

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

IVANO RANGEL DE OLIVEIRA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR ATO DA
ADMINISTRAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

**CURITIBA
2008**

IVANO RANGEL DE OLIVEIRA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR ATO DA
ADMINISTRAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

Monografia apresentada como Requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

IVANO RANGEL DE OLIVEIRA

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de

de 2008

À minha Flávia.

SÚMARIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
2. 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
2. 2 CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA.....	11
2. 3 EFEITOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	16
2. 4 NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA.....	18
3 OS CONTORNOS PRIVATÍSTICOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	21
3.1 GÊNESE DO INSTITUTO.....	21
3.2 PREVISÃO LEGAL DA <i>DISREGARD DOCTRINE</i>	25
3.3 TEORIAS MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO.....	30
3.4 PRESSUPOSTOS DA <i>DISREGARD DOCTRINE</i>	33
3.5 EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA.....	37
4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SEARA ADMINISTRATIVA.....	42
4.1 SANÇÕES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	42
4.2 EFICÁCIA DO SANCIONAMENTO IMPOSTO.....	46
4.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS.....	48
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

RESUMO

O presente trabalho pretendeu compreender o fenômeno da personalização, buscando esclarecer o porquê do nascimento da pessoa jurídica, o seu desvirtuamento e a necessária correção pela *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* do uso irregular da pessoa jurídica, quando verificados o abuso de direito – para o Direito Privado - ou da forma - para o Direito Administrativo. Incorporada a *disregard* pelo Direito Privado, foi ela aplicada no Direito Administrativo, especificamente em licitações e contratos, com o manifesto escopo de coibir que sócios integrantes de pessoa jurídica punida anteriormente pela inexecução total ou parcial de um contrato administrativo constituíssem uma sociedade de fachada para poder participar de novos certames sem a limitação imposta pelo sancionamento administrativo.

Palavras-chaves: Direito administrativo. Licitação. Pessoa jurídica. Desconsideração. *Disregard*. Personalidade. Sociedade de fachada.

1 INTRODUÇÃO

Para se trabalhar de forma coerente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração há que se compreender, primeiramente, o fenômeno de aquisição da personalidade que outorgou a esses entes coletivos a capacidade necessária e imprescindível para a prática de atos da vida civil. O surgimento da pessoa jurídica se mostrou necessário quando se explicitou a incapacidade humana, ou seja, quando individualmente considerado, o homem não era capaz de favorecer satisfatoriamente o crescimento dos diversos setores da sociedade. Para se corrigir essa deficiência, outorgou-se personalidade ao ente coletivo, concebido como instituição.

A atribuição da personalidade jurídica, por óbvio, implicou uma conseqüente irradiação de efeitos. Ora, adquirida a personalidade e expressamente delimitado o conceito de pessoa jurídica, os efeitos dessa personalização, quais sejam, titularidade obrigacional, titularidade processual e responsabilidade patrimonial, são os pontos iniciais a partir dos quais se verificará a ocorrência de certos desvirtuamentos, que necessitam da idônea repreensão. A exata compreensão do instituto da pessoa jurídica permite regular e/ou coibir a atuação daqueles que se afastam de sua idéia original. E isso representa uma modificação de paradigma. A personalidade jurídica não pode mais ser entendida como um preceito absoluto, em algumas situações, desde que presentes seus requisitos, ela pode ser relativizada visando à afirmação do próprio instituto da personificação.

De forma concisa e objetiva, é do abuso da autonomia patrimonial, necessariamente qualificada pela fraude, que nasce a teoria da desconsideração da

personalidade jurídica. Coube à doutrina alemã, por meio de Rolf Serik, na década de 50, atribuir uma sistematizada conformação teórica àquilo que se convencionou denominar de *disregard doctrine*. No Brasil, a introdução da teoria da *disregard* coube a Rubens Requião.

A partir de sua entrada doutrinária em terras brasileiras, começaram a pulular textos de lei abarcando a teoria da *disregard*, ainda que equivocadamente, na medida em que tais leis estenderam os efeitos da desconsideração a hipóteses que originariamente não o eram. Nesse passo, tem-se o art. 28 da Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 18 da Lei n. 8884/94 (Lei Antitruste), art. 50 da Lei n. 10406/2001, e ainda para alguns os arts. 134, VII, e 135, III, do Código de Defesa do Consumidor funcionariam como casos de desconsideração.

As divergências doutrinárias quanto à inserção de certas hipóteses como casos de desconsideração, como apontado por Fábio Ulhoa Coelho, pode melhor ser visualizada a partir da distinção de uma teoria maior e outra menor da desconsideração. Enquanto que a teoria maior tão-somente autoriza o superamento episódico da personalidade, ignorando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, como instrumento de combate a fraudes e abusos praticados através dela; a teoria menor entende que o simples prejuízo do credor possui o condão de afastar a autonomia patrimonial. Essa diferenciação permite distinguir, de forma cristalina, a teoria da *disregard* de outras hipóteses de responsabilização pessoal do sócio. A teoria menor vai açambarcar hipóteses passíveis de resolução pelo ordenamento jurídico, sem a utilização da via excepcional da desconsideração. Assim, se pode se responsabilizar pessoalmente os sócios da pessoa jurídica, não se pode pretender a superação da personalidade.

É também a partir dessa distinção e da clara idéia que a teoria maior conserva a essência da desconsideração que se pode elencar tão-só dois requisitos para a sua aplicação, quais sejam: um positivo, a existência de abuso de direito, caracterizado pela fraude na sua utilização da pessoa jurídica; um negativo, inexistência de responsabilização direta, solidária, subsidiária ou pessoal, imputável ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica.

Expressamente detalhada a *disregard* clássica e explícitos os seus pressupostos, houve-se por bem fazer uso dela no campo do Direito Administrativo, especificamente em licitações e contratos administrativos. Se originariamente a autonomia patrimonial incentivou indivíduos de índole duvidosa ao desvirtuamento da pessoa jurídica, na seara administrativa, a manifesta distinção entre os sócios e a pessoa jurídica e vice-versa, outro efeito da personalização, culminou em tentativas de burla à legalidade em detrimento da Administração.

A diferenciação entre criador e criatura, desvirtuada pelo abuso da forma da pessoa jurídica, desaguou na chamada *disregard* administrativa. Ora, quando a Administração frente à inexecução total ou parcial de um contrato administrativo aplica a determinada pessoa jurídica, por meio do devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa, as sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, só o faz pela gravidade e reprovabilidade da conduta do particular. No entanto, os sócios da pessoa jurídica punida, tentando se esquivar da punição, constituem nova empresa para a disputa de certames, com os mesmos sócios, mesmo endereço, tão-somente alterando formalmente a pessoa jurídica que se pretende alistar como licitante. Para coibir tais fraudes, impõe-se a superação da personalidade para identificação dos sócios e conseqüente extensão dos efeitos das sanções administrativas à sociedade de fachada. Isso é a *disregard* administrativa,

agasalhadas expressamente pela Lei Estadual n. 9433/2005 do Estado da Bahia e pela Lei Estadual n. 15608/07 do Estado do Paraná.

No presente trabalho se pretendeu compreender o fenômeno da personalização, buscando esclarecer o porquê do nascimento da pessoa jurídica, o seu desvirtuamento e a necessária correção pela *disregard* do uso irregular da pessoa jurídica, quando verificados o abuso de direito ou da forma. A partir dessa consciência, focou-se na dinâmica da teoria da *disregard* em aplicação nos procedimentos licitatórios: o que a justifica e em que termos se diferencia da teoria classicamente adotada no Direito Privado.

Por derradeiro, para denominar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração far-se-á constantemente no decorrer do presente trabalho o uso da expressão *disregard administrativa* utilizada por Diógenes Gasparini.

Gize-se que as palavras ou expressões em língua estrangeira que eventualmente serão encontradas no corpo do presente trabalho foram retiradas de outros autores, cujas obras se encontrarão devidamente citadas em nota de rodapé, segunda a tradução que esses mesmos doutrinadores houveram por bem retirar da palavra ou expressão alienígena.

