

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEANDRO DA SILVA PACHECO

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE
DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

LEANDRO DA SILVA PACHECO

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE
DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

LEANDRO DA SILVA PACHECO

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE
DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Brasília-DF, 29 de fevereiro de 2016

Prof. _____

Prof. _____

Prof. _____

RESUMO

Este trabalho visa analisar a possibilidade de responsabilização administrativa de dirigentes de empresas estatais por irregularidades cometidas na gestão destas entidades. Para tal fim, analisou-se o regime jurídico das sanções administrativas, levantando-se os aspectos que compõem dita responsabilização. Nesse sentido, verificou-se o fundamento que gera a possibilidade de sanção, a partir da noção de ilícito como violação da norma de conduta legal, que acarreta a responsabilização nas esferas civil, penal e administrativa, cada qual com objeto e requisitos distintos. Apartando a responsabilização administrativa das demais, verificou-se que esta abarca três pilares centrais, configurados nos princípios da legalidade e tipicidade, da culpabilidade e do devido processo legal. Os três princípios fundamentam o regime jurídico das sanções administrativas. Após a identificação dos contornos do regime de responsabilização administrativa, buscou-se cotejar as características da figura do dirigente de empresa estatal com os demais tipos de agentes públicos, com vistas a se avaliar se o regime jurídico administrativo-disciplinar de algum destes era aplicável àqueles. Após essa análise, restou constatado que os dirigentes de empresas estatais não se confundem com as demais espécies de agentes públicos, não lhes aplicando, assim, qualquer dos regimes disciplinares já previstos. Diante deste quadro, o trabalho voltou-se para a construção de uma possibilidade jurídica de responsabilização desses agentes, a partir da articulação de conceitos constantes do Direito Empresarial, Administrativo e Eleitoral.

Palavras-chave: Regime Jurídico das Sanções Administrativas. Princípios da Legalidade e Tipicidade, da Culpabilidade e do Devido Processo Legal. Agentes Públicos. Servidores Públicos. Relação de Emprego. Subordinação Jurídica. Relações Especiais de Sujeição. Supervisão Ministerial. Deveres Legais. Ato Administrativo. Causas de Inelegibilidade.

ABSTRACT

This work aims to analyze the possibility of administrative responsibility of state owned enterprise managers for irregularities committed during their company management. To this end, the administrative sanction's legal regime has been analyzed, by seeking the aspects of this responsibility. Thereby, it was found the ground that generates the sanction possibility, by the notion of illicit as a violation of standard legal conduct, that results in civil, criminal and administrative responsibility, which one with its distinct object and requirements. By segregating the administrative responsibility from the other two, it was seen that this one includes three main pillars, which are the principles of legality and typicality, culpability and due process of law. These three establish the administrative sanction's legal regime. Once settled the administrative responsibility's borders, the work compares the characteristics of state owned enterprise managers with the attribute of other public agents, in order to see if there was any disciplinary legal regime applicable to them. By this analysis, it was realized that state owned enterprise managers couldn't be mistaking with any other class of public servant, which results in the impossibility of applying to them any disciplinary regime already provided. In front of this, this work sought to construct a legal possibility to this agents' punishment, from the joint of concepts of Business Law, Administrative Law and Electoral Law.

Keywords: Administrative Sanction's Legal Regime. Principles of Legality and Typicality, Culpability and Due Process of Law. Public Agents. State Agents. Employment Relationship. Legal Subordination. Special Relationship of Subjection. Ministerial Supervision. Legal Duties. Administrative Acts. Causes of Ineligibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O REGIME JURÍDICO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	9
1.1 AS RELAÇÕES HUMANAS E A ORDEM JURÍDICA	9
1.2 DAS SANÇÕES CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA.....	12
1.3 O ESTADO DE DIREITO E O REGIME JURÍDICO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	17
1.3.1 <i>Legalidade e Tipicidade</i>	19
1.3.2 <i>Culpabilidade</i>	21
1.3.3 <i>Devido Processo Legal</i>	24
2 O REGIME DISCIPLINAR DOS DIRETORES DE EMPRESAS ESTATAIS.	28
2.1 OS AGENTES PÚBLICOS.....	29
2.2 OS DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS COMO OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS..	32
2.3 OS DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS COMO OCUPANTES DE EMPREGOS PÚBLICOS	38
2.4 OS DIRIGENTES E AS ESPÉCIES DE AGENTES PÚBLICOS.....	47
3 A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS.....	50
3.1 AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO E A SUPERVISÃO MINISTERIAL	51
3.2 DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DE ESTATAIS	54
3.3 A DESTITUIÇÃO COMO ATO ADMINISTRATIVO	58
3.4 A DESTITUIÇÃO COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE.....	61
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, houve no Brasil uma verdadeira eclosão de investigações voltadas a apurar esquemas criminosos de malversação de recursos públicos. Não raramente, tais apurações encontram no seu âmago a utilização indevida do patrimônio e dos recursos de grandes empresas nacionais, cujos dirigentes se encontram no cerne das fraudes e irregularidades reveladas.

No âmbito penal, o Código Penal e de Processo Penal, além da legislação extravagante, são capazes de estatuir um arcabouço normativo amplo, com crimes, regras e procedimentos bem definidos, que estabelecem todas as nuances do regime de responsabilização desses agentes nessa seara. Noutra lado, o Código Civil e a Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, trazem algumas regras e diretrizes quanto aos deveres e responsabilidades dos gestores de sociedades empresariais, cujos preceitos podem justificar a responsabilização civil por perdas e danos de administradores públicos envolvidos em irregularidades.

Contudo, há um âmbito de responsabilização desses agentes pouco nítido: a responsabilização administrativa-disciplinar.

É certo que há legislações que estatuem regimes administrativos de responsabilização específicos de determinados setores, nas quais se pode eventualmente enquadrar os gestores de empresas estatais. Nesse sentido, a Lei nº 4.595/64, que trata do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Banco Central do Brasil – BCB o poder de sancionar diretores e dirigentes de instituições financeiras que incidam em alguma das infrações delineadas. Da mesma forma, a Lei nº 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de capitais, também concede à Comissão de Valores Mobiliários – CVM preceitos de mesma natureza, voltados, agora, à proteção do setor financeiro.

Não obstante serem regimes de responsabilização também de natureza administrativa, tais normas não se voltam especificamente a agentes públicos. Em verdade, são regramentos que se aplicam indistintamente a todos os que operam nesses setores, independente da natureza pública ou privada da

instituição. Ou seja, suas disposições se voltam apenas à resguardar bens jurídicos próprios desses setores.

Nesse esteio, o que não se consegue vislumbrar é o regime de responsabilização de dirigentes de empresas estatais decorrente de sua mera função de gestor público, isto é, relacionado apenas ao fato estar integrado à Administração Pública. O que se busca, portanto, é o regime de responsabilização administrativa-disciplinar aplicável a esses agentes.

É certo que, por muito tempo, essa questão era de pouca relevância para a Administração. Ocorre que a função ocupada por tais agente é de livre provimento e exoneração, cabendo ao respectivo Conselho de Administração ou, mais frequentemente, ao Ministro de Estado a nomeação e a destituição dessas funções. Desse modo, na prática, quando havia o conhecimento pela sociedade, normalmente em razão de cobertura midiática decorrente de alguma operação policial, de irregularidades perpetradas por tais agentes, a autoridade competente meramente destituía o dirigente da empresa, sem outras repercussões na seara administrativa.

Em verdade, sequer se vislumbrava a necessidade de procedimento disciplinar para o caso, já que a destituição era solução rápida e simples, que não careceria de maiores formalismos para a sua aplicação. Ademais, eventual ato de demissão aplicado não acarretaria qualquer consequência administrativa ao apenado, ante a inexistência de previsão legal.

A mudança somente ocorreu quando da publicação da Lei Complementar nº 135, de 4 de julho de 2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa, que alterou a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para incluir no seu art. 1, inciso I, alínea “o”, a previsão de inelegibilidade por oito anos de agentes públicos demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo. Nesse momento, o tema adquiriu relevância, visto que a abertura de procedimento administrativo para a demissão desses agentes poderia resultar na inelegibilidade destes por tal período.

Assim, atualmente resta a indagação quanto à possibilidade de aplicação de reprimendas a esses agentes, permanecendo a resposta ainda nebulosa.

Portanto, o objetivo selecionado é a possibilidade de responsabilização administrativa de dirigentes de empresas estatais, buscando-se averiguar a possibilidade de aplicação de reprimendas disciplinares, mormente a demissão, a esses agentes públicos.

Para o alcance à solução, no primeiro capítulo serão apresentadas todas as características que compõem o regime jurídico das sanções administrativas, a fim de se identificar o que deve estar presente para a imputação de responsabilidade a um agente público. No segundo capítulo, serão apresentadas as espécies de agentes públicos segundo a doutrina nacional, perfazendo-se os contornos de cada qual e buscando avaliar se os dirigentes de empresas estatais podem ser enquadrados em algum destes, para fins de aplicação, em consequência, de seus respectivos regramentos disciplinares. Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a questão da responsabilização administrativa dos dirigentes de empresas estatais, de modo a se avaliar se há a possibilidade de sua penalização, e consequente imputação de inelegibilidade, no âmbito da própria Administração Pública.

Anote-se que será utilizada no curso deste trabalho a terminologia “dirigentes” para se referir a autoridades responsáveis para condução dos negócios das empresas estatais. Com tal terminologia, pretende-se abarcar todo aquele eleito na conformidade do estatuto ou do contrato social da companhia, seja para compor o Conselho de Administração, a Diretoria ou mesmo o Conselho Fiscal da entidade.

Da mesma forma, registre-se que o trabalho não se voltará a examinar a específica autoridade administrativa competente – dentro da atual conformação da Administração Pública brasileira – para a promoção de eventual apuração de responsabilidades dos dirigentes, por envolver questões que passam ao largo dos conceitos e das noções a serem aqui desenvolvidos.

1 O REGIME JURÍDICO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

1.1 As relações humanas e a ordem jurídica

Relacionar-se é da natureza humana. Ao longo de sua vida, o homem interage constantemente com outros indivíduos. Ele compra ou vende bens, presta ou contrata serviços, pactua, estabelece sociedades, celebra eventos, homenageia pessoas ou acontecimentos, casa-se e constitui família. Todo esse contato possibilita o nascimento da sociedade, e a sociedade está intimamente conectada a própria essência dos homens.

O ser humano possui uma vocação, que lhe é imanente, de viver em grupo, associado a outros seres da mesma espécie, tendo registrado Aristóteles que o homem é um animal político, que nasce com a tendência de viver em sociedade. Cada homem tem necessidade dos demais para sua conservação e aperfeiçoamento, pelo que a sociedade não é uma formação artificial, mas uma necessidade natural do homem.¹

Contudo, essa constante interação, esse intenso contato interpessoal, não significa que tal convivência seja isenta de dificuldades e desafios. O relacionamento humano também envolve riscos, atravessa disputas, enfrenta toda sorte de sentimentos e interesses. A proximidade humana nem sempre se volta a consecução de fins altruísticos ou objetivos nobres, a história da sociedade humana é repleta de episódios de abusos e de vícios, de subjugação do homem pelo homem, ou de coleta de benefícios individuais em detrimento de interesses coletivos.

Para ordenar a vida em sociedade é que o homem institui o Estado, e, para dirimir o conflito entre homens, o Estado cria o Direito².

O Direito é, portanto, um fato ou um fenômeno social. Não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da

¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

² Registre-se que não constitui objeto do presente trabalho a análise da passagem do estado natural para o estado civil, ou para a sociedade civil. A presente introdução tem apenas por fim estabelecer um ponto de partida para a construção dos argumentos a seguir. Para uma exploração detida sobre esse tema, ver as obras o *Leviatã*, de Thomas Hobbes, o *Segundo tratado sobre o governo civil*, de John Locke, e *O Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau.

realidade jurídica é a sua socialidade, a sua qualidade de ser social³. A Ordem Jurídica é o conjunto de normas emanadas do Estado, suas regras levam sempre a sua chancela, despontam a partir de uma atuação formal governamental^{4 5}.

Nesse passo, ao prescrever determinada conduta, o Estado impõe uma limitação às condutas dos indivíduos. O respeito a essa determinação objetiva condicionar ou impedir determinado comportamento que possa provocar danos à coletividade, de modo a não se permitir que os interesses de um indivíduo possam ocasionar um malefício à sociedade. Busca-se, assim, uma equalização das condutas dos integrantes da sociedade em prol do todo. No momento em que o comportamento não corresponde ao estatuído, surge a ideia de ilícito, como bem menciona Regis Fernandes de Oliveira:

Enquanto os fatos se sucedem e as condutas e obrigações são cumpridas, sem que surja qualquer tipo de conflito, as normas são obedecidas. Também quando a pessoa cumpre o preceito, quando desobedecida a hipótese (autocomposição), o problema não aparece. À medida que surge o descumprimento do comportamento devido, nascem as noções de ilicitude e de sanção.⁶

As normas jurídicas compõem-se de dois elementos: o preceito, que constitui o modelo de comportamento; e a sanção, como o produto decorrente da conduta violada, ao qual o ordenamento jurídico qualifica como ilícito.⁷

Assim, se a regra prescreve um determinado comportamento, todos os indivíduos da sociedade ao qual se aplica devem se curvar a essa imposição. Caso este não seja verificado no caso concreto, havendo, portando, um desrespeito à regra de direito, dá-se margem à aplicação de uma reprimenda pelo não agir conforme estabelecido. Ou seja, é no momento em que ocorre o descumprimento do preceito estatuído que se diz surgir a ideia de sanção jurídica, como uma resposta do ordenamento ao indivíduo rebelde.

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Vol. I**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

⁵ Não se está aqui a desconsiderar o papel dos costumes e do direito natural como fontes do direito positivo, ou mesmo como aspectos integrantes deste, conforme defendem alguns autores. Mas apenas frisar o modo como na maioria dos Estados Modernos surge o Direito, qual seja, a partir de uma atuação formal do Poder Legislativo.

⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 1.

⁷ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 15.

Logo, pode-se definir a sanção jurídica, nas palavras de Rafael Munhoz de Mello, como “a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meios coercitivos”.⁸

Miguel Reale inclusive menciona que a sanção jurídica é caracterizada pela sua predeterminação e organização. Acrescenta que “matar alguém é um ato que fere tanto um mandamento ético-religioso como um dispositivo penal. A diferença está em que a sociedade se organiza contra o homicida, através do aparelhamento policial e do Poder Judiciário.”⁹

Não se pode deixar de notar que a sanção em muito se aproxima do prêmio, isto é, do benefício concedido pela lei àquele que cumpre e respeita o preceito legal. Percebe-se em ambos o fim de promover determinada conduta. A sanção como mecanismo de desencorajar a conduta indesejável e o prêmio como incentivo direto ao seu comportamento. Contudo, aponta Hugo de Brito Machado:

A sanção, porém, não se confunde com o prêmio precisamente por que tem o ilícito como elemento essencial na hipótese de incidência da norma que a institui. Além disso, a sanção pode ser imposta contra a vontade daquele que realiza a hipótese de incidência da norma que a institui. E, ainda, a sanção integra a própria estrutura da norma, enunciada na Teoria Geral do Direito, assim: dado fato temporal dever ser a prestação e dada a não prestação deve ser a sanção.

