas estatais exploradoras de atividades econômicas pode, sim, sujeitar seu dirigente às sanções decorrentes da improbidade, imoralidade administrativa stricto sensu e, eventualmente, às penas pela prática de crime de abuso de poder. Mas para que isso venha a ocorrer, é necessário que a liminar diga respeito ao desempenho de uma atividade não-operacional (eis que, acaso atrelada ao desempenho de uma atividade operacional, haveria incidência do art. 330 do Código Penal).

5. Responsabilidade do Estado pelo descumprimento de decisão judicial

As empresas concessionárias, permissionárias, delegatárias e autorizadas deserviço público respondem objetivamente (artigo 37, §6º, da Constituição Federal) pelos prejuízos que causarem a terceiros, por suas ações ou omissões, no desempenho da atividade cujo exercício lhe foi transferido[39]. Caso a empresa estatal for exploradora de atividade econômica, a responsabilidade é subjetiva, salvo nos casos em que não atua como tal (hipótese em que se tem a responsabilidade objetiva).

Para que essa responsabilidade ecloda no mundo fenomênico, é necessário que exista nexo causal entre a conduta omissiva ou comissiva da empresa e o prejuízo causado. Sem nexo causal não há falar em responsabilidade objetiva.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 283.989-2/PR, que os danos causados ao particular pelo descumprimento, pelo Poder Público, de decisão judicial, faz nascer a responsabilidade extracontratual objetiva desse último[40].

Como uma pessoa jurídica somente poderá lesar o patrimônio do particular por meio de conduta de agente integrante de seus quadros funcionais, eventual condenação patrimonial da empresa estatal prestadora de serviços públicos poderá repercutir na esfera patrimonial desse agente.

É que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, assegura às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos, o direito constitucional subjetivo de propor ação de regresso contra a pessoa responsável pelo dano causado ao particular.

Nestas hipóteses, entretanto, é facultado ao particular lesado propor ação de responsabilidade civil contra a sociedade ou, ao seu juízo, contra a sociedade e contra o dirigente responsável para prática do ato[41].

E, apenas na hipótese de o patrimônio da pessoa jurídica ser exaurido, sem a correspondente recomposição dos prejuízos causados ao particular, é que se conceberá responsabilizar, em caráter subsidiário, o Estado. Não antes disso! Eis o fruto da nossa meditação.

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:

ZOCKUN, Maurício. O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS LIMINARES POR AGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 36, outubro/novembro/dezembro de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-36-OUT-2013-MAURÍCIO-ZOCKUN.pdf>. 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 REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - 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 1981-187X**

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

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

[1] Conforme lições salutares de GENARO CARRIÒ (Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, páginas 72 e 73) e de AGUSTÍN GORDILLO (Introducción al Derecho. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Capítulo VI, página 2 e El Acto Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, páginas 17 a 27).

[2] Ainda que não concordemos com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, reconheça-se que aquela Corte classificou as diversas espécies tributárias a partir do exame da Constituição da República (ADIN/MC nº 2.556 e do Recurso Extraordinário nº 138.284). E isso basta para atestar a correção da afirmativa.

[3] Não há, nisso, nenhuma genialidade. Trata-se de mera condensação de pensamento estampado nas idéias de GERALDO ATALIBA (República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 1998), JUAN MANUEL TERÁN (Filosofía del Derecho. México D.F.: Editorial Porrua S.A., 1971) e LOURIVAL VILANOVA (As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997), LUIS RECASÉNS SICHES (Introducción al Estudio del

Derecho. México D.F.: Editorial Porrua S.A., 1972), dentre outros.

[4] Tratado de Direito Privado – Tomo I. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

[5] Pensamento exposto à todas as luzes por LOURIVAL VILANOVA (As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, páginas 111 e 112).

[6] Probidade Administrativa. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª edição, 2004, página 41.

[7] Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 13ª edição, 2005, página 14.

[8] Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 17ª edição, 2004, páginas 78, 695 e 696.

[9] Nesse ponto essa autora é acompanhada por parte de nossa jurisprudência (Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma – Recurso Especial nº 403.599/PR – Relatora Ministra ELIANA CALMON – Diário de Justiça 12/05/2003), a despeito de, em nosso entendimento, ser irrepreensível a opinião de MÁRCIO CAMMAROSANO, para quem a moralidade administrativa não se traduz na moral comum, mas sim na moral qualificado pelo direito positivo (O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006).

[10] Ainda que, ao nosso ver de forma absurda, o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento no sentido de que não configura ato de improbidade a conduta do agente público que cause baixa lesão ao erário, mormente se ela for socialmente aceita (Recurso Especial nº 324.730/SP – 2ª Turma – Relatora Ministra ELIANA CALMON – Diário de Justiça 26/05/2003).

[11] Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, página 16.

[12] Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 19ª edição, 2001, página 653.

[13] Improbidade Administrativa, página 37 (destaques no original).

[14] Aliás, é justamente essa a utilidade dos conceitos jurídicos, como averbam CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 18ª edição, 2005, páginas 348 a 354) e JOSÉ ROBERTO DROMI (Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editoral Astrea, 1973, página 192).