2 PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

2. 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*A pessoa jurídica surge para suprir a própria deficiência humana*¹.

De há muito, o homem já percebera sua incapacidade para, sozinho, realizar determinados empreendimentos e tarefas. Num cenário de expansão da complexidade social, a fragilidade do homem se explicita, na medida em que, individualmente considerado, era incapaz de favorecer satisfatoriamente o crescimento dos diversos setores da sociedade².

Assim, como isoladamente o homem não reúne condições, recursos e forças para o alcance de objetivos maiores e mais sólidos, exsurgiu a necessidade de se criar um organismo dotado da robustez necessária para o atingimento desses escopos de maior grandeza.

O ser humano, pessoa física ou natural, é dotado de capacidade jurídica. No entanto, isoladamente é pequeno demais para a realização de grandes empreendimentos. Desde cedo, percebeu-se a necessidade de conjugar esforços, de unir-se a outros homens, para realizar determinados empreendimentos, conseguindo, por meio dessa união, uma polarização de atividades em torno do grupo reunido³.

No entanto, não bastava a simples conjugação de esforços entre dois ou mais homens para a persecução de um objetivo comum. Ou seja, *seria impraticável*

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86.

² *Na medida em que a sociedade foi se organizando, a prática revelou a necessidade de uma categoria jurídica que favorecesse especialmente o crescimento de setores produtivos, culturais, sociais e religiosos, que não poderia ser alcançado pelo esforço isolado de pessoas ou da solidariedade interna de pequenos núcleos familiares* in NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 223.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 229.

*qualquer projeto arrojado sem que se criassem princípios e normas que distinguíssem o todo dos indivíduos. Indispensável que se atribuisse personalidade jurídica ao ser meramente convencional*⁴.

É a atribuição de personalidade jurídica que possibilita ao organismo social ser capaz de direitos, compondo uma relação jurídica como verdadeiro sujeito de direito.

Sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito⁵.

Ao se atribuir a esses entes abstratos capacidade de direito, ou seja, a possibilidade de serem sujeitos de direito, o ordenamento jurídico lhes outorga as *armas* necessárias para a consecução de tarefas que vão além das forças de um único homem.

Destarte, surge a pessoa jurídica para fazer o necessário contrapeso em face da incapacidade humana.

2. 2. CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA

Antes da definição de *pessoa jurídica*, cumpre alertar, como o fez Silvio Venosa, que *não é unânime na doutrina e nas várias legislações a denominação pessoa jurídica*⁶, embora essa terminologia já encontrasse guarida no código civil

⁴ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 223.

⁵ MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 161.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.* p. 232.

brasileiro não mais vigente e no próprio direito alemão⁷. Na França e na Suíça, esses mesmos entes são denominados *personas morais*, embora naquela também se faça menção à *persona jurídica*⁸.

Doutro passo, o direito português os chama de *personas coletivas*⁹, enfatizando tão-só seu aspecto externo, na medida em que sua formação mais comumente visualizada advém de um conjunto de pessoas.

Ao comentar a adoção do termo *persona jurídica*, Orlando Gomes aduz que:

a mais difundida – *persona jurídica* - é ambígua, porque, propriamente falando, todas as pessoas são jurídicas, no sentido de que a personalidade é conceito jurídico e seus atributos são regulados pelo Direito. Mas, apesar disso, incorporou-se definitivamente ao nosso vocabulário jurídico¹⁰.

Apesar de não ser pacífica a doutrina e as legislações, como afirmado pelo Caio Mário da Silva Pereira, *de todos os modos por que se podem designar, é a denominação pessoas jurídicas a menos imperfeita, e a que, pela conquista de campo na doutrina moderna, mais freqüentemente se usa, e por isso mesmo a mais expressiva*¹¹. E assim o é, pois a utilização da expressão “*persona jurídica*” *dá idéia de como vivem e operam estas entidades, acentuando o ambiente jurídico que possibilita sua existência*¹².

Já Teixeira de Freitas propôs uma nomenclatura diversa ao designar as *personas jurídicas* *personas de existência ideal*, em contraposição às *personas naturais*, que intitulou de *personas de existência visível*¹³.

⁷ A propósito veja-se: VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.* p. 232; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 187.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 187.

⁹ A propósito veja-se: VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.* p. 232; FIÚZA, César. *Direito civil*. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 136.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 186.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 188.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 188-189.

¹³ Em seu Esboço, A. Teixeira de Freitas pormenorizou o estudo sobre o *nomen iuris*, optando pelas expressões *persona de existência visível* e *persona de existência ideal*, respectivamente para a *persona*

Contemporizando as divergências doutrinárias, Paulo Nader informa que:

a conclusão a que se chega é que, submetida a rigor semântico, qualquer expressão se mostra vulnerável. (...) um século de experiência com a terminologia confirmada pelo Código civil de 2002 revela a sua adequação às necessidades sociais, sem embargo de suas possíveis imperfeições¹⁴.

Vencida a celeuma acerca da terminologia a ser adotada, cumpre responder, objetivamente, o seguinte questionamento: o que é *pessoa jurídica*¹⁵.

César Fiúza apregoa que *são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e deveres*¹⁶. Maria Helena Diniz assevera que *a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios que visa à obtenção de certas finalidades, reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito e obrigações*¹⁷. Roberto Senise Lisboa, partindo de um conceito de cunho normativo, preconiza que:

Pessoa jurídica é a entidade diversa da pessoa natural (por isso é chamada entidade mora), solenemente constituída pela vontade humana de outras

natural e a jurídica. Estas duas últimas denominações foram condenadas pelo jurista, a primeira por que o adjetivo *natural* não seria atributo exclusivo dos seres humanos, uma vez que o mundo visível é tão natural quanto o ideal, “é tão natural o espírito humano como produto desse espírito que é a idéia”. Criticou a terminologia *pessoa física*, “*pois desnatura o homem, que é um composto de corpo e espírito, e que fisicamente considerado é um animal, e só como tal não seria ente jurídico, porque não seria suscetível de adquirir direitos*”. Quanto às expressões usualmente adotadas para identificar o ente criado pela Ciência do Direito – *pessoa morais*, *peçoas coletivas*, *peçoas jurídicas*, *peçoas civis*, *peçoas fictícias* – Teixeira de Freitas criticou-as uma a uma, pois careceriam de exatidão. A expressão *pessoa moral* seria imprópria, porque o vocábulo *moral* é empregado em distinção ao mundo físico, sendo que “o elemento moral não absorve todo o elemento intelectual”. Além disso, “dá a entender que não há moralidade na outra classe das peçoas”. A fórmula *pessoa jurídica*, que vem do século XIX e que mais tarde o Código Beviláqua adotou, foi rejeitada sob o argumento de que seria mais adequada para designar uma das espécies da *pessoa de existência ideal*. A terminologia *pessoa coletiva* seria inexata, porque nem toda pessoa de existência ideal é *coletiva*. Rejeitou a expressão *peçoas civis* uma vez que as de *existência visível* também o são. Finalmente, *peçoas fictícias* é expressão que soa *falso*, uma vez que inexiste ficção na construção jurídica. In NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 225-226.

¹⁴ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 226.

¹⁵ Por óbvio que não se pretende com o presente trabalho, notadamente em um subcapítulo como este, esgotar o tema acerca da conceitualização de pessoa jurídica, tão-só lançar algumas definições colhidas na doutrina e que, de algum modo, permitirão um enfrentamento melhor da temática principal a ser esboçada ao final.

¹⁶ FIÚZA, César. *Op. cit.* p. 136.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Comentado o art. 50 do Código Civil. FIÚZA, Ricardo (org.). *Novo código civil comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44.

pessoas, físicas ou jurídicas, com personalidade e patrimônio próprios e distintos dos de seus constituintes, e determinada finalidade prevista na sua ata constitutiva¹⁸.