Já o prêmio, além de não poder ser imposto contra a vontade de quem realiza a hipótese de incidência da norma que o institui, não integra a estrutura elementar da norma jurídica, mas reside em outra norma, na qual figura como prestação. Na estrutura da norma que institui o prêmio podemos dizer que o fato temporal é a conduta que enseja o prêmio, e este é a prestação correspondente, assim: dado fato temporal (aquela conduta que o legislador pretendeu estimular), deve ser a prestação, vale dizer, o prêmio.¹⁰

Independente dessa polêmica, vê-se que ambos, a sanção e o prêmio, ocorrem por decorrência de uma conduta prescrita em norma, sendo o primeiro em razão da sua inobservância e o segundo justamente em razão do seu respeito.

⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, ano 5, n. 22, p. 25, out/dez 2005.

⁹ REALE, Miguel. *op. cit.* p. 74.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das Sanções Tributárias. In. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Sanções Administrativas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 161/162.

Destaque-se ainda que os vocábulos sanção e pena são sinônimos, ambos expressando consequências desagradáveis de uma conduta que desrespeitou o preceito legal¹¹.

Definido o conceito de sanção jurídica, cabe agora apresentar os contornos ou características que circunscrevem essa resposta estatal. Impende externar as noções que permeiam a atividade sancionadora do Estado, seu fundamento e os limites aos quais está sujeita. Aos poucos, portanto, procurar-se-á adentrar ao que interessa ao presente trabalho, isto é, o regime jurídico das sanções administrativas.

1.2 Das Sanções Cível, Penal e Administrativa

Em decorrência da prática de um comportamento vedado, o ordenamento jurídico comina sanções de diferentes ordens, cada qual com um regime jurídico próprio, que as condiciona. É nesse sentido que se fala em múltiplas esferas de responsabilização, quais sejam: civil, penal e administrativa.

Frise-se, contudo, que não há distinção jurídica entre as várias espécies de penalidades aplicáveis aos delitos civis, administrativos ou criminais, já que as sanções jurídicas, todas elas, nada mais são que punições aplicadas a quem desobedeceu à norma ou comando emitido por uma lei.¹²

No que toca à responsabilidade civil, esta funda-se na ideia de reparação de um dano. Decorre da necessidade de recompor uma situação jurídica prejudicada em função de uma transgressão a um dever de cuidado.¹³ Toda conduta humana que, violando um dever jurídico, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.¹⁴

¹¹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Limites Constitucionais das Sanções Administrativas. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, nº 259, out 2007, p. 64.

¹² SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Sanções administrativas tributárias. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 4, n. 21, mai/jun 2006, p. 80.

¹³ É o que preordena o art. 186 do Código Civil, que diz: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro IV: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

De outro lado, a responsabilização penal decorre do cometimento de um crime, que pode ser caracterizado como um comportamento vedado em razão da sua afronta a um bem jurídico caro à sociedade, como a vida, a liberdade, a propriedade, a dignidade sexual, entre outros. Tal comportamento, contudo, deve estar devidamente tipificado na legislação, cabendo a aplicação da respectiva sanção ao Poder Judiciário.

Por fim, a responsabilização administrativa decorre de uma infração prevista em lei, mas cuja imputação compete à própria Administração. Tratando do tema, Edilson Pereira Nobre Junior destaca:

Em sua multifária atividade, a Administração, muitas vezes, depara-se com a necessidade de impor aos administrados punições para assegurar a higidez da ordem pública, ou o eficaz funcionamento dos serviços que estão a seu cargo. Tal se verifica ora com relação a terceiros, quando se está ante o poder de polícia, ora com sujeitos que se encontram vinculados à entidade administrativa por vínculos hierárquicos (servidores) ou negociais (contratos administrativos). Não se esquecer ainda das penalidade aplicadas no campo da atividade vinculada de arrecadação de tributos, as quais, embora estudadas com maior relevo na província do Direito Tributário, seguem os nortes orientadores das demais sanções administrativas.¹⁵

Não obstante a ausência de distinção jurídica entre as espécies de sanções, conforme dito acima, registre-se que muito se buscou a diferença ontológica entre a sanção administrativa e a sanção criminal. Tentou-se separá-las através do grau de lesão, ou de ofensa, ao ordenamento jurídico, sendo aquelas mais graves imputadas como crimes e as mais brandas como sanções administrativas.

Contudo, tal distinção em nada agregou de relevante. Isso por que, a rigor, não existe nenhuma diferença ontológica entre a pena criminal e a pena administrativa, visto, por exemplo, a existência de ilícitos cuja sanção pecuniária administrativa (multa a ser aplicada pela autoridade administrativa) ultrapassa em

¹⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Direito Penal**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 31, abr/jul 2001, p. 103.

muito o valor das sanções criminais de natureza pecuniária (multas aplicadas pela autoridade judiciária).¹⁶ Não pode menos, alerta Régis Fernandes de Oliveira:

Tal critério carece de utilidade. Não nos informa sobre a efetiva distinção entre as sanções. Assim, o legislador qualifica os comportamentos humanos através de critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos, econômicos etc. Filtra-os pela hipótese normativa e lhes dá a consequência jurídica que entende correta. Apenas após tal emolduração jurídica, feita através da norma, é que se pode falar em distinções sancionadoras. O fato de agredir com maior ou menor intensidade a ordem jurídica não traz utilidade ao jurista. Logo, a análise da essência do comportamento é inconveniente e despicienda, bem como o é a reação graduada do ordenamento jurídico.¹⁷

Em verdade, não há diferença entre crime e infração administrativa. Tal distinção advém exclusivamente da lei.¹⁸ O único critério válido, em nosso Direito Positivo, para distinguirmos as sanções penais das sanções administrativas é o da competência para a correspondente aplicação.¹⁹ A principal característica da sanção administrativa, portanto, é a de ser aplicada pela Administração Pública.

Nesse sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que “não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção.”²⁰

As diferenças entre as sanções penais e as administrativas não devem, portanto, ser buscadas em características essenciais, mas sim, acidentais: as primeiras assumem a forma predominantemente de pena privativa de liberdade e são aplicadas pelo Poder Judiciário; enquanto as últimas, normalmente, têm caráter pecuniário e impõem-nas o Poder Executivo.²¹ Destaca ainda Frederico Valdez Pereira:

O Ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se por reservar aos autores de ilícitos criminais, de forma predominante, até como uma

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 164.

¹⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Op. cit.* p. 25.

¹⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 164.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 813.

²¹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *op. cit.* p. 64.

consequência da maior relevância da lesão ao bem jurídico tutelado, penas restritivas de liberdade, que podem vir ou não cumuladas com penas de natureza patrimonial. Aos que cometem ilícitos administrativos há tão-somente a previsão de penas patrimoniais ou, no máximo, de sanções restritivas de direitos, como proibição de contratar com o Poder Público por um determinado lapso de tempo, ou então perda dos direitos políticos e até mesmo perda de cargos ou funções públicas.²²

Assim, considerando a proximidade entre as duas esferas sancionadoras, não é difícil divisar que muitos dos preceitos do Direito Penal podem ser facilmente transportados ao campo do direito administrativo sancionador, já que ambos buscam assegurar o respeito a determinada conduta estabelecida. Tanto no ilícito penal como no administrativo há uma situação ensejadora de manifestação punitiva do Estado.

Não por menos, tal circunstância levou Edilson Pereira Nobre Junior a afirmar que “em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a referendar, serem os postulados retos da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis”.²³

De toda sorte, pode-se, portanto, conceituar infração administrativa como, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por um autoridade no exercício de função administrativa”²⁴.

No que se refere ainda às sanções administrativas, vale destacar que há duas ordens de sanções dessa natureza: as de caráter ressarcitório e as de caráter retributivo. Ambas são aplicadas pela Administração Pública, mas o regime jurídico de uma é distinto da outra. Sobre o tema, pela excepcional clareza, vale transcrever a lição de Rafael Munhoz de Mello:

A sanção administrativa retributiva esgota-se na aplicação de um mal ao infrator. Trata-se de medida de simples retribuição pela prática da infração, sem qualquer pretensão de ressarcimento do dano causado

²² PEREIRA, Frederico Valdez. Limites à imposição de sanções administrativas: multas pecuniárias tributárias. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, ano 7, n. 27, jan/mar 2007, p. 165.

²³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *op. cit.* p. 104.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 813.

pela conduta delituosa ou de restauração do *status quo ante*. [...] Já a sanção administrativa ressarcitória não se esgota na imposição de um mal ao infrator, mas vai além: a medida afluiva imposta pela Administração Pública altera a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima da infração. O ilícito consiste, aqui, na violação do dever geral de não causar danos a terceiros.²⁵

A distinção tem sua importância, visto que impacta na definição do regime jurídico aplicável.

Como a sanção retributiva visa impor um mal a quem age em desconformidade com os comandos legais, faz-se necessário o respeito aos princípios constitucionais do direito punitivo, tais quais, (i) a legalidade e a tipicidade; (ii) a culpabilidade; e (iii) o devido processo legal. Esses princípios integram o núcleo do regime jurídico punitivo, aplicável a toda manifestação do *ius puniendi* estatal, seja ele exercido pela aplicação de sanções penais, seja exercido pela imposição de sanções administrativas retributiva.²⁶

Ao reverso, às sanções de caráter ressarcitório não se aplicam ditos princípios. Conforme menciona o já citado Rafael Munhoz de Mello, esta “não se trata de medida que tenha em mira a pessoa do infrator que age de modo ilícito e reprovável, mas sim a pessoa da vítima que sofre os danos pela atuação de outrem”. Nesse passo, tendo tais características, completa o autor:

Não é exigida para a imposição de sanção ressarcitória a descrição detalhada da conduta proibida para que os particulares saibam exatamente o comportamento que é considerado reprovável e que os sujeita à sanção [ausência de legalidade e tipicidade]. O comportamento proibido é “causar dano”. É admissível a responsabilidade objetiva, indenizando-se a vítima mesmo que o dano tenha sido causado de modo involuntário e sem culpa [ausência de culpabilidade]. E tampouco é vedada a transmissão da sanção ressarcitória, tratando-se de medida que tem por escopo proteger a pessoa que sofreu danos [ausência de pessoalidade].²⁷

Cabe destacar que o presente trabalho não se voltará às sanções de natureza ressarcitória, voltando-se apenas àquelas de caráter retributivo, cujos contornos são definíveis pelo regime jurídico das sanções administrativas.

²⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.* p. 29.

²⁶ *Ibid.*, p. 31.

²⁷ *Id.*, O regime jurídico das sanções administrativas. **Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil**, Seção Paraná, n. 4, ago/dez 2009, p. 153.

1.3 O Estado de Direito e o Regime Jurídico das Sanções Administrativas

Nas modernas democracias ocidentais, todo o ordenamento jurídico se estrutura a partir dos ideais do Estado de Direito, cujo conteúdo central está na ideia de limitação do poder estatal por meio da lei.

Tal ideal adveio justamente de uma oposição ao modelo Absolutista então vigente, cujo soberano não se encontrava sujeito a limites jurídicos, não havendo normas de sua observância obrigatória. Havia, conforme lembra César Saldanha, uma submissão do monarca ao direito-costume, encontrando-se subordinado ao consentimento da sociedade, por onde penetrava a influência da Igreja, em vista de sua profunda ascendência moral sobre a comunidade de então²⁸. Entretanto, a noção de restrição do poder estatal era completamente inexistente.

Não por menos, juristas, filósofos e cientistas políticos, sem discrepâncias, indicam o surgimento do Estado de Direito como o momento em que se consegue pôr freios à atividade estatal por meio da lei, vale dizer, como o instante preciso em que o próprio Estado se submete a leis por ele criadas.²⁹ A partir desse período tornou-se corrente a concepção de atuação estatal conforme a lei. Isto é, a fim de proteger os direitos dos particulares frente a força do agir do Estado, os agentes públicos somente poderiam atuar nos estritos limites permitidos pela lei.

Anote-se também que se entendeu que a lei fruto apenas da vontade do Rei tampouco seria suficiente. Para que o Estado se intrometesse na vida dos particulares, seria necessário que a lei fosse aprovada através da participação do povo. Eis os ideais que foram berço dos parlamentos europeus continentais do século XVIII.³⁰

Sendo assim o poder executivo por todo o povo (ainda que não seja diretamente, mas através de seus representantes), é provável que seja também exercitado não arbitrariamente, mas para o bem do próprio povo. Este segundo expediente representa a passagem da concepção estritamente liberal para a democrática. Esta última, tal

²⁸ SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 25.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 26.

como foi elaborada por Rousseau (teoria da “vontade geral”), não difere da absolutista (de Hobbes) enquanto diz respeito à definição do poder do Estado e à afirmação da sua ilimitação. As diferenças entre as duas concepções se referem à individualização do próprio detentor do poder e ao modo de seu exercício.³¹

Dessarte, a atuação do Estado ficaria condicionada ou disciplinada a partir dos contornos estatuídos por uma norma discutida e editada com a participação popular, através de seu órgão de representação, qual seja, o Poder Legislativo.

É certo que posteriormente, ao lado dessa submissão à ordem jurídica, verificou-se também a necessidade de se estabelecer um modo de verificação do cumprimento dessas normas. Afinal, a regra jurídica não estabelece o que é, mas sim o que deve ser. Sendo assim, para assegurar o cumprimento das leis pelos agentes estatais, fez-se necessário que se estabelecesse uma forma de controle da legalidade da sua atuação. Tal problema foi solucionado com a submissão dos atos administrativos ao controle do Poder Judiciário³².

Em suma, nas palavras de Geraldo Ataliba, um verdadeiro Estado de Direito deveria reunir “à característica da subordinação à lei a da submissão à jurisdição”.³³

Não obstante, no Estado de Direito contemporâneo, tais construções foram consideradas insuficientes, agregando-se a estas uma mais, isto é, a noção de submissão das leis aos ditames constitucionais. Nesse sentido, a lei produzida pelo parlamento não mais se apresentaria como núcleo essencial dentro do ordenamento jurídico, visto o surgimento do constitucionalismo e da ideia de submissão da lei aos direitos fundamentais. Conforme menciona Luiz Guilherme Marinoni, “a obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei,

³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação Nello Moura. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 39.

³² MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. **Coleção Temas de Direito Administrativo, Vol. 17**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

³³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.

mas de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”.³⁴

A noção de Estado de Direito, portanto, é extremamente importante para a adequada configuração do regime jurídico das sanções administrativas, visto que a partir dele se vislumbra seus princípios estruturantes. Analisando a nossa Carta Magna, percebe-se que esta impôs uma série de preceitos a serem seguidos para o exercício do *ius puniendi* estatal, que formam a base do nosso regime jurídico punitivo.

Como já mencionado acima, tal regime pode ser estruturado sobre três princípios primordiais: (i) o princípio da legalidade e tipicidade; (ii) o da culpabilidade; e (iii) o do devido processo legal.³⁵ A exposição de cada um deles segue nos tópicos a seguir.

1.3.1 Legalidade e Tipicidade

O primado da legalidade constitui um dos principais alicerces das sociedades modernas ocidentais. Conforme mencionado anteriormente, nasceu com o objetivo de limitar o poder Estatal em prol dos indivíduos. Visava resguardar um âmbito de liberdade que estivesse ao largo da ingerência estatal, cuja intromissão somente se permitiria por intermédio de uma norma editada com a participação popular.

Pode-se considerar que o princípio da legalidade engloba dois princípios fundamentais: o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. O primeiro significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente aos atos da Administração, vincula-a e lhe proíbe a prática de atos contrários à lei. Já o segundo impõe que as restrições aos

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 47.

³⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.*, 2009, p. 154. Registre-se que referido autor ainda trata da pessoalidade, que pode ser traduzida na ideia de impossibilidade de a sanção passar da pessoa do infrator, como integrante dos pilares do regime jurídico das sanções administrativas. Tal aspecto, contudo, não será aqui tratado de forma apartada, mas inserido no princípio da culpabilidade, por entender-se como integrante deste. Da mesma forma, muitos outros princípios poderiam ser expostos como integrantes desse regime, como o da proporcionalidade, o da retroatividade da norma mais favorável e o do *non bis in idem*. Não obstante, também estes podem ser traduzidos como expressões daqueles três citados, razão pela qual serão tratados dentro destes.

direitos, liberdade e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização destas. Ou seja, o regime jurídico de certas matérias deve caber ao Parlamento.³⁶

A Constituição Federal brasileira de 1988 agregou tal postulado, na medida em que consignou, em seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em relação a tal preceito, ensina Inocêncio Mártires Coelho que se trata de:

[...] um preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espalha e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões – *processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultra-atividade da lei, reprimenda da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária*, entre outras – as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma ideia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação das relações sociais.³⁷

Em decorrência do primado da legalidade, não se pode conceber atividade administrativa fora dos contornos estatuídos pela lei, premente quando se está diante de ações estatais que possuam o condão de impor sanções a particulares. Destarte, apenas o legislador pode tipificar uma conduta como ilícito administrativo e imputar à sua prática uma sanção administrativa, não se permitindo aos regulamentos disciplinar tal tarefa.

Por tal razão, assevera Rafael Munhoz de Mello que a atividade punitiva da Administração Pública, como não poderia deixar de ser, submete-se ao princípio da legalidade. Afirma que “trata-se de competência outorgada pela lei formal aos agentes administrativos, de modo que sem previsão expressa em lei não há competência punitiva da Administração Pública”.³⁸

Logo, impõe-se reconhecer que a atividade sancionatória do Estado deve curvar-se ao princípios da legalidade, devendo a lei prever tanto a hipótese de conduta proibida quanto a sanção administrativa correspondente. É o que se denomina, no âmbito do direito punitivo estatal, de princípio da tipicidade. Este

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 256.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 180.

³⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.*, 2009, p. 155.

princípio timbra por exigir que a Administração, ao manejar a sua competência punitiva, ajuste-se, com precisão, à descrição típica da norma que prevê a infração. Torna necessária a exata subsunção do fato ao modelo infracional. A tipicidade enuncia uma das consequências da adoção da reserva legal: a taxatividade.³⁹

Outrossim, pode-se também afirmar que uma decisão estatal que revogue ou amenize uma sanção administrativa, em função de se entender que a conduta prescrita não mais acarreta em lesão profunda a um bem jurídico, deve repercutir de forma benéfica na esfera daquele que violou o preceito. Não por menos, o art. 5, inciso XL, da nossa Constituição Federal, ao afirmar que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, deve ter aplicação no âmbito das sanções administrativas. Uma ressalva deve ser feita:

[...] é a de que a retroatividade benéfica não se aplica no particular das leis excepcionais ou de vigência temporária, uma vez a revogação ser da natureza da norma, perdendo esta o seu atributo intimidativo caso o agente, de antemão, já tivesse conhecimento de que, cessada a situação anormal, ou o intervalo de sua vigência, ficaria impune em face da injunção de retroatividade da nova norma retera da competência punitiva.⁴⁰

Do exposto, vê-se, portanto, que a noção de legalidade é conteúdo premente na análise do regime jurídico das sanções administrativas.

1.3.2 Culpabilidade

Outrora já se afirmou que o exame da conduta infracional administrativa prescindia da verificação do *animus* do agente, isto é, seria desnecessário a comprovação do dolo ou da culpa, bastando verificar-se a voluntariedade da conduta. É o que defende Régis Fernandes de Oliveira:

Para nós, em certos casos, como já vimos, basta a voluntariedade, isto é, o movimento anímico consciente capaz de produzir efeitos jurídicos. Não há necessidade da demonstração de dolo ou culpa do infrator; basta que, praticando o fato previsto, dê causa a uma ocorrência punida pela lei.

[...]

³⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *op. cit.* p. 102.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 122.

Indisputável, parece-nos, que a legislação pode prefixar hipóteses infracionais apenas caracterizáveis com a presença do dolo ou culpa, ou, então – é o caso que admitimos – pode satisfazer-se com o mero comportamento do administrado para ter por caracterizada a infração. Sempre, no entanto, há um agir ou um não-agir, isto é, a lei fixa a atuação do sujeito.⁴¹

Contudo, não se pode olvidar que a ideia de Estado de Direito alberga hoje também o princípio da proporcionalidade, cujo conteúdo impõe ao Estado que, para o alcance dos fins públicos, utilize somente dos meios estritamente necessários, avançando sobre a esfera individual no exato limite para a consecução do interesse público.

Para tal tarefa, atribui-se ao princípio da proporcionalidade três subprincípios, que se integram de modo a proporcionar quase que um rito pelo qual deve o intérprete passar para se alcançar o limite de determinada conduta estatal.

Pelo primeiro, denominado princípio da adequação, exige-se a congruência, ao menos em tese, entre a medida adotada e o fim perseguido, isto é, busca-se avaliar se a eficácia perseguida está contida na medida do ato. Pelo segundo, chamado de princípio da necessidade, impõe-se a adoção do instrumento menos intrusivo possível, de maneira que o ato estatal cause o menor impacto na esfera dos indivíduos. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito visa avaliar o custo-benefício da medida, de forma a se demonstrar que a pressão causada sobre determinado direito é compensada com um benefício a outro direito, ou seja, que o ônus seja teoricamente menor que o bônus.⁴²

Sobre o tema, Rafael Munhoz de Mello assevera que o princípio “veda a utilização excessiva ou desproporcional da competência outorgada ao agente estatal. Uma vez definida a medida adequada e necessária ao atendimento do fim desejado, deve o Estado praticá-la na exata proporção exigida pela situação”.⁴³

O primeiro corolário desse princípio é a impossibilidade de a mera voluntariedade ser suficiente para a imputação de uma sanção jurídica. Ou seja,

⁴¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *op. cit.* p. 10/13.

⁴² NOVAES, Fernando Araújo de. O princípio da proporcionalidade nas sanções administrativas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 5, n. 56, ago 2006, p. 7598.

⁴³ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.*, 2005, p. 36/37.

torna necessária a avaliação do dolo e da culpa para a aferição do desrespeito ao comportamento proibido, fazendo com que o princípio da culpabilidade integre-se ao regime jurídico das sanções administrativas.

Isso por que a finalidade da sanção é a prevenção da ocorrência de novas infrações, coibindo tanto a atuação da pessoa do infrator (prevenção especial) quanto a dos demais membros da sociedade (prevenção geral). Conforme leciona, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.⁴⁴

A sanção administrativa aplicada a sujeito que agiu sem dolo ou culpa, mas apenas com voluntariedade, não vai atingir seu fim preventivo, mostrando-se inadequada e, portanto, ofensiva ao princípio constitucional da proporcionalidade.⁴⁵ O princípio da culpabilidade, portanto, afasta a responsabilização objetiva. A fim de que se possa ter lugar a responsabilização administrativa, deve ser avaliada a ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente da infração.⁴⁶

Noutro giro, em decorrência lógica da mesma situação, veda-se a imposição ou transmissão da medida sancionadora a terceiros que dela não participaram. Se a sanção somente pode ser aplicada ao indivíduo que age com dolo ou culpa, ao terceiro que não contribuiu com a infração, e portanto não agiu com dolo ou culpa, não pode ser imposta medida sancionadora.⁴⁷ É o que se denomina princípio da pessoalidade.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 814/815.

⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.* 2005, p. 45.

⁴⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *op. cit.* p. 115.

⁴⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.*, 2005, p. 44/45.

Por fim, veda-se ainda a ocorrência de dupla punição pelo mesmo fato, o denominado princípio do *non bis in idem*, cuja impossibilidade inclusive restou assentada na Súmula 10 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece ser “inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”. É certo que isso, todavia, não está a impedir que, em virtude de um mesmo fato, possa alguém ser responsabilizado administrativa, penal e civilmente, visto que são esferas de responsabilidade diversas e autônomas⁴⁸.

Destarte, vê-se que a busca pelo *animus* do agente é preponderante para a definição da ocorrência de sanção administrativa, do que denota que o princípio da culpabilidade integra o seu respectivo regime jurídico.

1.3.3 Devido Processo Legal

Dispõe a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e, no inciso seguinte, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tais dispositivos compõem o que se denomina de princípio do devido processo legal, determinando que toda ação estatal que afete interesse dos particulares seja precedida de um procedimento formal, no qual lhe seja deferido a oportunidade de se manifestar e defender-se em geral. Tal princípio incide sobre toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública, não se configurando em princípio particular do direito administrativo sancionador.⁴⁹

Sobre o tema, apresentando a amplitude de efeitos que decorre do primado do devido processo legal, ensina o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes que:

É provável que a garantia do devido processo legal configura uma das mas amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se

⁴⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *op. cit.* p. 123. Vale mencionar que há que discorde dessa conclusão, afirmando que a cumulação de sanções em diversas esferas de responsabilização implica em violação ao princípio do *non bis in idem*. (Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 165/167).

⁴⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.*, 2007, p. 214.

considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.⁵⁰

O devido processo legal impõe ao Estado condutas formais e obrigatórias para a garantia dos acusados contra arbítrios da Administração Pública, de maneira a proporcionar oportunidade de defesa e observância do rito legalmente estabelecido para o processo. Portanto, o devido processo legal é aquele no qual todas as formalidades legais são observadas.⁵¹

Uma sanção administrativa aplicada sem respeito a esse preceito – ainda que de forma diferida, em função de eventual situação de urgência – está inevitavelmente eivada de ilegalidade. Deve, portanto, o administrador perpassar um rito preestabelecido no qual seja concedido ao acusado a oportunidade de se manifestar e de produzir provas, de modo a influir na decisão do julgador, deferindo-lhe inclusive a possibilidade de recorrer da decisão à autoridade superior, sob pena de violação aos ditames constitucionais.

Decorre diretamente do devido processo legal a necessidade de observância de diversas garantias processuais, que, consoante a doutrina de Lúcia Valle Figueiredo, compreendem o respeito aos princípios: (i) do juiz natural ou do administrador competente; (ii) do amplo contraditório; (iii) da igualdade entre as partes; (iv) da motivação das decisões; (v) do direito à produção de provas; (vi) da verdade material; (vii) do informalismo a favor do administrado; (viii) do direito à revisibilidade ou do duplo grau; (ix) do direito à defesa técnica; (x) do direito ao silêncio; e (x) da proibição da *reformatio in pejus*.^{52 53}

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 685.

⁵¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1094.

⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 444 *et seq.*

No Brasil, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece justamente as normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, com vistas à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. De outro lado, em relação especificamente ao regime disciplinar, a própria Lei 8.112, de 11 de janeiro de 1990, também traz, a partir de seu art. 143, o rito a ser seguido por ocasião das apurações de responsabilidades de servidores públicos estatutários, apresentando uma série de garantias a serem cumpridas. Portanto, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro já apresenta normativo voltado a atividade sancionadora estatal.

Vale mencionar também que, hodiernamente, o princípio do devido processo legal vem sendo utilizado como instrumento de legitimação da participação popular nas decisões levadas a cabo pela Administração Pública. Tal visão vem sendo especialmente desenvolvida no âmbito da atividade regulatória do Estado, de modo a assegurar voz ao setor eventualmente atingido pela regulamentação estatal. É tema de profunda discussão quando se fala da atuação das atuais Agências Reguladoras. Acerca do tema, menciona Luís Felipe Valerim Pinheiro:

O tema da participação procedimental se desdobra na abertura do processo à participação do cidadão ou de uma coletividade (associações), como interessados, para a defesa de interesses e direitos individuais ou difusos e coletivos ameaçados ou abrangidos pela futura decisão estatal. A participação procedimental teria o caráter de propiciar uma decisão administrativa dotada de melhor qualidade técnica, uma vez que a consideração das contribuições trazidas pelos maiores conhecedores dos direitos envolvidos, vale dizer, os próprios afetados pela decisão, é imprescindível para que a Administração Pública tenha contato com todas as peculiaridades abrangidas por sua futura decisão.⁵⁴

Trata-se, portanto, da evolução do modelo ortodoxo de interação entre o Público – aqui entendido os cidadãos de um Estado –, a Política e a

⁵³ Registre-se que se discorda da autora em relação ao princípio do *non reformatio in pejus* – cujo conteúdo estatui a impossibilidade de se agravar a situação daquele que recorre da decisão –, por se entender que este não obteve guarida no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da norma contida no art. 64 da Lei nº 9.784/99, *in verbis*:

“Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.”

⁵⁴ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O Devido Processo Legal e o Processo Administrativo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, 20 ed, out/2002, p. 1333.

Administração. Nesse modelo tradicional, o Público elege os representantes do Poder Legislativo e do Executivo, que são responsáveis pela edição de atos políticos cuja concretização caberá à Administração em suas interações com o Público, através de atos administrativos. Com a procedimentalização, tal processo é complementado com a participação do Público nos processos de formação da vontade estatal, isto é, na atividade da Administração de concretização dos atos políticos.⁵⁵

De qualquer forma, percebe-se que o Devido Processo Legal compõe o regime jurídico das sanções administrativas, posto que traz consigo um conjunto de garantias a serem respeitadas para a justa decisão estatal, o que a integra aos pressupostos da atividade sancionadora do Estado.

Apresentados os princípios nucleares do regime jurídico administrativo sancionador, passa-se à análise da figura dos regimes jurídicos disciplinares aplicáveis aos servidores públicos e aos empregados estatais, de modo a se avaliar se a figura dos dirigentes das estatais pode ser submetida aos preceitos estatuídos nesses institutos.

⁵⁵ ZYMLER, Benjamin. A Procedimentalização do Direito Administrativo Brasileiro. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez/2002, p. 4. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=2848>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.

2 O REGIME DISCIPLINAR DOS DIRETORES DE EMPRESAS ESTATAIS.

A responsabilização disciplinar pode ser caracterizada pela imputação de sanção ao agente que, no trato de suas funções ou em razão delas, descumpra deveres ou proibições impostos para a adequada disciplina interna do ambiente de trabalho. Ou seja, a instituição define regras com o fito de orientar e por limites aos seus agentes, culminando pena àqueles que as descumprem.

Em relação à Administração Pública, o regime de responsabilidade disciplinar nada mais é do que uma variante do chamado Direito Administrativo Sancionador.

O poder disciplinar resulta de uma relação de supremacia especial⁵⁶ que se estabelece entre a Administração e certas categorias de pessoas que justifica a atribuição à Administração de um poder disciplinar próprio – administrativo – cujo fundamento é, assim, diferente do poder punitivo geral do Estado.⁵⁷ Tal poder possui feição essencialmente apenadora, pois é destinado a reprimir os desvios de comportamento dos servidores públicos por meio da imposição de correspondentes sanções aos transgressores.⁵⁸

Logo, observa-se que os princípios que componentes do regime jurídico das sanções administrativas, expostos no capítulo antecedente, também aqui devem ser observados.

Dentro do Estado, é possível identificar diversas categorias de agentes públicos, cada qual com características próprias; sujeitos, portanto, a regimes de responsabilização diversos, nem todos de caráter disciplinar. Logo, a análise do regime jurídico de responsabilização aplicável aos dirigentes de empresas estatais envolve a questão relacionada ao seu adequado enquadramento dentro da Administração Pública.

⁵⁶ Destaque-se que a noção de “relação especial de sujeição” será melhor explicada no próximo capítulo.

