



Opinião: Legitimidade e desconsideração em ações de improbidade



Reza o artigo 3º da Lei de Improbidade atualmente

em vigor (Lei 8.429/1992) que as disposições do diploma alcançam aquele “que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Cuidou a norma, no particular, de uma ampliação da legitimidade passiva prevista no artigo 2º da mesma lei, de modo a cobrir com seu âmbito de vigência pessoal não apenas agentes públicos, mas também particulares que atuassem em concurso com aqueles, superando o regramento anterior dos artigos 1º e 3º da Lei 3.508/1958, que restringia o rol de sujeitos ativos à administração.

Com aquele dispositivo normativo viria a conviver, mais recentemente, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que, entre outras novidades, passou a regular procedimentalmente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica^[1], inobstante já fosse ele previsto enquanto instituto na legislação esparsa (artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor, 50 do Código Civil, 4º da Lei 9.605/1998, 34 da Lei 12.529/2011 e 12 da Lei 12.846/2013).

Um dos pontos mais interessantes trazidos pelo CPC no ponto foi a possibilidade de a desconsideração ser requerida, de pronto, na petição inicial, mediante a demonstração da presença dos requisitos legais constantes dos dispositivos do CDC e do Código Civil — o que, deferida a inicial, ensejará a citação não apenas do réu originário, mas também da entidade cujo patrimônio se busque atingir.

Surgiu, então, a questão que inspirou nosso escrito desta semana: mercê da amplitude ostentada pelo artigo 3º, sobreveio risco de um baralhamento capaz de confundir legitimidade passiva e hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, notadamente quando nos deparamos com situações que perpassam diferentes personalidades jurídicas autônomas, transcendendo a seara da improbidade para resvalar até mesmo em crimes como tráfico de influência e lavagem de dinheiro.



Mais bem explicando, produziu-se terreno para uma nem sempre fácil identificação a separar situação em que autonomia pessoal esteja sendo desvirtuada para sonegar e dificultar satisfação de uma sanção pecuniária e condição jurídica a credenciar alguém a responder em sua esfera jurídica própria por ato de improbidade, tornando-se suscetível de figurar como destinatário de todas as punições correspondentes.

Por mais trivial que aquela diferenciação possa à primeira vista parecer, ilustramos essa nossa preocupação a partir do artigo 14 da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que dispõe que a “personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

O equívoco em que, a nosso ver, incidiu a referida norma está, precisamente, em pretender estender àqueles atingíveis em razão da desconsideração não apenas o atingimento patrimonial, uma vez sublimada a autonomia da personalidade da entidade que integram, mas também, vale repetir, “todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica”, gama de possibilidades essa que alcança punições as mais variadas e que não somente econômicas (conferir, a propósito, artigos 6º e 19 do diploma).

Isto é, a Lei Anticorrupção, em seu artigo 14, parece na verdade ir além do instituto da desconsideração para estabelecer hipótese de verdadeiro litisconsórcio passivo ulterior e pretender efetivamente apenar sócios e administradores, sem restringir-se ao atingimento de patrimônio em razão de sanção originalmente imposta à pessoa jurídica.

Qual, então, o fator essencial capaz de dissociar a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica e legitimidade passiva em sede de ação de improbidade? Nossa resposta: o sempre inafastável elemento subjetivo do tipo^[2].

A configuração do ato de improbidade, como sabido, exige a indispensável presença de dolo ou da culpa grave no trato da coisa pública, elementos volitivos específicos que resultem em dano ao erário ou em enriquecimento ilícito dos agentes a partir de violação aos princípios constitucionais norteadores da administração pública.

À luz dessa lembrança, não é possível deixar de notar que situações há em que a pessoa jurídica tanto pode ser vítima (atos praticados por sócios com desvio de finalidade em curso com agentes públicos, por exemplo) como coautora (como quando um diretor de sociedade empresária, por meio de licitação fraudulenta, obtém contrato lucrativo para a sua companhia com a ciência dos demais sócios e diretores). Em ambos esses exemplos, seria possível, em tese, a desconsideração inversa da personalidade jurídica na esteira dos requisitos legais (confusão patrimonial, desvio de finalidade etc.), mas somente haveria legitimidade passiva da pessoa jurídica no segundo caso, jamais no primeiro.



Daí o relevo subjacente à diferenciação para a qual aqui se chama atenção: o discrímen se presta não apenas a prevenir acionamento indevido de entidade que, na realidade, pode ser igualmente vítima do agente ímprobo, mas também, e em sentido contrário, para que se possa, quando o caso, perseguir com todo o cardápio de sanções disposto na lei toda a extensão subjetiva da pessoa jurídica beneficiária de conluio entre seus sócios. Dito de outro modo, evitar lançar como ré pessoa jurídica malversada por administrador ou sócio isolado, mas também não poupar de nenhuma sanção a pessoa jurídica, diretores e sócios que, para muito além de se valerem indevidamente de autonomia patrimonial, efetivamente se engajam na prática do ilícito.

Foi com base no arrazoado tecido acima que se introduziram, no Projeto de Lei 10.887/2018, três parágrafos ao supracitado artigo 3º, cuja proposta de redação passou a contar com o seguinte teor:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se apenas ao particular que concorre dolosamente ou com culpa grave, na hipótese de prejuízo ao erário, para a prática do ato de improbidade administrativa.

§ 2º. O particular responde solidariamente com o agente público ou político, sendo vedada a sua responsabilidade isolada.

§ 3º – A pessoa jurídica de direito privado responde aos termos da presente lei, sendo extensível aos seus sócios ou cotistas em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, na forma do artigo 50, do Código Civil.

A elucidação, a nosso ver, foi salutar. Discriminou-se, no parágrafo 1º, a necessidade do elemento subjetivo do tipo como critério indispensável à aferição da legitimidade passiva e previu-se expressamente, no parágrafo 3º, o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, instituto diverso, com consequências diversas e requisitos próprios, mas que segue cabível no procedimento especial da ação de improbidade notadamente por sua relevância como instrumento de efetividade da lei [\[3\]](#).

Ainda adicionalmente, e por oportuno, se fez constar do parágrafo 2º positivamente de jurisprudência já pacífica do Superior Tribunal de Justiça [\[4\]](#), no sentido da vedação à persecução isolada do particular, que depende, para seu acionamento, de concorrência com agente público.

Trata-se, a nosso ver, pois, de evolução normativa que, se não eliminará, prevenirá uma manipulação imprecisa de institutos processuais, imprecisão essa com aptidão para produzir efeitos colaterais os mais graves.

[\[1\]](#) Em resumo, a desconsideração da personalidade jurídica extrai seu fundamento da inobservância da função social da autonomia da personalidade jurídica, que surge, em primeiro lugar, como meio facilitador do desenvolvido e da exploração de atividades, função essa que não poderá ser desvirtuada em prol de fraudes.

~~[\[2\]](#) Absolutamente indispensável para apenação em improbidade: “O entendimento do STJ é de que,~~



para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Portanto, o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.” REsp 1.708.269/SP, Segunda Turma, DJ de 27.11.2018.

[3] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*. 7ª. edição. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 892-893.

[4] REsp 896.044/PA, Segunda Turma, DJ de 19.4.2011; REsp 1.181.300/PA, Segunda Turma, DJ de 24.9.2010; e REsp 1.171.017/PA, Primeira Turma, DJ de 6.3.2014.

Date Created

19/04/2019