Ao que parece, desse conceito comunga Paulo Nader na medida em que identifica, nos vários conceitos de pessoa jurídica, um denominador comum de parcos e essenciais elementos, quais sejam: *a) ato constitutivo na forma da lei; b) determinado objetivo social a ser alcançado; c) conjunto de pessoas ou de bens; d) personalidade jurídica distinta de seus membros ou diretores*¹⁹.

Do escólio de Martins Frans abstrai-se:

Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento ; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio²⁰.

Fábio Ulhoa Coelho define pessoa jurídica como:

um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens em sociedade, ela não tem existência fora do direito, ou seja, fora dos conceitos tecnológicos partilhados pelos integrantes da comunidade jurídica²¹.

Ora, como leciona Silvio de Salvo Venosa:

Intuitivamente, percebemos, quer se trate de sociedades, quer se trata de associações, quer se trate de fundações, destaca-se delas algo que as transforma em entidades que não se confundem com as pessoas que as constituíram ou as dirigem, nem com as pessoas que são beneficiadas por sua atividade. Sua personalidade é distinta²².

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

¹⁹ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 229.

²⁰ FRANS, Martins. *Curso de direito empresarial*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

²² VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.* p. 235.

Por sua vez, Carlos Augusto Souza afirma:

A personalidade jurídica é a estrutura responsável pela profusão entre o patrimônio do sócio com o da empresa, com aferição da autonomia financeira, jurídica e administrativa da pessoa jurídica frente à imputação de direitos e deveres obrigacionais²³.

Para Silvio Rodrigues:

Pessoas jurídicas, portanto, são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil²⁴.

Em Maria Helena Diniz tem-se que:

Pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e obrigação. Três são os seus requisitos: organização de pessoas ou bens, liceidade de propósitos ou fins; e capacidade jurídica reconhecida por norma²⁵.

As diversas conceituações acima vertidas permitem identificar características comuns às pessoas jurídicas, peculiaridades essas que proporcionaram e incentivaram a evolução e popularização do uso desses entes morais. Dentre essas, a autonomia patrimonial e a explícita distinção entre criador e criatura se erigem como aspectos de maior relevo para a pessoa jurídica.

É a partir da autonomia patrimonial, que, em último caso, vai justificar a distinção entre sociedade e seus integrantes, que se permitirá elaborar aquilo que a doutrina pátria acordou denominar de teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

²³ SOUZA, Carlos Gustavo de. *Direito de empresa: organização e estruturas societárias*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. p. 36.

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.* p. 86.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 206.

2. 3 EFEITOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Quando o Direito formalmente reconhece esses entes morais como dotados de personalidade jurídica, como sujeitos de direito aptos à prática de atos jurídicos em geral, surgem alguns efeitos que lhe são iminentes. Assim, quando a lei cria um hiato entre a pessoa jurídica e aqueles que a compõe, em franca consagração do princípio da autonomia patrimonial, não pode querer que os sócios possam ser titulares dos direitos ou devedores das prestações relativas ao exercício da atividade econômica²⁶.

Consoante Fábio Ulhoa Coelho, três seriam as conseqüências da personalização das sociedades empresárias: titularidade obrigacional, titularidade processual e responsabilidade patrimonial.

Como efeito, a titularidade obrigacional tem o condão de afastar os sócios do vínculo estabelecido entre a pessoa jurídica e aqueles terceiros em razão da exploração da atividade econômica. Ou seja, nas relações que mantém com indivíduos e os diversos setores da sociedade, é a pessoa jurídica como ente autônomo que se sobressai. Se a pessoa jurídica assume a posição de credora ou devedora de uma obrigação é tão-somente ela quem arcará com a respectiva dívida ou terá o direito de exigir a satisfação do referido crédito²⁷.

A titularidade processual importa a possibilidade da pessoa jurídica figurar autonomamente numa demanda em juízo, tanto ativa quanto passivamente. Ou seja, naqueles processos que tenham origem na atividade da pessoa jurídica, quando do

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 14.

²⁷ *Em relação à titularidade obrigacional, note-se que os vínculos de obrigação jurídica, contratuais ou extracontratuais, originados da exploração da atividade econômica aproxima terceiros (...) e a pessoa jurídica da sociedade empresária. Os sócios não são partícipes dessa relação* in COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 14.

eventual ajuizamento de ação judicial, é essa que responderá e não os seus sócios²⁸.

No concernente ao terceiro efeito:

A questão da responsabilidade patrimonial, de maior importância que as duas anteriores. (...) da personalização da sociedade empresária segue-se a separação dos patrimônios desta e de seus sócios, os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seus membros²⁹.

A definição dos efeitos da personalização em Fábio Ulhoa Coelho deve ser conjugada com aquela elencada por Rubens Requião. Segundo esse autor, são efeitos mais expressivos da aquisição da personalidade jurídica:

- 1º) considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um *sujeitos* 'capaz de direito e obrigações'. Pode estar em juízo por si, contrata e se obriga"
- 2º) tendo a sociedade, como pessoas jurídica, individualidade própria, os sócios que a constituírem com ela não se confundem, não adquirindo por isso a qualidade de comerciantes"
- 3º) A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse *patrimônio*, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo"
- 4º) A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência de parte do capital³⁰.

Dos efeitos da personalização trazidos por esses eminentes juristas, cumpre destacar apenas dois, de importante realce para o presente trabalho, quais sejam: responsabilidade ou autonomia patrimonial e manifesta separação entre a pessoa jurídica e a figura dos sócios.

Ora, como já se ousou dizer, é o princípio da autonomia patrimonial o alicerce do direito societário³¹, mas não somente desse, eis que se constitui em fundamento

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 15.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 14.

³⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 397.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 16.

necessário para a expansão da própria atividade econômica, na medida em que ao limitar a possibilidade de perdas em investimentos arriscados incentivou a produção e circulação de bens e serviços. Por óbvio, o crescimento da atividade econômica encontra-se umbilicalmente jungido ao desenvolvimento do direito privado, abarcando o comercial e, via de consequência, o societário.

A manifesta separação entre a pessoa jurídica e a figura dos sócios, como a autonomia patrimonial, condiciona as relações obrigacionais na sociedade. Conforme apregoado pelo art. 20 do Código Civil de 1916, já revogado: *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*. E por não se confundir com eles devem caminhar com suas próprias pernas, estabelecendo relações próprias e responsabilizando-se por elas. O que se pretende frisar é que se a pessoa jurídica, quando do exercício de suas atividades, não se confunde com seus membros, a recíproca também é verdadeira, ou seja, não se pode querer misturar a pessoa física, membro de determinada sociedade, com a pessoa jurídica que dela faz parte³².

2. 4 NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA

Existente a pessoa jurídica e formalmente reconhecida pelo Direito, vários juristas se entregaram à tarefa de perscrutar sua natureza jurídica. Desse desafio surgiram diversas teorias.

A *teoria da ficção legal*, encampada pelo jurista alemão Friedrich Karl von Savigny, apregoava que a personalidade jurídica se originava de uma ficção legal.

³² Essa consciência far-se-á importante no capítulo final do presente trabalho.

Ora, enquanto a personalidade natural é uma criação da natureza e não do direito, a personalidade jurídica somente existe por determinação da lei³³. A personalidade jurídica seria uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais e facilitar a função de certas entidades³⁴. Para a concepção ficcionista, a personalidade jurídica é inerente à condição humana e tão-somente por via oblíqua, por um artifício, por uma benesse, a lei atribui fictamente personalidade ao ente moralmente concebido³⁵. Em que pese tal teoria ter encontrado eco em nossa doutrina³⁶, não parece ser a melhor teoria para explicar o fenômeno da *pessoa jurídica*³⁷.

A teoria da equiparação, cuja defesa é feita por Windscheid e Brinz, tende a equiparar a pessoa jurídica como patrimônio, em sede de tratamento jurídico, às pessoas naturais³⁸.