⁵⁷ FRAGA, Carlos Alberto Conte da Silva. **O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública**: Lei 58/2008: doutrina e jurisprudência. Alformelos: Petrony, 2011, p. 24 *apud* CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**: À Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 86.

⁵⁸ *Ibid.* p. 87.

O presente capítulo buscará identificar dito regime jurídico, através do cotejo dos elementos característicos do vínculo entre esses agentes e a Administração Pública, buscando examinar a possibilidade de sua responsabilização na seara administrativa.

2.1 Os agentes públicos

Régis Fernandes de Oliveira define agente público como “toda pessoa física que desempenha uma função vinculada a alguma atividade do Poder Público”⁵⁹, acrescentando Lúcia Valle Figueiredo que “estão incluídos todos aqueles que desempenham de qualquer modo, (*sic*) função pública”.⁶⁰

Não por menos, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 2º, apresenta o seguinte conceito de agente público para fins de sua incidência, *in verbis*:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Vê-se que o conceito é extremamente amplo, abarcando todo e qualquer tipo de indivíduo que venha a exercer, a qualquer título, uma atividade administrativa. Em verdade, dentro do seu âmago encontra-se diversas espécies de agentes públicos, que, na classificação de Régis Fernandes de Oliveira⁶¹, podem ser dispostos da seguinte maneira:

- a. Agentes políticos;
- b. Servidores públicos *estatutários*, *celetistas* e *temporários*;
- c. Particulares em colaboração com o Poder Público;
- d. Militares;
- e. Servidores de estatais.⁶²

⁵⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores Públicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 9.

⁶⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *op. cit.* p. 596.

⁶¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 10.

⁶² O autor inclui nessa categoria duas espécies de agentes: os *empregados públicos*, que seriam os com vínculo celetista nas autarquias, fundações de direito público e agências reguladoras, possuindo um estatuto específico instituído no ato de criação da entidade, e os *empregados governamentais*,

Os agentes políticos são aqueles que compõem a cúpula dos três Poderes do Estado, ocupando cargos eletivos ou vitalícios. Nesse sentido, integram dita categoria o Presidente da República e seus respectivos Ministros de Estado, os parlamentares, os magistrados e, segundo alguns autores, os membros do Ministério Público. O modo de responsabilização de tais agentes se encontra disposto na própria Constituição Federal, na forma dos chamados crimes comuns e de responsabilidade.

Os servidores *estatutários* são aqueles titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo⁶³, podendo referidos cargos ser de provimento efetivo ou comissionado. O regime disciplinar desses agentes está disposto na Lei 8.112/90, que, em seu Título IV, estabelece os deveres e as proibições aos quais estão sujeitos, bem como o rito e as penas possíveis de serem aplicadas. Os *celetistas* seriam aqueles que celebram um contrato de trabalho com esses mesmos entes, sendo regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT⁶⁴. Tais agentes, contudo, ou se limitariam a remanescentes do regime constitucional anterior, que amplamente os admitia, ou seriam os empregados públicos admitidos em função da Lei nº 9.986/00⁶⁵, que estabeleceu o regime de emprego para o quadro de pessoal das Agências Reguladoras. Seu regime disciplinar se encontra na CLT, cujo art. 482 dispõe das hipóteses que possibilitam a dispensa por justa causa do empregado. Já os *temporários* são os que exercem emprego de natureza provisória, criados por lei, mas destinados ao atendimento de necessidades de excepcional interesse público, por tempo determinado, na dicção do art. 37, inciso IX, da CF⁶⁶. Tais agentes são regidos pela Lei nº 8.745/93, que, em seus arts. 10 e 11, trata da forma de apuração disciplinar desses agentes.

que seriam aqueles vinculados às empresas estatais. Para efeitos deste trabalho, desconsiderar-se-á os primeiros, por se entender que estes já se encontram inseridos na categoria dos servidores públicos celetistas, sendo despiciente a distinção.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 240.

⁶⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 11.

⁶⁵ Vale mencionar que dita lei foi suspensa liminarmente na ADI 2.310-DF, ao argumento de que seria inconstitucional o regime de emprego nas Agências Reguladoras. Posteriormente, esse diploma foi alterada pela Lei nº 10.871/04, que instituiu os cargos públicos dessas entidades.

⁶⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 12.

Os particulares em colaboração são os que prestam serviços sem vínculo empregatício e sem remuneração com a Administração, podendo, dependendo do caso, receber recursos da comunidade pela prestação direta de serviços a ela. Nesse segmento, enquadram-se os delegados de cartórios de registros públicos, os leiloeiros, os tradutores, os intérpretes, como também os jurados e os mesários. No caso dos notários e registradores, a Lei nº 8.935/94, em seus Capítulos V e VI, define os seus direitos e deveres, assim como as infrações disciplinares e as penalidades passíveis de serem aplicadas. Em relação aos tradutores oficiais e aos leiloeiros existem, respectivamente, o Decreto nº 13.609/43 e o nº 21.981/32, que possuem disposições disciplinares próprias.

Os militares, nas palavras do próprio Régis Fernandes de Oliveira, “foram excluídos da noção de servidor. As Forças Armadas têm organização própria e distinta de qualquer outra (arts. 142 e 143 da Constituição).”⁶⁷ As Leis Complementares nº 69/91 e 97/99 disciplinam o regime jurídico desses agentes. Os militares, assim, possuem uma disciplina específica, que os aparta de qualquer outra espécie de agentes públicos.

Por fim, haveria os empregados das estatais, ou empregados governamentais, que, na definição de Diógenes Gasparini, são “as pessoas que, sob um regime de dependência, ligam-se contratualmente às sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas, prestadoras ou não de serviços públicos, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e não eventual”⁶⁸. Ou seja, podem ser caracterizados como as pessoas que se ligam contratualmente às empresas estatais, mediante uma relação de emprego. Tais empregados são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT⁶⁹, cujo art. 482 dispõe acerca das hipóteses de dispensa por justa causa, podendo os regramentos internos da empresa instituir deveres e proibições e o rito de apuração dentro da organização.

Isto posto, nota-se, conforme dito acima, que a verificação do regime disciplinar aplicável aos dirigentes de empresas estatais envolve o seu

⁶⁷ *Ibid. loc. cit.*

⁶⁸ GASPARINI, Diógenes. *op. cit.* p. 157.

⁶⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 11.

enquadramento dentro dessas espécies de agentes públicos, de modo a avaliar qual diploma rege a sua responsabilização.

Assim, das características expostas, pode-se eliminar os agentes políticos, visto que os dirigentes não se situam no ápice dos Poderes do Estado, assim como não dispõem de competências previstas no texto constitucional. Da mesma forma, os servidores públicos *celetistas* e *temporários*, já que, em relação ao primeiro caso, tampouco se vinculam diretamente à entidades de direito público, como os órgãos integrantes da Administração Direta e das autarquias e fundações de direito público, e, em relação ao segundo, não são contratados para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Por fim, com obviedade, não podem ser enquadrados como militares, por não integrarem as Forças Armadas, assim como, por não atuarem como particulares, na medida em que prestam serviço remunerado às empresas estatais, não podem ser classificados como particulares em colaboração.

Restariam, portanto, duas hipóteses a serem analisadas: (i) o caso de se tratarem de servidores públicos estatutários, na forma de cargos comissionados; ou (ii) de serem empregados governamentais, vinculados contratualmente às empresas estatais. Ambas as situações serão analisadas nos tópicos a seguir.

2.2 Os dirigentes de empresas estatais como ocupantes de cargos públicos

Celso Antônio Bandeira de Mello define cargo público como “as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo os serviços auxiliares do Legislativo, cuja criação se dá por ato da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas⁷⁰.”

A essa definição o eminente Márcio Cammarosano adiciona outras notas, estatuidando que este se destina ao “exercício de atividades civis permanentes, a serem desenvolvidas por um agente, sob relação de emprego de natureza

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 243.

estatutária”.⁷¹

Referido autor explica que a referência a civis se presta a excluir os cargos militares. O caráter permanente visa a separação entre cargos e funções, já que serviços de caráter temporário somente podem dar ensejo à criação de funções. E a nota referente a relação de emprego de caráter estatutário objetiva duas medidas: (i) apartar os servidores públicos dos agente políticos, posto que aqueles caracterizam-se pelos traços de profissionalidade e de relação de dependência, e estes não se vinculam como profissionais, mas definem a orientação superior a ser cumprida pelos primeiros; e (ii) excluir da extensão do conceito aqueles feixes de atribuições providos por meio de uma relação contratual, isto é, regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas.⁷²

Percebe-se do conceito que os cargos públicos servem como instrumento da atuação estatal, já que é por intermédio de seus ocupantes que se exprime a vontade do Estado. Por isso que se caracterizam por um plexo de competências deferidas a um agente. É nesse sentido que o mesmo Márcio Cammarosano ensina:

O Estado, portanto, quer e age por intermédio de agentes, isto é, de seres físicos prepostos à condição de seus agentes. E esses agentes, para atuar, são investidos, cada qual, de atribuições determinadas, agrupadas sob a denominação própria, ora designadas como sendo cargos, ora como funções.⁷³

De outro lado, percebe-se que um dos aspectos mais importantes da definição de cargo público é o ato pelo qual este é criado, qual seja, a lei. Somente por via legal se pode criar ou extinguir cargos públicos, conforme estipula o art. 48, inciso X, da CF:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções

⁷¹ CAMMAROSANO, Márcio. Provisamento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro. **Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo**, vol. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 19.

⁷² *Ibid.*, p. 20/22.

⁷³ CAMMAROSANO, Márcio. *op. cit.* p. 4.

públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;⁷⁴

Há dois tipos de cargos públicos: os de caráter efetivo e os em comissão. Os primeiros são os destinados ao provimento em caráter definitivo, devendo ser exercidos por agentes concursados e de forma permanente. Já os segundos são os denominados de confiança, criados para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento e destinados ao livre provimento e exoneração da autoridade competente. Assim, ambos são criados por lei, tendo como nota dissonante a finalidade e a forma de investidura. É o que estipula o art. 37, incisos II e V, da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Tratando dos cargos de provimento efetivo, Régis Fernandes de Oliveira menciona:

Para a investidura no cargo é necessária uma seleção de candidatos capaz de afastar o arbítrio imoral da escolha determinada por interesses pessoais ou políticos. O respeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da legalidade, dentre outros, garante aos aspirantes a oportunidade de ocupar esses lugares em razão de seus próprios méritos, o que é feito através de concursos públicos de provas, ou de provas e títulos. Ao mesmo tempo em que a Administração garante a aquisição dos melhores funcionários, o concurso possibilita a qualquer candidato que preencha os requisitos objetivos para o lugar pretendido, a certeza de que a sua aprovação depende unicamente dele próprio, sem a influência nefasta de ideologias e interesses.⁷⁵

Em relação às finalidades específicas direcionadas aos cargos em

⁷⁴ O art. 84, VI, b, autoriza a extinção de cargos públicos por decreto, quando vagos.

⁷⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 27.

comissão, Márcio Cammarosano explana:

Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações ou considerações de outra natureza.⁷⁶

Ademais, o caráter dissonante dos cargos em comissão é que são vocacionados a serem preenchidos por ocupantes em caráter transitório, por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando.⁷⁷ Régis Fernandes de Oliveira inclusive assenta que se pressupõe serem tais cargos necessários à Administração, tendo em vista a confiança depositada em seus ocupantes, razão pela qual a lei não pode criar, indiscriminadamente, cargos em confiança, devendo haver compatibilidade lógica entre a finalidade do cargo e a sua criação.⁷⁸ Por tal razão que novamente ensina Márcio Cammarosano:

Com efeito, verifica-se desde logo que a Constituição, ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que deve pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma lealdade pessoal à autoridade superior.⁷⁹

Importante ressaltar que não se pode confundir cargo em comissão com função de confiança. Função é um conjunto de atribuições estipuladas para o desempenho de atividade pública. Todo o cargo tem funções que lhe são fixadas, o

⁷⁶ CAMMAROSANO, Márcio. *op. cit.* p. 96.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 290.

⁷⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 20.

⁷⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *op. cit.* p. 95.

ocupante da função não tem, necessariamente, cargo, sendo-lhe atribuídas exclusivamente funções.⁸⁰

Em que pese próximos – visto que a dicção do texto constitucional acima exposta menciona serem ambos destinados ao exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento e de livre provimento e exoneração –, as funções de confiança são exclusivas de servidores efetivos, não podendo serem assumidas por estranhos aos quadros de pessoal da Administração Pública. Acerca das funções de confiança, expõe Régis Fernandes de Oliveira:

Em verdade, abstraindo-se a referencia histórica aos servidores extranumerários e interinos, as funções permanentes, cujo substrato básico é a confiança, somente se diferenciam dos cargos em comissão em razão da nomenclatura e do tratamento legal. O impulso inicial que determinará a qualidade de cargo em comissão, ou de função de confiança, permite optar por qualquer das modalidades, respeitadas as exigências legais de cargos vocacionados para o funcionário efetivo. Como ambas as funções (que englobam necessariamente os cargos) são permanentes e de confiança, somente a estatuição legal será capaz de distingui-las. A definição, se haverá o provimento com servidores obrigatoriamente concursados, ainda que de livre escolha do Chefe do Executivo (que são as funções de confiança), ou segundo a livre discricionariedade do administrador (que são os cargos em comissão), depende da lei. Função de confiança distingue-se de cargo em comissão pelo fato de aquela não titularizar cargo público. Demais disso, se função nada mais é que atribuição inerentes a todos servidores públicos, função de confiança é o plexo de atribuições conferidas a determinado funcionário de carreira em razão de um vínculo existente entre o Chefe do Executivo e o titular de cargo efetivo.⁸¹

Expostos os liames dos conceitos de cargos e funções públicas, cumpre avaliar se se pode considerar os dirigentes de empresas estatais como ocupantes de cargos dessa natureza, para fins de incidência dos regramentos disciplinares próprios dos servidores estatutários.

A conclusão a tal resposta não poderia deixar de ser negativa. E isso por três motivos.

Primeiro, não obstante serem nomeados pela Administração Pública, os Dirigentes de Empresas Estatais não exercem suas funções no seio da

⁸⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 30.

⁸¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 31.

Administração Direta, autárquica ou fundacional de direito público, mas em empresas estatais, cujo regime jurídico, por força do art. 173, §1, II, da CF, deve ser “o próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”. Assim, não possuem vínculo com órgãos e entidades de direito público.

Segundo, seus atos não podem ser considerados como fontes da vontade do Estado, visto que não se revestem do regime jurídico de direito público. As competências definidas aos cargos públicos decorrem das mesmas competências deferidas ao ente estatal por força do texto constitucional. Assim, a fim de viabilizar a vontade estatal naquele feixe específico de competência é que são criados os cargos públicos. Os dirigentes de empresas estatais, ao reverso, representam as entidade em que atuam, seus atos, em geral, são regidos pelo direito privado, não possuindo, portanto, as características típicas do regime jurídico administrativo, consubstanciado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Por fim, o cargo de dirigente de empresa estatal não pode ser considerado cargo público por não ter sido criado por lei, mas estatuído nos contratos ou estatutos sociais das respectivas companhias.

Frise-se que tanto os cargos efetivos quanto os comissionados devem ser criados por lei formal, razão pela qual não se pode equiparar o cargo de Presidente de determinada empresa estatal com um cargo em comissão. A Lei é requisito preponderante para a existência de qualquer cargo público, já que este, como já mencionado, vincula-se aos órgãos e entidades de direito público, para fins de possibilitar a atuação da vontade do Estado. Os dirigentes ocupam funções criadas no seio da companhia, a partir de atos regidos pelo direito empresarial, fundados em seus estatutos e normativos internos. Da mesma forma, os dirigente de estatais tampouco ocupam funções de confiança, visto que estas, além de também serem criadas por lei, somente podem ser ocupadas por servidores já ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo.