[15] Utilizamos esses conceitos na mesma acepção de SANTI ROMANO (Fragmentos de un Diccionario Jurídico. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América,1964).

[16] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, página 34).

[17] RENATO ALESSI (Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970, Tomo I, página 8).

[18] LÚCIO BITTENCOURT já assinalava que “Em conseqüência, toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela - every reazonable doubt must be resolved in favour of the statute, not against it. E os tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca - clear, complete and unmistabl (…) Também o justice Washington, no caso Ogden x Saunders, seguindo a mesma orientação, sustentou que se há de presumir sempre a validade e a eficácia da lei até que a violação da Carta Constitucional seja provada além de toda a dúvida razoável - is proved beyond any all reasonable doubt.” (O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1968, páginas 95 e 96).

[19] Nesse sentido é o pensamento de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2003, páginas 81 a 87).

[20] Conforme demonstrou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (“Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria”. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, nº 3/93, páginas 106 e ss).

[21] De tal forma que as coisas não são alteradas pela modificação dos seus nomes (ou rótulos) mas sim pela sua substancia, até mesmo porque verba non mutant substantiam rei.

[22] Para, por exemplo, (i) exibição de documentos (art. 362 do CPC); (ii) tutela específica para obrigações de fazer ou não fazer, quando houver perigo de perecimento de direito (art. 461, §3º, do CPC) etc.

[23] O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a questão de ordem na Intervenção Federal nº 590-2/CE, afirmou, pelo voto relator do Ministro CELSO DE MELLO, que "o cumprimento das decisões judiciais irrecorríveis impõe-se ao Poder Público como obrigação constitucional inderrogável" (destaques no voto).

[24] (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – Habeas Corpus nº 76.888-2/PI – Relator Ministro CARLOS VELLOSO – Diário de Justiça 20/11/1998).

[25] Circunstância, aliás, que não passou despercebida por nossos Tribunais (Intervenções Federais nº 590-2/CE e 164-1/SP, todas do Supremo Tribunal Federal).

[26] A incidência desse tipo normativo (crime de desobediência) é afastada – e a ordem judicial poderá ser validamente descumprida pelo seu destinatário –, caso exista vício extrínseco (formal) ao ato. É o que, por exemplo, ocorreria caso uma medida liminar (i) fosse deferida por magistrado incompetente; (ii) a intimação do seu destinatário ocorresse por meio de comunicação telefônica etc. Nesse sentido é remansosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (2ª Turma – Recurso em habeas corpus nº 62.170/SP – Ministro ALDIR PASSARINHO – Diário de Justiça 28/06/1984; e 2ª Turma – Recurso em habeas corpus nº 61.955/DF – Ministro FRANCISCO REZEK – Diário de Justiça 06/09/1984).

[27] (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – Habeas Corpus nº 76.888/PI – Relator Ministro CARLOS VELLOSO – Diário de Justiça 29/09/1998).

[28] Improbidade administrativa, página 129.

[29] SEABRA FAGUNDES. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, páginas 4 e 5.

[30] República e Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 1998, página 12 e ss.

[31] Esse pensamento, em linhas gerais, foi igualmente contemplado por RUY CIRNE LIMA (Preparação à Dogmática Jurídica. Porto Alegre, 2ª edição, 1958, páginas 139 a 180).

[32] Curso de Direito Administrativo, páginas 62 e 63.

[33] Preparação à Dogmática Jurídica. Porto Alegre, 2ª edição, 1958, páginas 148, 149 e 151.

[34] Opinião que compartilhamos ao lado de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO ("Teoria dos Servidores Públicos" in Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, número 1), CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, páginas 234 e 235), JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (Manual de Direito Administrativo, página 459) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, página 437).

[35] Superior Tribunal de Justiça – 5ª Turma – Recurso Especial nº 413.818-DF – Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI – DJ 23/06/2003.

[36] Curso de Direito Administrativo, página 397.

[37] A respeito dessa classificação nosso pensamento é similar àquele de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, páginas 397 e 398), JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (Manual de Direito Administrativo, página 105) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, páginas 212, 213).

[38] Como acertadamente observou o Min. MARCO AURÉLIO nos autos do MS 25.181 (que reformou o entendimento anterior do STF sobre o tema - MS 23.875).

[39] Segundo recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal – com o qual não comungamos –, essa garantia se volta apenas ao usuário do serviço público (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – RE nº 262.651-1/SP – Relator Ministro CARLOS VELLOSO – Diário de Justiça 06/05/2005).

[40] Da ementa desse julgado extraímos a seguinte passagem: "Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado

se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido" (Supremo Tribunal Federal – 1ª Turma – RE nº 283.989-2/PR – Relator Ministro ILMAR GALVÃO – DJ 13/09/2002).

[41] Posição acolhida na doutrina (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – Curso de Direito Administrativo, páginas 957 a 959; e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO – Manual de Direito Administrativo, página 444) e jurisprudência (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – RE nº 99.214/RJ – Relator Ministro MOREIRA ALVES – DJ 20/05/1983; Supremo Tribunal Federal – Pleno – RE nº 90.071/SC – Relator Ministro CUNHA PEIXOTO – DJ 26/09/1980).