A teoria orgânica ou da realidade objetiva, desenvolvida por Otto von Gierke e, ainda, por Regelsberg, Edndemann, Mitteis, Von Bülow entre outros³⁹, em franca oposição à teoria da ficção, argüia que a vontade, pública ou privada, é capaz de dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta da de seus

³³ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.* p. 87.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 206.

³⁵ A mesma ficção que leva o Estado a negar a personalidade jurídica a determinadas classes de pessoas, como a dos escravos, ou, como no passado, aos estrangeiros, e a atribuir a seres não-humanos aqueles atributos, por aplicar-se a grupo de pessoas (NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 229).

³⁶ Conforme Paulo Nader, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues são adeptos da teoria da ficção. Cf. NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 236.

³⁷ Não se pode aceitar esta concepção, que, por ser abstrata, não corresponde à realidade, pois se o Estado é uma pessoa jurídica, e se se concluir que ele é ficção legal ou doutrinária, o direito que dele emana também o será (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 207). Ora, Paulo Nader utiliza do mesmo argumento quando afirma que se a personalidade jurídica dos seres coletivos se dá por mero artifício legal, difícil então justificar a personalidade do Estado, que possui direitos e deveres distintos de seus habitantes (*Op. cit.* p. 236).

³⁸ Segundo Maria Helena Diniz, tal teoria é inaceitável porque eleva os bens à categoria de sujeito de direito e obrigações, confundindo pessoas e coisas in *Op. cit.* p. 207.

³⁹ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 239.

*membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, real e verdadeiro*⁴⁰. Da mesma forma que as teorias anteriores não vingou⁴¹.

*Para a teoria da pessoa jurídica como realidade técnica a personalidade jurídica é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos*⁴².

Teoria institucionalista ou da realidade das instituições jurídicas, de Hariou, para a qual:

*uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce. A constituição de uma instituição envolve: uma idéia que cria um vínculo social, unindo indivíduos que visam a um mesmo fim; e uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução do fim comum. A instituição tem uma vida interior representada pela atividade de seus membros, que se reflete numa posição hierárquica estabelecida entre os órgãos diretores e os demais componentes, fazendo, assim, com que apareça uma estrutura orgânica. Sua vida exterior, por outro lado, manifesta-se por meio da sua atuação no mundo do direito, com o escopo de realizar a idéia comum. Quando a instituição alcança certo grau de concentração e de organização torna-se automaticamente pessoa jurídica*⁴³.

Consoante leciona Maria Helena Diniz, *essa teoria é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica*⁴⁴.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.* p. 88.

⁴¹ *Essa concepção recai na ficção quando afirma que a pessoa jurídica tem vontade própria, porque o fenômeno volitivo é peculiar ao ser humano e não ao ente coletivo* in DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 207.

⁴² RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.* p. 88.

⁴³ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.* p. 88.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 207.

3 OS CONTORNOS PRIVATÍSTICOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 GÊNESE DO INSTITUTO

*A desconsideração da personalidade jurídica é artifício destinado à profilaxia e terapêutica da fraude à lei*⁴⁵.

Assente que o instituto da personalidade jurídica se funcionaliza pela proteção do patrimônio pessoal dos sócios como forma de incentivo da economia dentro das perspectivas do capitalismo moderno, cumpre aclarar que *não se entenda, porém, que o referido princípio jurídico é um dogma*⁴⁶.

Ou seja, ainda que a personalidade jurídica ontologicamente assegure a autonomia patrimonial, excepcionalmente, ela pode ser superada, penetrada, desconsiderada quando essa mesma autonomia servir de pálio para práticas fraudulentas dos sócios.

A admissão, pelas sociedades, do princípio da personalidade jurídica, deu lugar a indivíduos desonestos que, utilizando-se da mesma, praticassem, em proveito próprio, atos fraudulentos ou com abuso de direito, fazendo com que as pessoas jurídicas respondessem pelos mesmos⁴⁷.

⁴⁵ REsp 401081/TO – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – 3ª Turma – Data do julgamento: 06/04/2006 - DJ 15.05.2006 p. 200.

⁴⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 113.

⁴⁷ FRANS, Martins. *Op. cit.* p. 157.

*A personalidade jurídica é um atributo ficto emulado pelo direito, tem como raiz a licitude*⁴⁸, no entanto, eventualmente, desvirtuando sua razão de ser, a pessoa jurídica é utilizada por seus sócios como instrumento de fraudes e abusos. Nessas hipóteses, não há porque se pretender uma cega e velada proteção à autonomia patrimonial, sob pena de se assegurar a impunidade de atos sociais fraudulentos.

Constatado o fato que a personalidade jurídica das sociedades servia a pessoas inescrupulosas que praticassem em benefício próprio abuso de direito ou atos fraudulentos por intermédio das pessoas jurídicas, que revestiam as sociedades, os tribunais começaram então a *desconsiderar* a pessoa jurídica para responsabilizar os praticantes de tais atos⁴⁹.

Essa utilização desvirtuada da pessoa jurídica operou uma modificação de paradigma: a personificação outorgada às pessoas jurídicas não pode mais ser entendida de forma absoluta, ou seja, a personalidade jurídica – e, por óbvio, seus efeitos - não é um princípio absoluto. Em algumas hipóteses, o instituto da personalização pode e deve ser relativizado. Se indevidamente os sócios, imbuídos de má-fé, se utilizam da pessoa jurídica, abusando de sua autonomia patrimonial e fraudando terceiros, não se pode querer invocar a proteção dada pela sua personificação. Se ilicitamente é utilizada a pessoa jurídica, deve ela ser licitamente superada, limitada, desconsiderada, em relação a certas relações jurídico-obrigacionais.

Com base na possibilidade de mau uso da autonomia patrimonial ofertada pela personalidade jurídica, na década de 50, Rolf Serik publica sua tese de doutorado, defendida perante a Universidade de Tubigen, na Alemanha⁵⁰, dando uma sistematizada conformação teórica à possibilidade de desconsideração da

⁴⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.* p. 113.

⁴⁹ FRANS, Martins. *Op. cit.* p. 157.

⁵⁰ Cf. FIÚZA, César. *Op. cit.* p. 143; GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 236. SOARES, Marcela Capachi Nogueira. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das penalizações administrativas*. In http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_162.html. Acessado em 08/04/08.

personalidade da pessoa jurídica⁵¹. Antes disso, em 1912, e ao que parece em primeiro lugar, algumas referências embrionárias acerca da desconsideração podem ser encontradas nos estudos do jurista norte-americano Maurice Wormser⁵².

Como apontado em copiosa doutrina, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é conhecida, dada a sua origem anglo-saxônica⁵³, na *Common Law*, como *disregard doctrine*, *disregard theory* ou *disregard of legal entity*, ou ainda pela locução *lifting the corporate veil*, ou seja, erguendo-se a cortina da pessoa jurídica⁵⁴. Rubens Requião ainda a denomina de *teoria da superação*⁵⁵. Entre os argentinos é conhecida como *teoria de la penetración o desestimación de la personalidad*⁵⁶. Na Alemanha, como *durchgriff der juristischen personen*, na Itália

⁵¹ na Alemanha, o professor Rolf Serick apresentou na Universidade de Tübingen, a tese sobre a 'Aparência e realidade nas sociedades mercantis. Do abuso de direito por intermédio da pessoa jurídica'. O assunto interessou grandemente aos círculos jurídicos europeus, destacando-se, entre os que trataram do mesmo, o Prof. Piero Verrucoli, da Universidade de Pisa, na Itália, que escreveu a respeito o livro "superamento da personalidade jurídica das sociedades de capitais na Common Law e na civil Law in FRANS, Martins. Op. cit. p. 157.

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. apud FIÚZA, César. *Direito civil*. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 143.

⁵³ Segundo a doutrina clássica, o precedente jurisprudencial que permitiu o desenvolvimento da teoria ocorreu na Inglaterra, em 1897. Trata-se de um famoso caso *Salomon & Co. Aaron Salomon*, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros de sua própria família, cedendo para cada um apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil. Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de Salomon e de sua própria companhia. Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir. Ora, revelando-se insolvente a sociedade, o próprio Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa. Apesar de Salomon haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões de instâncias inferiores, acatou sua defesa, no sentido que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais in GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 236-237.

⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 96. Veja-se também FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit. p. 277.

⁵⁵ Mesmo nos países em que se reconhece a personalidade jurídica apenas às sociedades de capitais surgiu, não há muito, uma doutrina que visa, em certos casos, a desconsiderar a personalidade jurídica, isto é, não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios. Por isso, também é conhecida por doutrina da superação in REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 392.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 276.

como *superamente della personalit  giuridica*, na França como *mis  a l cart dela personnalité morale*⁵⁷.

Definindo o instituto, Cristiano Chaves de Farias afirma:

A *disregard doctrine* significa, essencialmente, o desprezo episódico (eventual) pelo Poder Judiciário, da personalidade aut noma de uma pessoa jurídica com o propósito de permitir que os seus sócios respondam com o seu patrimônio pessoal pelos atos abusivos ou fraudulentos praticados sob o véu societ rio⁵⁸.

Essa conceituação tão-somente vai ao encontro daquilo que adiante será explicitado, qual seja:   da utilização irregular da pessoa jurídica, de forma fraudulenta, que decorre a teoria da desconsidera  o⁵⁹.

Se a justificativa existencial da pessoa jurídica é a objetiva das finalidades a que visa o propósito de realizar mais eficientemente certos objetivos, a *liceidade* destes   imprescindível à vida do novo ente, pois não se compreende que a ordem jurídica v  franquear a formação de uma entidade cuja existência é a projeção da vontade humana investida de poder criador pela ordem legal, a atuar e proceder em descompasso com o direito que lhe possibilitou o surgimento⁶⁰.

Convém, desde já, aclarar que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com despersonaliza  o⁶¹, naquela *subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou*

⁵⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In ALVIM, Alvim; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (org). *Aspectos controvertidos do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87-98.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 277.

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 278.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 187.

⁶¹ Maria Helena Diniz utiliza a terminologia *despersonalização*, ao que parece como sin nimo de desconsideração (*Op. cit.* p. 256). De igual forma, o termo *despersonalização*   encontrado na jurisprudência. Cf. STJ. Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento 656172 / SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento: 04/10/2005. DJ 14/11/2005 p. 383.

*componentes, mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto*⁶².

A sanção jurídica, em tais casos, não deve ser, indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio ou da relação, mas a ineficácia. Não deve ser a destruição da 'entidade' pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*⁶³.

Assim, a personalidade da pessoa jurídica não é simplesmente desconstituída, mas essa não é levada em conta em relação a certas e determinadas relações obrigacionais. Ora, *não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos*⁶⁴.

3.2 PREVISÃO LEGAL DA DISREGARD DOCTRINE

Conforme apontado por César Fiúza, mas não só por ele⁶⁵, *a primeira tentativa de positivação do instituto ocorreu no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor*⁶⁶, nos seguintes termos:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁶² COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3 ed. São Paulo: Forense, 1983, p. 283.

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.* p. 273.

⁶⁴ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 392.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* p. 239.

⁶⁶ FIÚZA, César. *Op. cit.* 145.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O dispositivo da lei consumerista agasalha uma série de possibilidades que autorizam a desconsideração, entretanto, a norma se afasta da idéia original de existência de abuso ou fraude da personalidade a legitimar a medida excepcional. A regra, ao que parece, pune o mau administrador e não aquele que age de má-fé⁶⁷. Quando pretende caracterizar a *disregard*, o Código de Defesa do Consumidor define, casuisticamente, os atos que autorizam a desconsideração para, ao final, em seu parágrafo quinto, permitir a aplicação da teoria em quaisquer hipóteses, ainda que divorciadas de má-fé ou abuso, onde exista perigo de ressarcimento de eventuais prejuízos causados aos consumidores⁶⁸. Como afirmado por José Edwaldo Tavares Borba:

A própria Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) incorreu (art. 28) em grosseiras confusões entre a desconsideração da personalidade jurídica e os institutos da solidariedade, responsabilidade subsidiária e responsabilidade civil ordinária⁶⁹.

⁶⁷ Este artigo possui dois problemas sérios. Em primeiro lugar, mistura casos de genuína aplicação da teoria a casos em que não se aplicaria, por terem outra solução legal, em que os sócios já são penalizados pessoalmente. Em segundo lugar, há um grande exagero no último período do caput, que impõe aos sócios as penalidades do insucesso gerado pela má administração. Ocorre que foi exatamente para proteger os sócios de eventuais problemas externos e mesmo de uma eventual má administração, que surgiu a responsabilidade limitada. É também exatamente por isso, que se faz a distinção entre pessoa jurídica e a pessoa dos sócios. O Código do Consumidor em sua ânsia protetiva, se olvidou de tudo isso. Não se deve confundir má administração com má-fé in FIÚZA, César. *Op. cit.*. 145-146.

⁶⁸ Trata-se, assim, de aplicação da *disregard doctrine* mediante apenas a impossibilidade de ressarcimento do dano com o patrimônio da empresa, ampliando significativamente as hipóteses de cabimento da teoria. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 277.

⁶⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 34.

Comentando o citado artigo, Fábio Ulhoa Coelho expressamente apregoa que, consoante a redação do art. 28 da Lei n. 8078/90, são considerados fundamentos legais para a utilização da desconsideração em favor dos consumidores: a) o abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos e contrato social; c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração. Desses, o ilustre jurista só reconhece como desconsideração a letra “a”, os outros são, respectivamente responsabilidade do sócio ou representante legal por ato ilícito próprio e responsabilidade por má administração, ambos os temas adstritos ao direito societário⁷⁰.

Mas, nesse ponto, o Código de Defesa do Consumidor partilha com outros a mesma eiva, punindo o mau administrador, independente da existência de fraude. Veja-se o art. 18 da Lei n. 8884/94 que estabelece:

A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Alguns⁷¹ costumam apontar, equivocadamente, o art. 2º, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Veja-se o teor da referida norma protetiva da relação laboral:

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.

⁷¹ Comentando o §2º do art. 2º da CLT, Sérgio Pinto Martins alega que *cada empresa do grupo é autônoma em relação às demais, mas o empregador real é o próprio grupo. Mesmo que o grupo não tenha personalidade jurídica própria, não haverá a sua descaracterização para o Direito do Trabalho, pois é possível utilizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity) ou levantar o véu que encobre a corporação (to lift corporate veil)* in Comentários à CLT. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 11. De igual forma, Maria Helena Diniz alega, equivocadamente, que o art. 2º, §2º da CLT *parece aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (Op. cit. p. 206)*.

Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo individual, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

No entanto, a regra hospedada no referido dispositivo apenas estatui uma responsabilidade solidária, estendendo a obrigação por débitos trabalhistas às pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Não há que se falar em desconconsideração.

O Código Tributário Nacional, em razão dos seus arts. 134, VII, e 135, III, a seguir transcritos, vez ou outra, é trazido à baila para servir de exemplo para casos de *disregard doctrine*:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em que pese o equívoco que pode ser encontrado na própria jurisprudência⁷², no caso do art. 134, o que se tem é mera hipótese de responsabilidade solidária⁷³, ou como prefere Luciano Amaro, responsabilidade subsidiária⁷⁴, não havendo motivo

⁷² Veja-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Segunda Turma, já se manifestou aduzindo, com fulcro no art. 134, que o CTN foi o primeiro diploma do direito pátrio a consagrar a teoria da desconconsideração da pessoa jurídica. Cf. REsp 436012 / RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Data do julgamento: 17/06/2004. DJ 27/09/2004. p. 304.

⁷³ O CTN torna responsáveis solidariamente com o contribuinte várias categorias de pessoas, que, por diferentes razões de Direto, o representam ou praticam atos jurídicos em nome e por conta dele, como (...) os sócios. (...) Essa solidariedade se estabelece só nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal por parte do contribuinte, se tais pessoas responsabilizadas intervierem nos atos tributados ou cometerem omissões de deveres que lhe incumbiam, segundo a lei fiscal in BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 752).