Afastada a hipótese da natureza de cargo público das funções desempenhadas pelos dirigentes de empresas estatais, cumpre avaliar o regime

jurídico dos chamados empregos públicos, ocupados pelos denominados agentes governamentais, conforme classificação exposta no tópico acima.

2.3 Os dirigentes de empresas estatais como ocupantes de empregos públicos

Na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, “empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”. Nota-se que o traço diferenciador entre o cargo e o emprego público é a natureza do vínculo entre um e outro, sendo o primeiro de natureza estatutária e o segundo contratual, ou celetista.

Acerca da diferença entre regime estatutário e contratual, Régis Fernandes de Oliveira explica:

Enquanto o ocupante de cargo ou titular de função está submetido ao regime estatutário, o servidor do Estado ou de Empresas Estatais (empresa pública, sociedade de economia mista e fundação privada) sujeita-se a vínculo celetista, ou seja, é relação de emprego, disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho. O regime é diferente, isto é, no regime estatutário, o servidor recebe um plexo de normas detalhado, que pode ser alterado unilateralmente pelo Poder Público, enquanto que no regime celetista, o empregado celebra contrato, embora de adesão, mas trata-se de vínculo bilateral e não alterável unilateralmente.⁸²

Vale ressaltar que nem todas as relações de trabalho importam em uma relação de emprego. A relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie. As relações de trabalho podem assumir diversas configurações, mas o traço que define uma relação de emprego é a existência de um contrato individual de trabalho, ou, simplesmente, um contrato de trabalho.⁸³

Nesse passo, a doutrina elenca alguns requisitos necessários para se considerar existente um contrato individual de trabalho, sem os quais torna-se impossível considerar existente uma relação de emprego. São eles, conforme apontado por Maurício Godinho Delgado:

⁸² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *op. cit.*, 2008, p. 33.

⁸³ A denominação contrato de trabalho é muito criticada pela doutrina, na medida em que pode levar a confusões entre o gênero relação de trabalho e a espécie relação de emprego. Melhor que fosse chamado de contrato de emprego. Todavia, não se pode negar que o nome já se estabeleceu no seio da sociedade.

a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não-eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*.⁸⁴

Ausente quaisquer dos requisitos acima não se configura a relação de emprego, podendo ocorrer outra espécie de relação de trabalho. Assim, para que os diretores das empresas estatais estejam submetidos à responsabilização disciplinar celetista, faz-se necessário a existência de uma relação de emprego e, para que esta relação esteja configurada, necessário um contrato de trabalho que preencha todos os requisitos acima discriminados.

Acerca da figura dos dirigentes de empresas, José Augusto Rodrigo Pinto os caracteriza como sendo aqueles que:

Constituem a parcela dos que, na hierarquia da empresa, estão mais próximos do empregador. Tão próximos que dele recebem delegação de poderes privativos, dos quais o de maior expressão é o disciplinar. Assim, passam a ser, para os colocados nos níveis inferiores dessa hierarquia e para os estanhos ao contrato, a projeção do próprio empregador.⁸⁵

Assim, segundo Alice Monteiro de Barros, os altos empregados, ou dirigentes de empresas, são aqueles ocupantes de cargos de confiança, enquadrando-se nessa situação os diretores, os administradores e todos os que exercem função diretiva e ocupem função de destaque.⁸⁶

Analisando a figura dos dirigentes das empresas estatais, verifica-se que, de fato, tratam-se de pessoas físicas, que desempenham suas atividades pessoalmente, em caráter não-eventual e de forma onerosa. Contudo, o requisito subordinação levanta dúvidas.

Em verdade, a proximidade com os altos escalões da empresa é tão grande que o limite divisor entre a situação de empregado e de empregador torna-se difusa, levando-se a se questionar se efetivamente recebem uma delegação de um

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 290.

⁸⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 111.

⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 267.

pretensão empregador, tal como dispôs acima José Augusto Rodrigo Pinto. Quanto a essa controvérsia, expõe Amauri Mascaro Nascimento:

Discute-se, doutrinariamente, se os diretores de empresa, em especial de sociedades anônimas, são empregados. Toda a dificuldade resulta do fato de agirem como representantes do próprio empregador e com um poder de iniciativa muito grande, a ponto de serem responsáveis pela marcha do negócio.⁸⁷

Ocorre que a modernização das empresas tem gerado a profissionalização de suas direções. Na medida em que se afasta da visão do antigo proprietário que efetivamente geria o negócio, típico do século XIX, e se aproxima das modernas companhias, cujo capital aberto dilui a visão do seu proprietário, torna-se problemática a identificação da posição jurídica dos altos dirigentes dentro da companhia. Tratando do tema, Adriana Carrera Calvo inclusive explica:

A separação do empresário capitalista da gestão da empresa foi um marco na evolução das companhias democráticas e pluralistas da mesma forma que a separação da Igreja e do Estado foi importante para a evolução política da humanidade.

No final do século XIX, o nosso mundo mercantil ainda era dominado por comerciantes individuais e por típicas sociedades de pessoas, tendo por regra que a propriedade estava vinculada à administração. Da mesma forma, o nosso mundo laboral da época era formado por classes bem distintas, sob a dialética do binômio patrão-operário, tendo como seu critério definidor a subordinação jurídica.

O surgimento de um novo tipo de sociedade – a Sociedade Anônima – na qual a propriedade está dissociada da administração, trouxe forte impacto no mecanismo das relações de trabalho, determinando-lhes nova configuração e possibilitando o surgimento do Administrador Não-Proprietário.⁸⁸

Nesse sentido, a noção de subordinação se revela altamente importante para se esclarecer melhor a situação dos dirigentes de empresas, mormente aqueles que atuam nas empresas estatais.

A subordinação pode ser definida como o exercício da atividade do empregado com dependência do empregador, que o dirige. O empregado é, por

⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30 ed. São Paulo: LTR, 2004, p. 217.

⁸⁸ CALVO, Adriana Carrera. A natureza jurídica do vínculo do diretor estatutário de sociedade anônima. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1768, Acesso em out/2015.

consequente, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. Por tal razão é que o trabalhador autônomo não é empregado, visto não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio.⁸⁹ No mesmo sentido, expõe Délio Maranhão:

A subordinação revela, antes uma dependência hierárquica. Exatamente porque o trabalho é um dos fatores de produção, colocado à disposição do empregador mediante o contrato de trabalho, a obrigação de prestar serviços, decorrente deste contrato, implica uma certa indeterminação do conteúdo específico de cada prestação, e, conseqüentemente, o direito do empregador de definir, no curso da relação contratual e nos limites do contrato, a modalidade concreta de trabalho.⁹⁰

A doutrina elenca três teorias que buscam explicar a subordinação. A primeira a identifica a partir de um critério econômico, definindo que a relação de emprego se funda na vinculação do empregado ao empregador pelo salário. A segunda foca na questão da dependência técnica, estabelecendo que o empregado está sujeito às determinações técnicas do empregador, não podendo definir a forma pela qual prestará o trabalho. Por fim, há o critério jurídico, que estatui ser a subordinação decorrente do contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador.⁹¹

Hoje o critério jurídico é visto como a melhor forma de explicar a relação de subordinação na relação de trabalho. Isso por que, nas palavras de Orlando Gomes, “tanto o poder de comando quanto o poder de direção do empregador corresponde ao dever específico do empregado de obedecer. O poder de comando seria o aspecto ativo e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica”.⁹²

A questão econômica atua, em realidade, como um elemento externo, incapaz de explicar o nexo preciso da assimetria entre poder de direção/subordinação. A assincronia econômica maior ou menor entre os dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerentes ao poder empregatício. Já em

⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 93.

⁹⁰ MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981, p. 120.

⁹¹ MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado**. São Paulo: LTR, 2008, p. 46.

⁹² GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

relação à questão técnica, no processo organizado da moderna empresa, a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário mediante instrumentos jurídicos. Assim, o empregador contrataria o saber, organizando os meios de produção, sem pretensão de absorver os conhecimentos individuais dos trabalhadores.⁹³

Existem duas teorias que buscam explicar a natureza jurídica do vínculo entre o Diretor e a Sociedade Empresarial. A primeira é denominada clássica ou tradicional; a segunda, moderna ou intervencionista.

A corrente clássica percebe uma incompatibilidade de situações entre a posição societária do diretor e a posição organizacional do empregado. As situações jurídicas, de natureza diretiva e de natureza subordinada, seriam reciprocamente excludentes, conduzindo à inviabilidade de se acatar a presença de relação empregatícia para os dirigentes.⁹⁴ Para fins de justificar essa posição, há duas linhas explicativas.

Pela primeira, o diretor ou administrador de sociedade, investido em mandato eletivo, como pessoa física e representante legal da pessoa jurídica, não poderia ser, simultaneamente, empregado, já que integra um dos órgãos indispensáveis a sua existência. Apontam que é por meio dele que a sociedade se exterioriza, logo não poderia o dirigente ser empregado de si próprio. Os que veem dessa forma sustentam que a sua investidura no mandato se dá em função do contrato social, e não da relação de emprego.⁹⁵ Assim, o diretor não seria empregado, mas mandatário. A relação jurídica que o vincula à sociedade não seria a de emprego, mas a de mandato.^{96 97}

Contudo, a despeito da proximidade, não se pode deixar de notar certas dessemelhanças entre o a situação do diretor e a de um mandatário. Primeiro por que os poderes do mandatário são estabelecidos pelo outorgante, já os poderes do diretor ou administrador estão previstos na Lei e nos estatutos sociais da

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.* p. 304.

⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.* p. 357.

⁹⁵ BARROS, *op. cit.* p. 270.

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* p. 217.

⁹⁷ O Código Civil define o contrato de mandato da seguinte forma: “Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.”

sociedade. Segundo por que o mandante pode revogar os poderes outorgados ao mandatário, total ou parcialmente, já a Assembleia Geral dos Acionistas ou o Conselho de Administração podem destituir o administrador, mas não poderá revogar os seus poderes, posto que estão previstos na lei e nos estatutos, como dito acima. Por fim, o administrador não age como um procurador da companhia, mas sim como esta própria. Não existiria, assim, propriamente representação.⁹⁸

De outro lado, há uma segunda corrente que sustenta ser o diretor um órgão da sociedade, e não simples mandatário. Sobre essa visão, preconiza Sérgio Pinto Martins que o diretor não é mandatário da sociedade, mas um dos órgãos desta, agindo aquele em nome e como órgão da companhia, pois a representa e pratica os atos necessários a seu funcionamento regular, como menciona a atual Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76, art. 144). A situação jurídica do diretor estaria totalmente divorciada da de empregado, inexistindo contrato de trabalho, pois o diretor integra um dos órgãos da sociedade, não podendo ser empregado e empregador ao mesmo tempo, visto que não se subordina a si próprio.⁹⁹

No que toca a segunda corrente, chamada de moderna ou intervencionista, esta busca perceber a especificidade da relação jurídica estatuída entre diretor contratado e a sociedade, sem, contudo, deixar de vislumbrar a real ocorrência de contrato de emprego entre o executivo escolhido para compor a diretoria de uma sociedade e essa mesma sociedade.¹⁰⁰ Aqueles que adotam dito posicionamento afirmam que existe subordinação jurídica entre a Assembleia Geral, ou o Conselho de Administração, e os titulares da Diretoria Executiva, cabendo àqueles a supervisão da atividade destes.

Acerca desse posicionamento, Fábio Ulhoa Coelho é extremamente crítico, manifestando-se da seguinte maneira:

O derradeiro ponto a se considerar – e penso que nele se encontra a resposta à questão da natureza do vínculo, estatutário ou contratual, do diretor com a companhia – diz respeito à análise do tipo de subordinação que envolve o diretor. É inegável que o membro da

⁹⁸ PÁSCOLI, Jonas; MIRANDA, Maria Bernadete. A natureza jurídica do contrato de administração. In: **Revista Virtual Direito Brasil**, Vol. 4, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/jo.pdf>, Acesso em out/2015.

⁹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *op. cit.* p. 145.

¹⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.* p. 357.

diretoria está submetido seja ao conselho de administração, seja à assembleia geral, uma vez que esses outros órgãos detêm o poder de o destituir do cargo a qualquer tempo. Mas, ao contrário do resultante da generalização proposta por Bueno Magano, a subordinação entre a diretoria e os órgãos superiores nem sempre é pessoal, típica do vínculo trabalhista. O conselho de administração e a assembleia geral não se reúnem cotidianamente; ao contrário, fazem-no de forma esporádica e breve. Não há controle, por esses órgãos, da jornada de trabalho (ou prestação de serviços) do diretor, nem é usual que deles parta qualquer orientação específica sobre a realização de determinadas tarefas. Em outros termos, a subordinação entre os órgãos societários tem natureza diversa daquela outra que caracteriza o vínculo empregatício. Entre os membros da diretoria e os órgãos superiores da companhia (conselho de administração, se houver, e assembleia geral, sempre) verifica-se subordinação de órgão para órgão (dependência societária), e não pessoal (dependência trabalhista).¹⁰¹

Da mesma forma, Adriana Carrera Calvo expressa que o administrador, ao aceitar o cargo para o qual foi eleito, “não se vincula aos termos de nenhuma convenção e, portanto, não se obriga contratualmente perante a companhia. Vincula-se ele tão somente à lei e ao estatuto, cujas regras disciplinam sua atividade, seus deveres e encargos”.¹⁰² No mesmo sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella defende que tal relação é de natureza societária, argumentando que os “diretores da sociedade, sujeitos apenas ao Conselho de Administração, com os mais amplos poderes de gestão, não podem ser confundidos com o trabalhador subordinado”.¹⁰³

Outro argumento utilizado para afastar o regime jurídico trabalhista dos ocupantes de cargos de Diretores ou Administradores é a de que as vantagens trabalhistas conquistadas ao longo dos anos são indiferentes a tais gestores, em função do alto padrão de vida que geralmente desfrutam.¹⁰⁴ É nesse sentido que Luiz Carlos Amorim Robortella firma que a finalidade do direito do trabalho não é construir fortunas ou tutelar empresários acionistas de capital ou homens de negócios, o seu ideal é a proteção da parte economicamente mais fraca nas

¹⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Vol. II**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 243/244.

¹⁰² CALVO, Adriana Carrera. O regime jurídico do Diretor. In: **ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas**, n. 9, p. 1-13, set. 2004.

¹⁰³ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. Direito de Empresa e Direito do Trabalho. **Revista da AASP: Seis Décadas de CLT e o novo Código Civil**, ano XXIII, jul/2003, n. 70, p. 70.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Direito do Trabalho**: Estudos. São Paulo: LTr, 1979, p. 43.

relações de produção, esse continua a ser o seu princípio fundamental.¹⁰⁵ Assim, arremata o autor:

É cada vez mais inaceitável a proteção trabalhista homogênea que não reconhece a diferença entre os diversos prestadores de serviços. Tal homogeneidade atenta contra os princípios jurídicos elementares porque a igualdade jurídica, em face de situações concretamente desiguais, pode criar uma desigualdade mediante a igualdade. A generalidade da proteção, sem distinção entre seus destinatários pode levar o direito do trabalho à perda de sua racionalidade como ordenador protetor de situações de carência econômica e debilidade contratual. Um executivo, com elevado grau de independência e plena capacidade de negociação de seu contrato de trabalho, não pode ser tratado como um humilde trabalhador.¹⁰⁶

Vale também ressaltar que a responsabilização dos Diretores é muito mais ampla que a dos típicos empregados, visto que estes são responsáveis solidariamente pelo descumprimento de deveres impostos pela lei à companhia, conforme preceitua o art. 158, §2º, da Lei 6.404/76¹⁰⁷ (Lei de Sociedades Anônimas), algo que seria de difícil conciliação com a situação jurídica de um empregado.

