

## **Ação de Improbidade, controlador e controlado**

***De Mônica Mendonça Costa, sócia na área de Contencioso de TozziniFreire Advogados.***

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8429/92- "LIA") é do início da década de 1990 e foi um importantíssimo marco regulatório para penalização daqueles que auferissem vantagem indevida em razão do exercício de cargo, causassem prejuízo ao erário ou atentassem contra a administração pública.

Passados mais de 20 anos de sua promulgação, diversas são as controvérsias a respeito da sua aplicação e interpretação. Nesse sentido, apenas recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da discussão a respeito da imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário, matéria a ser objeto de deliberação daquela Corte (Repercussão geral no recurso extraordinário n.º 852.475 – São Paulo, Rel. Min. TeoriZavaski).

Outra questão que tem sido debatida no judiciário e que pretendemos discutir aqui é a legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade.

Segundo o artigo 17, *caput*, da LIA, têm legitimidade para propor a ação de improbidade o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada. A legitimidade do Ministério Público não encerra maiores dificuldades. Contudo, a discussão ganha corpo em relação à definição de quem seria a pessoa interessada.

Evidentemente, os legitimados seriam aqueles indicados no artigo 1º da LIA: a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Especificamente no caso de empresa controlada pelo Poder Público, quem seria a parte interessada, nos termos do art. 17, *caput*, da LIA? Teria o controlador legitimidade para propor a ação? Entendemos que não.

Primeiramente, o próprio texto legal<sup>1</sup> diferencia os entes públicos, enumerando expressamente as entidades para cuja criação ou custeio tenha contribuído o erário. Assim, na hipótese de ato de improbidade capaz de lesar empresa cuja criação ou custeio conte

---

<sup>1</sup> LIA, art. 1º, *caput*.

com recursos da União, por exemplo, será a empresa a titular da ação, não a União. Caso contrário, fosse a legitimidade da União, ou seja, fosse a União o ente público diretamente lesado, sequer seria necessário enumerar a empresa por ela controlada como a prejudicada pelo ato de improbidade.

Além disso, tratando-se de um ente dotado de personalidade jurídica própria, sujeito de direitos e obrigações, a empresa pública não se confunde com a pessoa de seus sócios e se sujeita ao regime das pessoas jurídicas privadas, a despeito de ser a empresa controlada pelo Poder Público<sup>2</sup>.

Aliás, é justamente a autonomia patrimonial entre sócios e sociedade que incentiva a atividade econômica, pois se segregam os investimentos destinados a uma determinada atividade e se delimitam os respectivos riscos. Autorizar o controlador da empresa pública a pleitear direitos em nome da controlada abre um perigoso caminho para que dito controlador também venha a ser chamado a responder pelas obrigações da sociedade controlada.

Mesmo no caso do acionista majoritário, a única situação em que a Lei das Sociedades por Ações permite a atuação direta do acionista é se, caso convocada assembleia pelo acionista para propor o ajuizamento de ação de reparação de danos decorrentes de má administração, a proposta for rejeitada<sup>3</sup>.

Pelo viés processual, não há dúvida de que é a empresa pública a legitimada a propor ação de improbidade para ressarcimento dos danos a ela causados em razão de ato de improbidade e aplicação das respectivas penas.

É primado do Direito Processual Brasileiro que, salvo casos expressamente previstos em Lei, ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio.<sup>4</sup>

Se a empresa pública é o ente da administração lesado pelo ato de improbidade, ela é a titular do direito ao respectivo ressarcimento. Ainda que se entenda que o controlador, União, Estado ou Município, possa sofrer *indiretamente* eventuais perdas em razão dos danos sofridos pela empresa pública controlada, posterior reparação da empresa deveria igualmente recompô-las. Tais potenciais efeitos reflexos não alteram, contudo, a legitimidade da controlada, pois sabido que o mero interesse econômico na causa não

<sup>2</sup> Constituição Federal, art. 173, §1º, II

<sup>3</sup> Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 4º.

<sup>4</sup> Código de Processo Civil, art. 18

confere legitimidade a quem não é efetivamente o titular do direito subjetivo que se busca tutelar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente rejeitado a legitimidade do sócio para pleitear direitos da sociedade. No julgamento do recurso especial n.º 1.1188.151-AM, por exemplo, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, a Corte Superior afastou a legitimidade do sócio para pleitear direito da sociedade controlada, reconhecendo que o sócio tem interesse meramente econômico, consistente nos lucros a serem partilhados na proporção do capital social, que não lhe confere legitimidade para atuar em juízo em nome da sociedade.

A distinção entre sócio e sociedade em nada se altera em razão de o sócio majoritário ser a Administração Pública. Como dito, a Constituição Federal sujeita as empresas públicas ao regime jurídico privado, não havendo norma de direito público que derogue a distinção entre sócio e sociedade.

Para além desse tema, muitas também são as discussões a respeito da solidariedade entre os agentes aos quais se imputa ato de improbidade, responsabilização do terceiro beneficiário do ato improbo, do sucessor daquele que causar a lesão ao erário e penalização de empresas controladas por um mesmo sócio.

Nos últimos tempos, questiona-se também a necessidade de uma releitura e quiçá alteração do parágrafo 1º do art. 17, que poderia eventualmente obstar a celebração de transação em ação de improbidade, em vista dos acordos de cooperação que vem sendo firmados em investigações relativas a atos também qualificados como de improbidade, notadamente no âmbito da operação Lava Jato.