⁷⁴ O código Tributário Nacional rotula como responsabilidade solidária casos de impossibilidade de exigir o cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte. Trata-se de responsabilidade

para se recorrer à teoria da desconsideração da pessoa jurídica⁷⁵, eis que o ordenamento jurídico resolve a contento o eventual conflito sem fazer uso dessa medida excepcional. Já o art. 135, III, também do CTN, traz hipótese de responsabilidade *por substituição*⁷⁶. Comentando a referida norma, Luciano Amaro apregoa que *não se trata, portanto, de responsabilidade subsidiária, do terceiro, nem de responsabilidade solidária. Somente o terceiro responde pessoalmente*⁷⁷. Ora, o art. 135, III, CTN singelamente estatui mera hipótese de responsabilidade pessoal: não se ataca a pessoa jurídica para, ato contínuo, subtrair patrimônio dos diretores, gerentes ou representantes dela; sem qualquer desvio, as obrigações tributárias devem ser pagas diretamente pelo administrador que agiu com excesso de poder, com infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto.

A par das hipóteses agasalhadas pelas leis acima elencadas que se desviaram da idéia original de desconsideração, o Código Civil de 2002, veiculado pela Lei n. 10406/01 açambarcou mais adequadamente a teoria, nos seguintes moldes:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

subsidiária. Anote-se que o próprio código disse (art. 24, parágrafo único) que a solidariedade não comporta benefício de ordem (o que é óbvio); já que o art. 134 claramente dispõe em contrário, o que infirma a solidariedade. Em suma, o dispositivo não cuida de responsabilidade solidária, mas subsidiária, restrita às situações em que não haja possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação pelo próprio contribuinte in Direito tributário brasileiro. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 326.

⁷⁵ José Lamartine Corrêa de Oliveira nem mesmo admite a possibilidade da “desconsideração” no caso do art. 134, VII, do Código Tributário Nacional in DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 259.

⁷⁶ O caso, diferentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135 passam a ser os responsáveis ao invés do contribuinte in BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.* p. 755.

⁷⁷ AMARO, Luciano. *Op. cit.* p. 327.

Já se disse que o art. 50 do Código Civil *reflete, com maior fidelidade, os princípios basilares da teoria da desconsideração*⁷⁸. Não obstante, uma compreensão mais lúcida do art. 50 do Código Civil deve ser feita sob as luzes daquilo que adiante será explicitado, notadamente quando da diferenciação da teoria maior e menor da desconsideração e dos pressupostos para a aplicação da *disregard*.

3.3 TEORIAS MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO

Quando se procurou discorrer acerca de teoria da desconsideração da pessoa jurídica, a parte doutrina apresentou duas fórmulas distintas para justificar a penetração no véu protetor da personalidade, quais sejam: teoria menor e maior da desconsideração⁷⁹.

Ora, antes de uma análise mais detida dessas teorias, há que se considerar que a distinção entre teoria maior e menor da personalidade jurídica é uma clara tentativa de abarcar dentro do instituto da *desconsideração da personalidade jurídica* formas de responsabilização que, classicamente, não se enquadrariam em seu conceito, mas que devido a profícua produção legislativa inserindo equivocadamente a terminologia aliada a uma doutrina pouco objetiva, foram sendo, ainda que erroneamente, aceitas como se *disregard* fossem⁸⁰.

⁷⁸ FIÚZA, César. *Op. cit.* 148.

⁷⁹ Esta tese diferencia, com nitidez, a teoria da *disregard* de outras figuras que imponham a responsabilização pessoal do sócio (como a responsabilidade por ato de má gestão nas sociedades anônimas) In FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 279.

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 279.

A teoria maior tão-somente autoriza a desconsideração episódica da personalidade, ignorando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, como instrumento de combate a fraudes e abusos praticados através dela.

Para esta corrente, a mistura patrimonial somente ensejaria a desconsideração se implicasse o emprego inadequado e antijurídico da pessoa jurídica, explicitando, desse modo, um verdadeiro abuso de direito. Não foi, contudo a opção legislativa, que permite a desconsideração pela simples confusão patrimonial (no Código civil) e pela insolvência do fornecedor (no CDC)⁸¹.

Doutro lado, a teoria menor entende que o simples prejuízo do credor possui o condão de afastar a autonomia patrimonial.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Terceira Turma, parece ter adotado a distinção entre as duas teorias, como a seguir pode ser vislumbrado:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 281.

capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos⁸².

A adoção da teoria menor não parece se constituir no melhor caminho, na medida em que se a mera possibilidade de prejuízo ao credor importa na utilização do instituto da *disregard*, a própria idéia de personalidade jurídica cai por terra. Como consegue distinguir Cristiano Chaves de Farias:

A doutrina brasileira tem inescandível inclinação pela teoria maior da desconsideração, advogando a necessidade de comprovação do abuso do direito societário para a superação patrimonial. A nossa legislação, contudo, vem, em várias oportunidades, acolhendo a teoria menor, permitindo a desconsideração em determinadas hipóteses independente do abuso, como se vê do §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, emprestando-lhe maior funcionalização diante de determinados casos concretos⁸³.

Como imediatamente acima vertido, por certo que:

Importante registrar, de todo o modo, que parcela da doutrina brasileira critica a admissibilidade da confusão patrimonial e, mais ainda, da mera insolvência da empresa como pressupostos autorizadores da desconsideração⁸⁴.

A tentativa de elastecer o alcance da teoria da desconsideração acabam por banalizar o instituto, restando o empreendedorismo e trazendo a insegurança jurídica para o seio das relações obrigacionais⁸⁵.

⁸² STJ. REsp 279273 / SP – Rel. Ministro ARI PARGENDLER – Rel. para acórdão. Ministra NANCY ANDRIGHI – 3ª Turma – Data do julgamento: 04/12/2003 – Data da publicação/fonte: DJ 29/03/2004 p. 230 - RDR vol. 29 p. 356.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 279.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 281.

⁸⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 303-304.

Ao que parece, uma doutrina que se pretende mais lúcida deve ser vidente, no sentido de conseguir enxergar além da mera confusão patrimonial ou insolvência do devedor, identificando o requisito primordial para a aplicação da teoria da superação: o abuso de direito.

Alguns juristas, como DANIELA STORRY LINS, defendem que o abuso de direito deveria ser apontado como pressuposto básico ensejador da aplicação da teoria da desconsideração⁸⁶.

Por óbvio, a opção por esse entendimento deságua na aceitação da teoria maior da desconsideração, afastando aquelas hipóteses de mera insolvência do devedor e outras para as quais o ordenamento jurídico brasileiro ostenta melhores e clássicas saídas.

3.4 PRESSUPOSTOS DA *DISREGARD DOCTRINE*

Ao se invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica faz-se necessário conhecer quais são os pressupostos que permitem a utilização dessa medida excepcional, a fim de se evitar que o uso exacerbado e equivocado não esvazie seu conteúdo.

Quando a doutrina brasileira se deitou sobre o tema, ao que parece, surgiram duas linhas de pensamento que se distinguiram quando da eleição do pressuposto inarredável para a aplicação da *disregard doctrine*, como acima já referenciado, a

⁸⁶ LINS. Daniela Storry, *aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do Consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 281.

teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica; uma de cunho subjetivista, outra objetivista.

Fábio Ulhoa Coelho expressamente reconhece que a autonomia patrimonial gozada pelas pessoas jurídicas, eis que sujeitos de direitos distintos dos seus integrantes, pode dar azo a fraudes⁸⁷. Para coibir o afastamento dessas pessoas dos trilhos da licitude, o laureado jurista afirma que:

Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência de **fraude** por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipóteses em que, **não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência**. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer **prova da fraude** perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente não há fundamento para a sua desconsideração⁸⁸. (Grifou-se).