Em verdade, avaliando a figura dos dirigentes de empresas estatais, torna-se difícil visualizar a necessária presença da subordinação jurídica inerente à relação de emprego. Isso por que os ocupantes desses cargos não são orientados na consecução de suas atividades, mas orientam os demais trabalhadores. Eles não se vinculam a ordens exaradas por qualquer autoridade superior, mas exprimem sua vontade na forma do estatuto ou contrato social da companhia. Ademais, são estes eleitos ou designados em conformidade com o estatuto social – que, no caso das estatais, pode variar entre eleição pela Assembleia Geral, designação pelo respectivo Ministro de Estado da Pasta supervisora ou mesmo através de indicação do próprio Presidente da República –, ocupando o cargo geralmente por prazo determinado.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *op. cit. loc. cit.*

¹⁰⁶ *Ibid. loc. cit.*

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ Por força do art. 140, inciso III, e 143, inciso III, da Lei nº 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas), os membros do Conselho de Administração e da Diretoria-Executiva são designados para mandato de, no máximo, 3 (três) anos.

Relembre-se que as pessoas jurídicas não são organismos vivos tal qual uma pessoa natural. As pessoas jurídicas não exprimem sua vontade por si sós, não existem na realidade natural. Sem quererem avançar nas diversas teorias que tentam explicar a natureza jurídicas das pessoas jurídicas,¹⁰⁹ impende mencionar apenas que a vontade delas é resultado de uma vontade humana. É a vontade de uma ou mais pessoas que a lei e o estatuto social imputa à pessoa jurídica. E cabe justamente aos Diretores esse papel.

Ressalte-se que não se está aqui a tratar daquele empregado ocupante de cargo gerencial, pomposamente denominado de diretor. A despeito do nome, tais empregados não são propriamente diretores. A subordinação inerente a relação de emprego nesses casos ainda se faz presente. Esses empregados apenas ocupam cargos gerenciais na empresa, sendo empregados para todos os efeitos legais.¹¹⁰ São submetidos, portanto, ao poder disciplinar. Essa distinção é tão importante que levou o Tribunal Superior do Trabalho – TST a editar a Súmula nº 269, que dispõe:

O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Com esse enunciado, o próprio TST entendeu que é incompatível a condição de Diretor, eleito conforme o estatuto social da companhia e regido pelo Direito Empresarial, com a de empregado. Caso um empregado venha a ocupar um desses cargos de Diretor, seu contrato de trabalho estará suspenso, não podendo ser ao mesmo tempo empregado e empregador.¹¹¹ A *contrario sensu*, se ainda se fizer presente a subordinação jurídica pertinente ao contrato individual de trabalho, não se vislumbra mais a figura do Diretor regido pelo Direito Empresarial, mas a de

¹⁰⁹ Dentre as quais poder-se-ia mencionar: (i) a teoria da ficção legal, (ii) a teoria da pessoa jurídica como realidade objetiva; (iii) a teoria da pessoa jurídica como realidade técnica, e (iv) a teoria institucionalista.

¹¹⁰ Tal prática tornou-se tão comum no âmbito das instituições bancárias que levou o Banco Central do Brasil – BACEN a exarar a Circular nº 3.136, de 11 de julho de 2002, com o fito exclusivo de disciplinar a utilização do termo Diretor pelas instituições financeiras.

¹¹¹ Interessante que, em razão de não serem empregados, os diretores das companhias não teriam, em tese, direito a acesso ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Contudo, o art. 16 da Lei 8.036/90, que disciplina o FGTS, abre a possibilidade para que as empresas, facultativamente, equiparem seus diretores a empregados, possibilitando que esses profissionais usufruam do benefício. Ou seja, a legislação já reconhece o regime jurídico diferenciado entre diretores e empregados, dedicando artigo específico para equiparar as duas figuras.

um típico empregado, ocupante de um cargo cuja denominação é de diretor.¹¹²

Quando os Diretores emanam a sua vontade, essa vontade é absorvida pela sociedade, sendo a ela imputada. Desse modo, o vínculo dos Diretores com as respectivas companhias não é regido pelo Direito do Trabalho, mas pelo Direito Empresarial. Essa atribuição é tão importante que o art. 138, § 1º, da Lei 6.404/76 expressamente determina ser privativa dos diretores a representação da companhia¹¹³.

Assim, pode-se concluir que os altos dirigentes de empresas estatais não podem ser confundidos com empregados destas, não sendo regidos pelo Direito do Trabalho e, portanto, não sujeitos ao regime disciplinar próprio destes empregados.

2.4 Os dirigentes e as espécies de agentes públicos.

Isto posto, a partir do cotejo entre as características das espécies que a doutrina identifica como sendo componentes do gênero agente público, percebe-se que os dirigentes de empresas estatais não se coadunam com qualquer dos tipos lá expostos.

Ocorre que as tradicionais classificações de agentes públicos propostas pela doutrina não abarcam essa categoria, não conseguindo divisá-la ou distingui-la dos demais tipos. Falta uma melhor visão dos caracteres que delimitam a figura dos dirigentes de empresas estatais. Somente assim, com um olhar mais apurado, é possível perceber que as classificações típicas estão incompletas, não podendo ditos agentes serem categorizados quer como servidores públicos

¹¹² Registre-se que o presente trabalho não se propõe a analisar os reflexos sobre o contrato de trabalho da eleição de um empregado dos quadros da empresa para exercer o cargo de Diretor ou Administrador. De qualquer forma, impende apenas apontar a existência de quatro teorias a respeito: (i) a que sustenta ocorrer a extinção do contrato de trabalho; (ii) a que defende haver a suspensão do contrato de trabalho (adotada atualmente pelo TST); (iii) a que argumenta ocorrer a interrupção do contrato de trabalho; e (iv) a que se posiciona pela ausência de qualquer alteração na relação de emprego, permanecendo o Diretor um empregado. Esta última seria justamente aquela que se coadunaria a corrente que defende ser o Diretor ou Administrador um empregado como qualquer outro.

¹¹³ Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.
§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

estatutários, quer como empregados governamentais.

Assim, não podendo enquadrá-los em qualquer categoria de agente público, nota-se que tampouco é viável a responsabilização desses agentes através dos regimes disciplinares próprios desses grupos. Em verdade, analisando o texto constitucional, observa-se que ditos agentes devem se submeter a um regime jurídico particular, cuja previsão deve ser veiculada por lei. É o que diz o art. 173, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º **A lei estabelecerá** o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **dispondo sobre**:

I - sua função social e **formas de fiscalização** pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e **a responsabilidade dos administradores**.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, **sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica**, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos

atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

(grifos nossos)

Deste modo, observa-se que o texto constitucional expressamente estatui que o dirigentes de empresas estatais podem ser responsabilizados administrativamente, devendo ser elaborada lei formal que discipline as infrações e as penalidade às quais estão sujeitos. Dita lei, contudo, até o momento não foi elaborada, circunstância que denota carecer de respaldo legal a responsabilização disciplinar desses agentes.

Não obstante isso, há alguma saída, na ausência de regime disciplinar próprio, para a responsabilização administrativa de tais agentes? Ou algum modo alternativo de responsabilização pela prática de atos contrários aos seus deveres legais ou regulamentares? Tal questão é o que se propõe responder o próximo capítulo.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE DIRIGENTES DE EMPRESAS ESTATAIS.

No capítulo anterior, observou-se que a figura dos dirigentes de empresas estatais não se encaixa perfeitamente nas tipologias previstas nas tradicionais classificações dos agentes públicos. Em verdade, trata-se de categoria própria, cujos contornos não se confundem com as demais espécies.

Segue-se que os regimes jurídicos disciplinares previstos no ordenamento jurídico para cada uma das espécies de agentes públicos não são aplicáveis aos dirigentes de estatais, inclusive em razão da expressa previsão constitucional de instituição de dito regime por intermédio de lei.

Contudo, não se pode olvidar que o ocupante de alto cargo numa empresa estatal, investido na forma do estatuto ou do contrato social, para o desempenho da função por um prazo determinado, insere-se inequivocamente no seio da burocracia estatal, até mesmo em razão de ser o ente público o sócio controlador daquela sociedade empresarial e estar o dirigente na qualidade de gestor de um patrimônio público.

Nesse esteio, vale averiguar se o ordenamento jurídico, a despeito de não instituir um regime de natureza disciplinar próprio, já não prevê caminhos possíveis para a responsabilização desses agentes.

Para tal fim, será realizado um cotejamento dos pilares regentes do regime jurídico das sanções administrativas com o que dispõe a legislação, a doutrina e a jurisprudência pátria, buscando identificar as possibilidades abertas às autoridades administrativas competentes e as possíveis consequências de uma apuração de responsabilidade desses agentes.

À vista disso, o presente capítulo buscará avaliar: (i) a competência da Administração Pública para a apuração de irregularidades ocorridas nas estatais¹¹⁴; (ii) a existência de deveres legais direcionados aos seus dirigentes; (iii) os possíveis

¹¹⁴ Relembre-se, conforme expressado na Introdução deste trabalho, que não se examinará qual autoridade administrativa detém, dentro da atual conformação da Administração Pública brasileira, a competência para ditas apurações, tendo em vista envolver aspectos outros não relacionados aos aqui em análise.

instrumentos à disposição da Administração para a sua responsabilização; (iv) o procedimento que deve ser respeitado para a apuração; e (v) as consequências de uma eventual imputação de responsabilidade.

Nos tópicos abaixo, investigar-se-á cada um desses eixos.

3.1 As Relações Especiais de Sujeição e a Supervisão Ministerial

As noções de supremacia geral e especial são conceitos pouco estudados no direito brasileiro, mas bem presentes na doutrina alemã, de onde surgiram, assim como na italiana e na espanhola. Segundo tais noções, haveria uma elasticidade na aplicabilidade do princípio da legalidade conforme o grau de conexão entre o particular e a Administração Pública.

Nesse sentido, a supremacia geral seria o vínculo natural existente entre os particulares e o Estado, que decorre da própria soberania estatal sobre um território. Ao lado, existiria determinados agentes cujo ingresso na máquina pública os conecta de forma mais próxima à Administração, incidindo sobre estas normas e regras não aplicáveis aos demais administrados. O regime de especial sujeição abrangeria as pessoas que mantêm com o ente estatal essa especial vinculação jurídica, o que daria ensejo a um regime específico, caracterizado por uma sujeição mais estreita do particular perante o Estado, ao contrário do regime de sujeição geral, decorrente do poder de império estatal, que atinge a todos os indivíduos que se encontram no território do Estado, indiscriminadamente.¹¹⁵

Ensina Rafael Munhoz de Mello que pretendia a doutrina alemã assegurar à Administração Pública o poder de dispor sobre o seu próprio funcionamento e organização, à margem das disposições legais editadas pelo Parlamento. Os particulares que ingressassem no aparato administrativo, travando com o Estado uma relação de sujeição especial, submeter-se-iam a normas editadas pela própria Administração, e não pelo Legislativo, ao contrário do que ocorria com

¹¹⁵ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A Relação de Especial Sujeição dos Militares e a Constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, 2010, p. 64.

os particulares que se encontrassem em situação de sujeição geral.¹¹⁶

Importa ressaltar que, na Alemanha, as relações especiais de sujeição passaram ao largo do abrigo constitucional no passado, entendendo a doutrina dominante pela sua exclusão do alcance geral da tutela legislativa. Os vínculos específicos e fortes que ligavam determinadas pessoas à Administração lhes empunhariam um sistema de relações nas quais o dever de obediência repelia a possibilidade de invocação de dispositivos legais. O fim perseguido pela *potestas* estatal determinava que a relação se operasse numa base de confiança, eficiência e disciplina, inconciliáveis com o privilégio exclusivamente individual do gozo das tutelas jurídicas assecuratórias. A preservação de bens e interesses vinculados à função exercida pelo indivíduo justificava a constrição.¹¹⁷

É claro que atualmente não se pode negar aos cidadãos integrantes da Administração Pública os direitos e as garantias assegurados constitucionalmente, muito menos a extinção do primado da legalidade nas relações operadas entre o Estado e seus agentes. Contudo, a ideia de supremacia especial persiste, o que deve ocorrer é apenas a sua adequação aos parâmetros constitucionais atuais.

Acerca do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello inclusive menciona existir um plexo de situações nas quais se revela a necessidade de se reconhecer a figura da supremacia especial. Entretanto, afirma o autor não mais ser possível admitir a extensão que se lhe atribuía, visto estar essa originalmente “em consonância com os fundamentos, hoje inaceitáveis, dantes adotados para explicá-la, os quais repousavam na concepção de ‘reserva da lei’ em contraposição aos ‘poderes domésticos’ da Administração”.¹¹⁸

À vista disso, Rafael Munhoz de Mello assevera que o princípio da legalidade aplica-se tanto às relações de sujeição geral como às de sujeição especial. A tônica que as distingue é que no campo das relações de sujeição especial a previsão legal exaustiva das obrigações que podem ser impostas aos

¹¹⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.*, 2007, p. 158/159.

¹¹⁷ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A Progressão do Regime nos Crimes Militares ante as Relações Especiais de Sujeição. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ano 38, n. 23, nov/2013, p. 88.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 791.

particulares é impossível. Em tais casos admite-se que a própria Administração Pública estabeleça obrigações que não tenham expressa previsão na lei formal, desde que o legislador lhe tenha outorgado tal competência. Em consequência, assenta o autor que “é geral a opinião de que em tal campo ocorre uma relativização do princípio da legalidade, admitindo-se que os regulamentos desempenhem papel mais importante na configuração dos ilícitos administrativos e respectivas sanções”.¹¹⁹

Anote-se que não se pretende aqui justificar a criação de um regime de responsabilização disciplinar dos dirigentes de empresas estatais por intermédio de um regramento infralegal. Até por que, por expressa previsão constitucional, conforme exposto no capítulo anterior, tal regime deve ser veiculado por meio de lei formal.

O que se pretende é demonstrar como o alto grau de vinculação de determinados agentes à máquina pública tem justificado inclusive a flexibilização do princípio da legalidade, deferindo-se à Administração Pública a prerrogativa de estatuir regramentos administrativos que lhes imponham deveres, proibições e penalidades, desde que previamente autorizados por lei formal. Nesse condão, se tal vinculação permite tal liberdade, não há como fundamentar a presença de óbices a que a Administração **apure** indícios de desvios ou irregularidades no âmbito das estatais, haja vista que se tem diante si um indivíduo com responsabilidade sobre a gestão de um patrimônio público. Tal circunstância autorizaria essa conclusão.

Porém, a situação não se resume a isso, já que a Administração Pública também detém o poder de fiscalização e de correção sobre a sua própria atuação, denominado de autotutela administrativa. Em decorrência, encontra-se legitimada a avaliar o cumprimento por seus órgãos e entidades dos limites e das sujeições que lhes foram impostos pelo ordenamento jurídico, com vistas a corrigir situações de desconformidade. Tal acompanhamento é chamado de supervisão ministerial, previsto no Decreto-Lei 200/67.

Com efeito, menciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

¹¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *op. cit.* p. 164/165.

O poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que engar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito.¹²⁰

De toda sorte, pode-se concluir que a Administração Pública detém legitimidade e competência para averiguar notícias de irregularidades cometidas por dirigentes de empresas estatais, visto estarem estes inseridos no âmago da burocracia pública. Não por menos, afirma o eminente José Cretella Júnior que “não só os atos ou decisões constituem objeto da tutela administrativa, porque os próprios agentes, as autoridades descentralizadas podem ser visadas pelos procedimentos tutelares.”¹²¹

3.2 Dos Deveres e Da Responsabilidade dos Dirigentes de Estatais

A ideia de responsabilidade por algo envolve a proteção ou a satisfação de uma obrigação assumida, isto é, de um dever jurídico que deve ser suportado.

Independente de sua natureza pública, as empresas estatais também estão submetidas aos regramentos aplicáveis às sociedades empresariais como um todo, mormente as disposições quanto a sua constituição e funcionamento. Nesse passo, tanto o Código Civil quanto a Lei nº 6.404/76¹²² – Lei de Sociedades Anônimas – contêm disposições voltadas aos seus administradores, cujo respeito também se impõem aos altos dirigentes de estatais.

Com efeito, estatui o Código Civil:

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 811.

¹²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, Vol. VII. São Paulo: Forense, 1970, p. 164.

¹²² As regras das sociedades simples contidas no Código Civil e das sociedades por ações se constituem normas subsidiárias às demais tipologias de sociedades empresariais. Assim, a apresentação que se segue não levará em conta as diferentes configurações que podem assumir uma empresa estatal.

costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

De outro lado, prevê a Lei de Sociedades Anônimas:

Art. 153. 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.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

[...]

§ 2º É vedado ao administrador:

a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;

b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

[...]

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

[...]

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

Tais deveres podem ser visualizados dentro de determinadas tipologias, quais sejam: (i) o dever ético-social, caracterizado pela ideia de exercício das atribuições para o alcance dos fins e dos interesses da companhia, sem desvios ou abusos, satisfazendo-se as exigências do bem comum e a função social da empresa; (ii) o dever de diligência, que envolve a noção de cautela e de profissionalismo na condução dos negócios; (iii) o dever de lealdade, que compreende a noção de não se valer do cargo para desfrutar de vantagens para si ou para outrem, o que implica em diversas vedações aos administradores; (iv) o dever de sigilo, que preconiza a proibição de utilização de informações reservadas e relevantes da companhia e de seus negócios; e (v) o dever de informar, cujo conteúdo preconiza a necessidade de o administrador dar conhecimento de tudo aquilo que possa influir na cotação dos valores mobiliários emitidos pela companhia e que são objeto de operações no mercado.¹²³

Vale mencionar que a situação de dever pode ser produzida no seio de uma relação determinada, em estrita relação com um direito subjetivo de outro sujeito que é parte de tal relação e que, conseqüentemente, o sujeito gravado tem o poder de exigir, sob pena de responsabilidade, o efetivo cumprimento do comportamento previsto, na medida em que esse comportamento vem imposto no marco da relação em questão para atender, justamente, os interesses específicos do titular do direito.¹²⁴

Logo, observa-se que a legislação já apresenta um rol amplo de deveres aos quais estão sujeitos os administradores de sociedades empresariais como um todo, cujo teor se aplica, da mesma forma, às empresas estatais. Nesse

¹²³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, Vol. II. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218 *et seq.*

¹²⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II. Trad. José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 62.

diapásão, o seu descumprimento pode motivar consequências no mundo jurídico, seja de natureza civil, penal ou administrativa, haja vista que a possibilidade de responsabilidade é inerente a todo aquele que realiza a gestão de um patrimônio alheio.

Nesse passo, a responsabilidade penal decorre do enquadramento de eventual ato irregular no tipo penal descrito pela legislação, como os previstos, a título exemplificativo, no Código Penal (furto, roubo, apropriação indébita, etc), na lei de economia popular (Lei nº 1.521/51) e os existentes para o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86). A responsabilidade civil consiste na obrigação de indenização dos prejuízos causados, quando o dirigente agir com culpa ou dolo ou violar a lei ou o estatuto.¹²⁵ E a responsabilidade administrativa decorre da má gestão, quer pela incompetência, quer pela falta de dedicação ao cargo ou pelo desentrosamento com as demais pessoas.¹²⁶

No caso especificamente desta última, isto é, da responsabilização de caráter administrativo, pode o ente público – na qualidade de acionista controlador da entidade – promover a destituição do administrador da função, independente de qualquer procedimento formal.

Quando decide de tal forma, o ente público não age propriamente imbuído das prerrogativas do regime jurídico público, mas sim como um particular na defesa de seu patrimônio. O fator legitimante da destituição não reside no Direito Administrativo, mas sim no Direito Empresarial. O ato praticado pela Administração Pública não é um ato administrativo, mas um mero **ato da Administração**, ou, como preferem alguns, um ato de gestão.

Para fins de contextualização, impende esclarecer que os atos da administração são todos aqueles exarados pelo Poder Público cujo objetivo não esteja imediatamente ligado à persecução da finalidade pública. Em decorrência, esta manifestação não irá incorporar uma ordem, bem como não se revestirá de

¹²⁵ Ver art. 158 da Lei nº 6.404/76.

¹²⁶ TEIXEIRA, Josenir. A responsabilidade jurídica dos dirigentes de entidades do Terceiro Setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan/jun 2008, p. 14.

certos atributos típicos dos atos administrativos.¹²⁷ Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são atos praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços, de modo que, como não diferem a posição da Administração e do particular, aplica-se a ambos o direito comum.¹²⁸

Nessa toada, atuando como que um particular, a Administração Pública que opta por destituir um dirigente de empresa estatal não lhe imputa qualquer tipo de carga negativa ao ato. Está apenas exercendo uma atribuição derivada diretamente da sua qualidade de acionista controladora da entidade; busca, portanto, a satisfação de interesses meramente corporativos. A motivação da destituição é irrelevante, pode ter sido fundada na ocorrência de um grande escândalo, com o fito de proteger a imagem da companhia, ou mesmo em função meramente de uma má-gestão, visando assegurar o bom andamento dos negócios da sociedade.

De qualquer forma, o ato de destituição, nos termos em que foram apresentados, não possui qualquer conteúdo punitivo ou sancionatório, derivando de das normas regentes do Direito Empresarial e afastado do regime jurídico-administrativo.

3.3 A Destituição como Ato Administrativo

Ocorre, contudo, que o vínculo existente entre o dirigente de uma estatal e o ente público correspondente adquire contornos mais estreitos do que aquele tipicamente existente entre um particular e a sociedade privada na qual ocupe uma função de dirigente. Isto por que, conforme dito alhures, o dirigente público está inserido numa relação especial de sujeição, decorrente meramente do fato de se encontrar dentro da máquina estatal, submetido inclusive ao poder de supervisão ministerial.

Nestes termos, não se vislumbra impeditivos a que a Administração Pública, tendo conhecimento de indícios de irregularidades, promova a apuração

¹²⁷ LANNA, Carlos Lindenberg Ruiz. **Manual dos Atos Administrativos**. São Paulo: Editora de Direito, 2003, p. 16.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 231.

das ocorrências por intermédio de um procedimento administrativo – ao invés de prontamente destituir o dirigente –, visto que sempre cumpre ao Poder Público a proteção e a defesa do patrimônio público, zelando pela sua adequada gestão. Destarte, a autoridade administrativa competente poderá promover a coleta de documentos, inquirir testemunhas, promover diligências e requerer informações de outros órgãos ou entidades públicas.

Outrossim, pode também a Administração Pública deferir ao dirigente acusado todas as prerrogativas inerentes ao regime jurídico das sanções administrativas, concedendo-lhe os benefícios da ampla defesa e do contraditório, transmutando o procedimento, até então de natureza inquisitória, em um de caráter vividamente acusatório.

Nesse contexto, nada obstará, por exemplo, o uso pela Administração Pública do rito processual previsto para a apuração de infrações disciplinares de servidores públicos estatutários, disposto na Lei nº 8.112/90. O grau altamente garantista deste rito assegura o respeito aos primados do devido processo legal, visto que se volta à apuração e à responsabilização de agentes detentores da prerrogativa da estabilidade constitucional. Supletivamente, poder-se-ia utilizar das previsões contidas na Lei 9.784/99, que estabelece os contornos gerais do processo administrativo.

A apuração, nesse caso, perpassará inclusive pela análise do elemento subjetivo do agente, de modo a demonstrar que a sua ação dolosa ou culposa acarretou o descumprimento de deveres que lhes foram inculpidos, cuja gravidade torna a destituição da função a medida adequada – a partir de um juízo de proporcionalidade e de razoabilidade – à correta satisfação do interesse público.

Note-se que, assim o fazendo, a Administração Pública não mais estará atuando como um particular na defesa do seu patrimônio. Isto é, a apuração que comprova a malversação do bem público pelo dirigente, ou uma conduta desidiosa na gestão da companhia, e que consubstancia desrespeito a dever legal estabelecido, tornará, em verdade, imperativo ao ente público a retirada de referido dirigente do controle da empresa estatal.

Por conseguinte, a atuação estatal direcionada ao afastamento do dirigente não mais se motiva, ou se fundamenta, sobre uma questão de razões empresariais. Adentra, agora, na seara do direito administrativo, por força irascível dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. O ato da Administração que promove a retirada do gestor faltoso não mais se circunscreve aos limites de um ato de gestão, adquirindo os contornos de um **ato administrativo**.

José Cretella Junior define ato administrativo como a “manifestação do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.¹²⁹ Cotejando referida definição com a situação que se apresenta, observa-se o preenchimento de todos os requisitos expostos, o que impõe o seu reconhecimento como um ato administrativo.

Com efeito, o ato de destituição fundado em procedimento administrativo que respeite o regime jurídico das sanções administrativas consubstancia uma **vontade estatal**, exercida para a **defesa e proteção de um patrimônio público**, com o fim de **extinguir** uma situação subjetiva, em **matéria administrativa**, qual seja, a retirada de gestor público faltoso.

Vale mencionar que o ato de destituição de ocupante de função pública também encontra fundamento no âmbito do Direito Administrativo. Considera-se que o poder de destituir é apenas outra expressão do poder de nomear, deferindo-se à autoridade administrativa nomeante a prerrogativa de retirada do agente que não mais satisfaça os requisitos para permanecer na função pública. Dita prerrogativa reflete um dos aspectos da tutela administrativa incidente sobre todos os agentes públicos, conforme novamente explana, com propriedade, o ilustre José Cretella Junior, *in verbis*:

Não só os atos ou decisões constituem objeto da tutela administrativa, porque os próprios agentes, as autoridades descentralizadas podem ser visadas pelos procedimentos tutelares.

¹²⁹ CRETELLA JUNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66.

Uma primeira hipótese ocorre no exercício do poder disciplinar, pela autoridade que exerce a tutela. As autoridades descentralizadas que de qualquer maneira tenham cometido arbitrariedades ou tenham sido negligentes relativamente aos interesses da coletividade serão punidas disciplinarmente.

[...]

Uma segunda hipótese ocorre no poder de nomeação e, pois, no correlato e inverso poder de destituição, referente aos agentes tutelados, por parte de autoridades do poder central, como se verifica, entre nós, nos estabelecimentos públicos, em que o reitor, presidente do Conselho Universitário, escolhido por seus pares que o indicam para lista tríplice, é nomeado pelo chefe do poder executivo, que para isso usa de suas faculdades discricionárias.¹³⁰

Nesse diapasão, verifica-se tratar-se o ato de destituição de dirigente de empresa estatal, que esteja fundado em apuração que respeite os ditames dos regime jurídico das sanções administrativas, verdadeiro ato administrativo, regido pelas disposições de direito público.

3.4 A Destituição como Causa de Inelegibilidade

Impede, contudo, indagar quais os efeitos práticos de tal opção da Administração. Ou seja, sabedora de indícios de irregularidades no seio de empresa estatal e detentora da prerrogativa de retirada do gestor da entidade, em função da posição de acionista controlador, sem necessidade de respeito a maiores formalidades, por que investiria na instauração de procedimento administrativo para apuração dos supostos fatos irregulares? Independente de sua veracidade, poderia simplesmente, por questão de cautela, promover a retirada do gestor, resguardando a imagem da instituição junto a opinião pública.

A distinção entre essas suas formas de destituição perpassa um juízo quanto às suas consequências no mundo jurídico. De fato, procedendo a destituição do gestor com fundamento exclusivo em normas do Direito Empresarial, o referido ato não adquire qualquer nota punitiva, tratando-se exclusivamente de um ato jurídico privado. O gestor assim destituído não sofre qualquer consequência sobre a sua esfera jurídica, não estando sujeito a quaisquer limitações ou restrições previstas legalmente.

¹³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *op. cit.*, 1970, p. 164.

Quanto à segunda possibilidade, isto é, a destituição do dirigente com fundamento em procedimento administrativo que lhe assegure o respeito ao regime jurídico das sanções administrativas, cumpre lembrar que a Lei Complementar nº 135/2010, popularmente chamada de Lei da “Ficha Limpa”, acrescentou a alínea “o” ao art. 1, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, passando esta a consignar a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

A previsão visa alcançar as pessoas que sofreram a pena de demissão do serviço público, o qual ocorre por meio de processo administrativo. Afinal, se a pessoa já não honrou a investidura no serviço público uma vez, a lei então impõe que não poderá ser eleita por oito anos.^{131 132}

Diante dessa previsão, cumpre questionar: o dirigente de empresa estatal que seja destituído da função por intermédio de procedimento administrativo no qual lhe tenha sido assegurado o respeito ao regime jurídico das sanções administrativas incide na vedação a que trata a Lei Complementar nº 64/90? Assim, estará este inelegível pelo prazo estabelecido na referida norma?

Inicialmente, cabe assentar que as causas de inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 64/90 visam atender a comando constitucional previsto no art. 14, §9º, da Constituição Federal:

¹³¹ ÁVALO, Alexandre *et al.* (Coord.) **O novo Direito Eleitoral brasileiro**: Manual de Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2 ed, 2014, p. 81.

¹³² Tal hipótese, contudo, não é isenta de críticas, havendo aqueles que se opõem veementemente a essa possibilidade de inelegibilidade, como bem se observa no seguinte trecho: “Essa hipótese nos preocupa sobremaneira, pois a instância administrativa disciplinar não é dotada de verdadeiro e necessário tecnicismo jurídico, onde leigos (colegiado) julgam a prova e a autoridade, agente público que ostenta hierarquia mais avançada, julga o caso concreto, adotando o relatório da comissão disciplinar, ou rejeitando-o, em conformidade com a prova carreada ao processo” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Princípio da Presunção de Inocência e a Inconstitucionalidade de sua Mitigação para Fins de Registro de Candidaturas Políticas – “Ficha Limpa”. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 26, n. 11, nov/2010, p. 1254).