Do excerto acima expendido ecoa hialinamente claro a necessidade de comprovação de *fraude*, oportunizada pela autonomia patrimonial, para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Em momento algum, aspectos de ordem objetiva são levados em conta para a caracterização da *disregard*, pelo contrário, o requisito *fraude* é flagrantemente subjetivo, dado que, por óbvio, há que ser perpetrado pelos integrantes da pessoa jurídica. É a má-fé, subjetivamente considerada, no uso do ente coletivo, patrimonialmente autônomo, que autoriza a aplicação da regra de exceção. Assim, ausente a *fraude*, ainda que concorram outros elementos, não há que se falar em desconsideração, devendo o eventual credor valer-se dos meios ordinários para o pagamento da dívida. Não podia ser diferente, já que como Fabio Ulhoa Coelho leciona peremptoriamente *esta, que é a*

⁸⁷ A autonomia patrimonial da pessoa jurídica, princípio que a distingue de seus integrantes como sujeito autônomo de direito e obrigações, pode dar ensejo à realização de fraudes in COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 126..

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 126-127.

*formulação mais corrente da teoria, dá, pois, relevo à presença de elemento subjetivo*⁸⁹, em franca adoção da teoria maior da desconsideração. Por óbvio, outros partilham desse mesmo entendimento⁹⁰.

Doutro lado, Fábio Konder Comparato elenca a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social da pessoa jurídica como requisitos necessários para a incidência da desconsideração, esses manifestamente objetivos. Por suas próprias palavras:

Tudo o que se vem de expor, decorre esse efeito jurídico fundamental da personalização – separação de patrimônio -... deve ser normalmente afastado, quando falte um dos pressupostos formais estabelecidos pela lei; e, também, quando desapareça a especificidade do objeto social de exploração de uma empresa determinada, ou do objetivo social de produção e distribuição de lucro – ou ainda quando ambos se confundem com a atividade ou o interesse individual de determinado sócio⁹¹.

O art. 50 do Código Civil, alhures transcrito, ao condicionar a aplicação da desconsideração ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial parece se perfilhar ao lado de Comparato e da teoria menor da desconsideração⁹², fato esse que não se apresenta como mera coincidência dada a contribuição do ilustre professor para a redação do dispositivo, como informa Maria Helena Diniz⁹³.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 127.

⁹⁰ *Esse aspecto subjetivo da responsabilidade é a pedra de toque da teoria da desconsideração – atinge-se o administrador, controlador ou sócio que, de alguma maneira, abusou da personalidade jurídica, nela se escudando para cometer atos contrário “as coordenadas axiológicas da ordem jurídica”* in BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit.* p. 35.

⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.* p. 271.

⁹² Convém aqui tecer um esclarecimento: coloca-se o art. 50 do Código Civil como norma a estampar a teoria menor da desconsideração, haja vista que em nenhum momento se aventa a necessidade dessa confusão patrimonial ser perpetrada com fraude. Se o elemento subjetivo restasse claro no dispositivo, a teoria maior encontraria guarida expressa no Código Civil.

⁹³ *Dentro desses pressupostos, e considerando a sugestão do acadêmico Marcelo Gazzí Taddei, orientado pelo Professor Luiz Antônio Soares Hentz, buscamos o delineamento seguro da ‘desconsideração’, para situá-la no projeto. Consultamos um estudioso da matéria, com trabalho já publicado, Professor Fábio Konder Comparato, submetendo-lhe esboço do dispositivo. Assinalando, também, a necessidade de diferenciar despersonalização e desconsideração, o ilustre professor concorreu, valiosamente, para a configuração tentada. Acentuou, inclusive, que ‘a causa da desconsideração da personalidade jurídica não é, apenas, o desvio dos fins estabelecidos no contrato social ou nos atos constitutivos. O abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores. Justificou a menção no texto, ao Ministério Público, visto*

Ainda que se pretenda que o art. 50 do Código Civil agasalhe timidamente a teoria menor da desconsideração, por certo que, na apreciação das hipóteses fáticas ali elencadas, não pode o juiz se afastar da idéia original da teoria, corrigindo o equívoco legiferante, para não desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais⁹⁴.

Carlos Alberto Menezes Direito, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, leciona a necessidade de desconsideração fulcrar-se na idéia de abuso de direito:

A meu sentir, no plano doutrinário, a desconsideração da personalidade jurídica cabe quando houver configuração de abuso ou da manipulação fraudulenta do princípio da separação patrimonial da sociedade como meio de impedir, fraudulentamente, o resgate de obrigação assumida nos termos da lei⁹⁵.

Compulsando a doutrina, notadamente aquela que não se afasta da idéia original da desconsideração da personalidade, é possível vislumbrar pressupostos essenciais para a incidência da *disregard*, de duas ordens ontologicamente distintas, que aqui se convencionou denominar positiva e negativa. Destarte, para que higidamente se proceda à superação da personalidade da pessoa jurídica faz-se necessária a conjugação de dois requisitos: o primeiro, de ordem positiva, se configura pela existência do elemento subjetivo, assim entendido como necessário pela teoria maior, o abuso de direito, caracterizado pela fraude na sua utilização da

que 'ele também pode intervir no processo sem ser parte'. Buscando contornos claros, ressaltou: 'É preciso deixar bem caracterizado o fato de que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas, pois a pessoa jurídica não entra em liquidação. A menção genérica a 'relações de obrigação justifica-se pelo fato de que o direito do demandante pode ser fundado em um delito civil e não em contrato'. In DINIZ, Maria Helena. Comentado o art. 50 do Código Civil. FIÚZA, Ricardo (org.). *Novo código civil comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 54.

⁹⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In ALVIM, Alvim; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (org). *Aspectos controvertidos do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87-98.

pessoa jurídica – o abuso de direito existe quando da ocorrência de fraude – incentivada por sua autonomia patrimonial; o segundo, de ordem negativa, se constitui pela inexistência de responsabilização direta, solidária, subsidiária ou pessoal, imputável ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica⁹⁶.

Ora, claramente o que se apresenta é que existindo fraude, qualificada pelo mau uso da pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial, e não sendo caso de responsabilidade imputável ao sócio, gerente ou controlador, encontra-se autorizado o uso da *disregard doctrine* ⁹⁷.

3.5 EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA

Primeiramente, como acima referenciado, ainda que perfunctoriamente, é possível observar na jurisprudência⁹⁸ e na doutrina uma aplicação, ao que parece, equivocada, da teoria da *disregard doctrine*, na medida em que a ela se recorre para decidir situações passíveis de resolução pelo ordenamento jurídico por meio das teorias tradicionais do abuso de poder, da solidariedade e responsabilização pessoal dos sócios. É a dicotomia na adoção da teoria maior e menor da desconsideração.

Ora, a desconsideração deve se constituir em medida excepcional, a ser praticada quando explicitamente presentes os requisitos que autorizam a sua

⁹⁶ A teoria da desconsideração (...) tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há porque cogitar porque cogitar do superamento de sua autonomia in COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 50.

⁹⁷ Não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração aqueles casos de mera imputação de ato: 'é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência in OLIVEIRA, Lamartine Corrêa. *Op. cit.* p. 610 e 613.

⁹⁸ Alguns juízes e tribunais brasileiros vêm aplicando, com muita largueza, e sem qualquer rigor técnico, a teoria da "desconsideração in BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit.* p. 34.

aplicação e incabível a resolução por outros meios ou ineficazes esses⁹⁹. Desse modo, a utilização da *disregard doctrine* é subsidiária, anômala: a *doutrina da desconsideração só deverá ser aplicada, quando não for possível responsabilizar os sócios pessoalmente, por outros meios já previstos*¹⁰⁰. Ainda que aplicada a desconsideração, *relativamente aos atos não condenados pelo juiz, continua a prevalecer o princípio secular* *societas distat a singulis* [a sociedade tem existência distinta da de seus membros]¹⁰¹. Acerca da excepcionalidade da medida:

CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR INFRAÇÃO CONTRATUAL. SUBLOCAÇÃO DOS IMÓVEIS LOCADOS. PESSOA JURÍDICA. EXISTÊNCIA DIVERSA DA PESSOA FÍSICA. ANUÊNCIA DA LOCADORA. AFERIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Como bem sabido, **as pessoas jurídicas possuem existência diversa de seus membros, sendo detentoras de personalidade jurídica própria, cuja desconsideração somente é reconhecida em situações excepcionais**. Destarte, o fato de ser o recorrente sócio-cotista das empresas que estão efetivamente a ocupar os imóveis locados não invalida, em princípio, salvo expressa autorização da locadora, a cláusula contratual que proíbe a sublocação.