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Observa-se que desejou a Constituição que o pleito fosse livre de abusiva influência do poder econômico, político ou administrativo, assim como que a probidade e a moralidade para o exercício de mandatos eletivos fossem preservadas, evitando-se a candidatura de pessoas cuja vida pública precedente tenha demonstrado que não reúnem condições para, uma vez guinados ao poder, preservar esses valores básicos do Estado e da convivência política e social.¹³³

Tradicionalmente, tem-se argumentado que as causas de inelegibilidade são, de fato, sanções, de modo que sobre estas incidiria toda a carga garantista existente no Direito Penal. Assim, para que determinado agente fosse declarado inelegível, havia o pressuposto de cometimento de um ilícito, cujo ordenamento imputaria a inelegibilidade como sanção. Tal posicionamento, no entanto, não pode vingar, como bem explana Adriano Soares da Costa:

O apriorismo da teoria clássica toma a inelegibilidade como um sanção imputada ao eleitor que pratique algum ato ilícito. A natureza punitiva da inelegibilidade, muito pretuberada pelos doutrinadores, empana a meditação mais profunda sobre alguns aspectos fundamentais do instituto enfocado. Não se vê amiúde a preocupação sobre o fato jurídico que origina o efeito da inelegibilidade, nem tampouco sobre a natureza da situação de quem não pode se candidatar, malgrado não tenha incidido em nenhuma hipótese de inelegibilidade. Tais questões, nada frequente nos estudos sobre o tema, têm sido ablegadas justamente por impor verdadeiro xeque às noções vulgarizadas pela teoria clássica, e acriticamente repetidas pela literatura especializada e pelas petições e decisões judiciais.¹³⁴

Em verdade, o que caracteriza a inelegibilidade não é o seu conteúdo sancionatório, mas sim a sua condição negativa de elegibilidade. Pode-se dizer que a inelegibilidade é a situação de inexistência do direito de ser votado.¹³⁵ Esta não

¹³³ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e Inelegibilidades**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 149.

¹³⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 25.

¹³⁵ *Id.* **Instituições de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 156.

pode ser confundida com a suspensão dos direitos políticos, visto que tão somente impõe óbices à capacidade eleitoral passiva (o direito de ser votado). Já a suspensão atinge tanto a capacidade ativa (o direito de votar) quanto a passiva.¹³⁶

Por tal razão é que o Supremo Tribunal Federal – STF, no âmbito do julgamento conjunto das ADCs nº 29/DF e 30/DF e da ADI nº 4578/AC, assentou que a inelegibilidade advinda de decisão judicial não transitada em julgado – prevista no inciso I, alínea “e”, da Lei Complementar nº 64/90 – não feriria o princípio da presunção de inocência.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de **frustrar o propósito moralizante** do art. 14, §9º, da Constituição Federal (Grifos nossos).

Observa-se que o STF, baseando-se em precedentes já consolidados, no sentido de que a inelegibilidade não constitui pena, afastou a presunção de inocência da seara eleitoral, ao argumento de que a inelegibilidade não tem o mesmo caráter das normas penais, visto que as penas advindas destas somente são aplicáveis após o reconhecimento da autoria e do fato ilícito já consumados por decisão irrecorrível. Diferentemente, a inelegibilidade é prévia, já que busca resguardar a moralidade e a probidade administrativa.¹³⁷ Pela excepcional clareza, segue explanação de Márlon Jacinto Reis:

Com efeito, toda e qualquer norma que restrinja o direito à elegibilidade para cargos públicos tem essa mesma finalidade de estabelecer um “mínimo” esperado dos postulantes. Por seu intermédio, delineia-se negativamente o *perfil* dos candidatos, aspirando-se a evitar que o futuro posto venha a ser alcançado por quem se enquadre em uma das hipóteses de exclusão.

Não se trata, de qualquer modo, de uma medida de caráter punitivo-criminal. Tampouco se cuida de pena de natureza administrativa. Nem mesmo estamos diante de uma sanção de qualquer natureza.

¹³⁶ ÁVALO, Alexandre *et al.* (Coord.) *op. cit.* p. 52.

¹³⁷ MARIN, Brunna Helouise. As Alterações Introduzidas pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). **Estudos Eleitorais**, Brasília, v.8, n.2, mai/ago 2013, p. 32.

Tais vedações possuem natureza preventiva e sua base constitucional se assenta nos princípios da moralidade e da probidade administrativas.

Com efeito, a lei pode partir de presunções que objetivem salvaguardar as instituições do ingresso de pessoas destituídas do perfil desejado, desde que o faça segundo critérios objetivos e razoáveis.

Não se trata de punir alguém, mas de considerá-lo incurso em uma circunstância que a lei reputa inconveniente para quem pretenda exercer as elevadas e sensíveis funções de mandatários públicos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a exigência dirigida ao candidato de que ostente uma vida pregressa a qual observe certo padrão pela lei constitui uma regra tão objetiva quanto a de que possua filiação partidária ou tenha a idade mínima exigida para o cargo postulado.

A Constituição Federal foi muito clara em sua opção: autorizou o legislador complementar a restringir a postulação do cargo de conselheiro a pessoas contra as quais não pairam certas informações públicas que pudessem apresentá-las como risco para dois importantes valores jurídicos: a moralidade e a probidade administrativas.¹³⁸

Estabelecida a noção de que inelegibilidade não constitui penalidade de qualquer natureza, retorna-se ao tema central, qual seja: a destituição de dirigente de estatal por violação grave a dever legal, apurada por intermédio de procedimento administrativo que lhe assegura o contraditório e a ampla defesa, bem como todas as garantias do regime jurídico das sanções administrativas, é capaz de atrair a incidência da inelegibilidade de que trata o inciso I, alínea “o”, da Lei Complementar nº 64/90? A resposta a tal indagação não poderia deixar de ser positiva.

Isso por que a demissão é uma iniciativa estatal de determinar o rompimento do vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário público. Afirma José Cretella Junior que “a demissão é penalidade administrativa máxima, imposta pelo Estado ao funcionário a fim de o desinvestir das funções que desempenha, podendo

¹³⁸ REIS, Márton Jacinto *et al* (Coord.). **Ficha Limpa: Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010**. Bauru: EDIPRO, 2010, p. 31.

decorrer de condenação criminal e, nesse caso, o ato de demissão é consequência da sentença ou provir de decisão autônoma da Administração”.¹³⁹

Em ambas as situações, o ato administrativo de destituição e a demissão, houve o rompimento do vínculo jurídico fundamentado em conduta imprópria grave praticada pelo agente estatal, apresentando caracteres próximos o suficiente para a utilização da analogia. Neste contexto, Paulo Nader expõe o processo lógico-razional que deve guiar a aplicação da analogia:

Na operação técnica o que se revela essencial, em primeiro, lugar, é a localização do modelo que se cogita ser o paradigma, depois é a confirmação de que o paradigma cogitado é verdadeiro. Para o reconhecimento deste aplica-se o princípio: onde há a mesma razão deve haver idêntica disposição (*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). O processo envolve, assim, estudo comparativo entre o caso imprevisto especificamente e o regulado em lei. Entre o caso não-previsto e o paradigma deve haver, em primeiro lugar, semelhança, não identidade. Idênticos são os objetos que apresentam iguais características; semelhantes são os que possuem denominador comum e ao mesmo tempo se distinguem quanto a uma ou mais características. Em segundo lugar, é indispensável que a semelhança não seja meramente na aparência, mas fundamental, a ponto de o aplicador reconhecer nos dois casos – o previsto e o não-previsto – a presença do mesmo elemento, ou razão determinante que levou o legislador a disciplinar o caso previsto.¹⁴⁰

Nesse passo, a única nota destoante entre o ato de destituição e a demissão constitui ser este previsto dentro de um regime jurídico disciplinar. No mais, ambos possuem as mesmas características, já que (i) são atos administrativos; que (ii) visam romper o vínculo jurídico entre um agente público e o Estado; (iii) em razão do descumprimento de preceitos legais graves; (iv) apurados por intermédio de procedimento administrativo no qual lhe foi assegurado o respeito aos postulados do regime jurídico das sanções administrativas.

Neste viés, considerando que o propósito da Lei Complementar nº 64/90 é assegurar “a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”, conforme dicção constitucional, assim como não constituir as causas de inelegibilidade sanções de qualquer natureza, deve-se interpretar o comando da alínea “o” desta norma como destinado a impedir o ingresso em

¹³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 515.

¹⁴⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Vol. I**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87.

mandato político daquele que anteriormente foi expulso do serviço público pelo cometimento de irregularidades graves.

Interpretar de outra forma seria restringir em demasiado o comando legal, sem justificativa lógica que o legitime. Argumentar que o termo demissão contido na alínea “o” da Lei Complementar n° 64/90 refere-se apenas à hipótese de ato administrativos que detenha tal *nomen juris* importaria, por exemplo, a impossibilidade de declaração de inelegibilidade daquele que tenha recebido a penalidade de destituição de cargo em comissão, visto que o ocupante exclusivo desses tipos de cargos não são submetidos à penalidade de demissão, conforme prevê a Lei 8.112/90.¹⁴¹

Assim, conclui-se que o ato administrativo de destituição de dirigente de empresa estatal, desde que respeitados os princípios do regime jurídico das sanções administrativas, implica em sua inelegibilidade, nos moldes do que previsto na no inciso I, alínea “o”, da Lei Complementar n° 64/90.

¹⁴¹ Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

CONCLUSÃO

As empresas estatais constituem patrimônio público de elevada importância dentro do Estado brasileiro. Constituem fontes relevantes do processo de desenvolvimento nacional, promovendo os incentivos e a atuação necessária ao progresso de setores estratégicos para o Poder Público. Contudo, verifica-se nos últimos tempos sucessivos escândalos envolvendo a gestão de ditas companhias, acarretando-lhes prejuízos de ordem financeira e econômica, além de implicar no descredito à imagem da instituição e à da própria Administração Pública.

Assim, impende reconhecer a necessidade de imposição de responsabilidades aos gestores de companhias públicas que perpetrem atos ilícitos, impondo-lhes reprimendas pela condução impropria das entidades. Cumpre, portanto, percorrer os limites da responsabilização administrativa, com vistas a identificar quais sanções, e suas consequências, podem ser imputadas a tais agentes.

Para tal fim, necessário se faz compreender os fundamentos do regime jurídico das sanções administrativas, com a consequente percepção dos princípios norteadores da atividade sancionatória da Administração Pública. Deve-se, assim, captar os contornos que norteiam a adequada apuração de ilícitos dentro da máquina pública, a fim de coadunar a ação estatal com os ditames contidos na Carta Magna. Nessa operação, verifica-se que a atuação repressiva da Administração Pública é regida por três princípios fundamentais: (i) o da legalidade e tipicidade; (ii) o da culpabilidade; e (iii) o do devido processo legal, que devem preceder toda a atividade de imputação de sanção administrativa.

Considerando que as reprimendas disciplinares constituem verdadeiras sanções administrativas, encontrando-se inseridas na atividade sancionatória do Estado, torna-se imperioso avaliar as atuais características das espécies de agentes públicos identificados pela doutrina, com o fito de percorrer a possibilidade de utilização dos respectivos regimes de responsabilização disciplinar para a apuração de responsabilidades de dirigentes de estatais.

Realizando essa operação, constata-se que os dirigentes de empresas estatais apresentam caracteres particulares que os afastam de quaisquer outros

tipos de agentes públicos identificados na doutrina. Observa-se que as classificações se encontram incompletas, por justamente não conseguir abarcar adequadamente a figura do dirigente de estatal. Essa análise resta sedimentada ao se constatar que a Constituição Federal, em seu art. 173, reservou à lei específica a previsão do regime disciplinar dos dirigentes de empresas estatais, razão pela qual se confirmou a particularidade desses agentes públicos e a impossibilidade de lhes aplicar os regimes disciplinares já previstos.

Diante desse cenário, cumpre avaliar quais caminhos se encontram abertos à Administração Pública na tarefa de fazer cumprir os ditames constitucionais de probidade e de moralidade, sem implicar violação aos demais preceitos constitucionais envolvidos.

Nesse cenário, não se pode deixar de recordar que a Administração se encontra na qualidade de acionista controlador das companhias públicas, o que lhe confere a prerrogativa de nomeação e de destituição de seus dirigentes. Deve-se, entretanto, reconhecer que esse ato de destituição não detém natureza punitiva, porque regido pelo Direito Empresarial.

Não obstante, nada impede a Administração, em função do poder de supervisão ministerial e do fato de estar o dirigente submetido a uma relação especial de sujeição, de instaurar procedimento administrativo, que respeite o regime jurídico das sanções administrativas, para apurar eventual conduta imprópria do gestor que implique em descumprimento grave de deveres já estatuídos na legislação. Em caso positivo, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público impõem o dever de a Administração de destituir o dirigente, transmutando agora o ato de destituição, em razão do regime jurídico administrativo, em um típico ato administrativo.

Assim realizado, os efeitos práticos da destituição é a declaração de inelegibilidade do dirigente, em razão da previsão contida no inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64/90.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVALO, Alexandre *et al.* (Coord.) **O novo Direito Eleitoral brasileiro**: Manual de Direito Eleitoral. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, , 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação Nello Moura. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CALVO, Adriana Carrera. A natureza jurídica do vínculo do diretor estatutário de sociedade anônima. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1768, Acesso em out/2015.

_____. O regime jurídico do Diretor. In: **ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas**, n. 9, p. 1-13, set. 2004.

CAMMAROSANO, Márcio. Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro. **Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo**, vol. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar: À Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 02.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Dos Atos Administrativos Especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**, Vol. VII. São Paulo: Forense, 1970.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e Inelegibilidades**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II. Trad. José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRAGA, Carlos Alberto Conte da Silva. **O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública: Lei 58/2008: doutrina e jurisprudência**. Alfarelos: Petrony, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Direito do Trabalho: Estudos**. São Paulo: LTr, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro IV: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LANNA, Carlos Lindenberg Ruiz. **Manual dos Atos Administrativos**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das Sanções Tributárias. In. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Sanções Administrativas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1981.

MARIN, Brunna Helouise. As Alterações Introduzidas pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). **Estudos Eleitorais**, Brasília, v.8, n.2, mai/ago 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Princípio da Presunção de Inocência e a Inconstitucionalidade de sua Mitigação para Fins de Registro de Candidaturas Políticas – “Ficha Limpa”. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 26, n. 11, nov/2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Medeiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. O regime jurídico das sanções administrativas. **Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil**, Seção Paraná, n. 4, ago/dez 2009.

_____. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. **Coleção Temas de Direito Administrativo, Vol. 17**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, ano 5, n. 22, out/dez 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Limites Constitucionais das Sanções Administrativas. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, nº 259, out 2007.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado**. São Paulo: LTR, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Vol. I**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30 ed. São Paulo: LTR, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Direito Penal**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 31, abr/jul 2001.

NOVAES, Fernando Araújo de. O princípio da proporcionalidade nas sanções administrativas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 5, n. 56, ago 2006.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A Relação de Especial Sujeição dos Militares e a Constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores Públicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PÁSCOLI, Jonas; MIRANDA, Maria Bernadete. A natureza jurídica do contrato de administração. In: **Revista Virtual Direito Brasil**, Vol. 4, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/jo.pdf>, Acesso em out/2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. Limites à imposição de sanções administrativas: multas pecuniárias tributárias. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo horizonte, ano 7, n. 27, jan/mar 2007.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O Devido Processo Legal e o Processo Administrativo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, 20 ed, out/2002.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Márlon Jacinto *et al* (Coord.). **Ficha Limpa: Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010**. Bauru: EDIPRO, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, Vol. II. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Direito de Empresa e Direito do Trabalho. **Revista da AASP: Seis Décadas de CLT e o novo Código Civil**, ano XXIII, jul/2003, n. 70.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A Progressão do Regime nos Crimes Militares ante as Relações Especiais de Sujeição. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ano 38, n. 23, nov/2013.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Sanções administrativas tributárias. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 4, n. 21, mai/jun 2006.

SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TEIXEIRA, Josenir. A responsabilidade jurídica dos dirigentes de entidades do Terceiro Setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan/jun 2008.

ZYMLER, Benjamin. A Procedimentalização do Direito Administrativo Brasileiro. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez/2002. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=2848>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.