2. Tendo o Tribunal de origem firmado o entendimento de que a locadora, ora recorrida, não anuiu com a sublocação dos imóveis, rever tal posicionamento implicaria revolvimento do conjunto probatório, inviável em sede especial, por atrair o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial conhecido e improvido¹⁰². (Grifou-se).

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ATINGIR EMPRESA QUE NÃO FOI PARTE NA AÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. **A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser**

⁹⁹ *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Só é legítima a desconsideração da personalidade jurídica, para penhorar-se bem de sócio, se há desvio a finalidade na sociedade constituída ou se o comportamento do devedor se destina a fraudar credor, e afora tais hipóteses salvo se o legislador, através de norma própria, sujeita à interpretação restritiva e específica, ampliar o campo de incidência do instituto retromencionado* in TRT – 5ª Região. MS 80.04.00.0765-73- Ac. SEDI 6063/01, 12.3.01 – Rel. Juiz Waldomiro Pereira. LTR 65-05/622.

¹⁰⁰ FIÚZA, César. *Op. cit.* 145.

¹⁰¹ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 246.

¹⁰² STJ. Resp 750572/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – 5ª Turma – Data do julgamento: 22/08/06 – DJ 18/09/06.

demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido¹⁰³. (Grifou-se).

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PESSOA JURÍDICA. DÍVIDA EM NOME DE SÓCIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. I - A possibilidade das dívidas particulares contraídas pelo sócio serem salgadas com a penhora das cotas sociais a este pertencentes, não tem o condão de transformar a própria sociedade em devedora. II - **A pessoa jurídica tem existência distinta dos seus membros, de forma que, resguardadas hipóteses excepcionais não verificadas no caso, um não responde pelas dívidas contraídas pelo outro**, sendo, portanto, devida a expedição da Certidão Negativa de Débito em nome da sociedade. Recurso Especial a que se nega provimento¹⁰⁴. (Grifou-se).

É o caráter episódico da desconsideração que deve ser acentuado e servir de parâmetro para a decretação judicial da penetração. Assim, *o afastamento da personalidade é temporário e eventual, podendo a empresa voltar a funcionar (desde que tenha condições, para tanto), após o ressarcimento dos prejudicados*¹⁰⁵.

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, ao julgar o Recurso Especial n. 744107/SP, por meio de precisa técnica, decidiu:

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ("disregard doctrine"). HIPÓTESES. 1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, imputando-se ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. 2. No caso a desconsideração teve fundamento no fato de ser a controlada (devedora) simples *longa manus* da controladora, sem que fosse apontada uma das hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil de 2002. 3. Recurso especial conhecido¹⁰⁶.

Diga-se, de igual forma, em relação ao REsp 876974/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

¹⁰³ STJ. Resp 347524/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha – 5ª Turma – Data do julgamento: 18/02/03 – DJ 19/05/03.

¹⁰⁴ STJ. Resp 117359/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi – 2ª Turma – Data do julgamento: 13/08/2000 – DJ 11/09/2000.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.* p. 286.

¹⁰⁶ STJ. REsp 744107 / SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves - 4ª Turma – Data do julgamento: 20/05/2008 - DJe 12.08.2008.

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO PADEÇA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DECLARAÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADE SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE À PRESUNÇÃO DE FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. ARTS. 592, II E 596 DO CPC. NORMAS EM BRANCO, QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS DE FORMA SOLITÁRIA. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR E DO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. SÓCIOS NÃO RESPONDEM PELO PREJUÍZO SOCIAL. PRECEDENTES.

- Mesmo se manejados com o intuito de prequestionamento, os embargos declaratórios devem cogitar de alguma hipótese de omissão, contradição ou obscuridade, sob pena de rejeição.

- A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato.

- O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios.

- Os arts. 592, II e 596 do CPC, esta Turma já decidiu que tais dispositivos contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal, de maneira que não podem - e não devem - ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão “nos termos da lei”.

- Os sócios de empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não respondem pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e haja integralização do capital social. Recurso especial não conhecido¹⁰⁷.

Dos extintos Primeiro e Segundo Tribunal de Alçada Cível retiram-se certas

lições:

PENHORA - Execução por título extrajudicial - Sociedade comercial - Construção dos bens dos sócios - Não cabimento - Abuso na utilização do nome social não comprovado - **Hipótese de mera insuficiência de patrimônio da devedora - Desconsideração da pessoa jurídica inaplicável** - Recurso improvido.” (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ACÓRDÃO: 30472, PROCESSO: 0806095-9, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: São João da Boa Vista, JULGADOR: 1ª Câmara, JULGAMENTO: 21/09/1998, RELATOR: Silva Russo). (Grifou-se).

EXECUÇÃO - PENHORA - SOCIEDADE - BENS PESSOAIS DOS SÓCIOS - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NÃO JUSTIFICADA -

¹⁰⁷ STJ. REsp 876974 / SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – 3ª Turma – Data do julgamento: 09/08/2007 - DJ 27.08.2007 p. 236.

INADMISSIBILIDADE. A desconsideração da pessoa jurídica pode ser **excepcionalmente** decretada, contrariando a parêmia "universitas distat singulis", mas para tanto, quando se tratar de sociedade limitada, **prova inequívoca** deve haver de que os sócios **não integralizaram suas cotas sociais ou maliciosamente praticaram atos ilegais e ruinosos na sua administração**, transferindo para seu patrimônio pessoal bens ou valores da sociedade. (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Rev. 548.474-00/0 - 4ª Câ. - Rel. Juiz AMARAL VIEIRA - J. 29.6.99 Referências: Ap. s/ Rev. 494.427 - 1ª Câ. - Rel. Juiz SOUZA ARANHA RTJ 85/945, 82/936, 83/893, 101/1263, 112/812 ALEXANDRE DE PAULA - "Código de Processo Civil Anotado", RT, vol. III, 6ª ed., pág. 2.495. ANOTAÇÕES No mesmo sentido: JTA (RT) 108/456 (em.) EI 246.230 - 7ª Câ. - Rel. Juiz GILDO DOS SANTOS - J. 6.2.91 Ap. c/ Rev. 288.136 - 6ª Câ. - Rel. Juiz LUIZ HENRIQUE - J. 9.4.91 E. Dcl. 335.204 - 4ª Câ. - Rel. Juiz CARLOS STROPPA - J. 8.6.93 Ap. c/ Rev. 384.498 - 5ª Câ. - Rel. Juiz ISMERALDO FARIAS - J. 15.6.94 AI 428.553 - 2ª Câ. - Rel. Juiz DIOGO DE SALLES - J. 20.2.95 AI 427.720 - 9ª Câ. - Rel. Juiz FERRAZ DE ARRUDA - J. 22.3.95 AI 438.489 - 1ª Câ. - Rel. Juiz SOUZA ARANHA - J. 18.9.95 AI 488.038 - 9ª Câ. - Rel. Juiz FERRAZ DE ARRUDA - J. 7.5.97 Ap. c/ Rev. 499.053 - 7ª Câ. - Rel. Juiz LUIZ HENRIQUE - J. 2.12.97 AI 519.076 - 1ª Câ. - Rel. Juiz RENATO SARTORELLI - J. 9.2.98 AI 532.743 - 3ª Câ. - Rel. Juiz MILTON SANSEVERINO - J. 29.7.98 Ap. c/ Rev. 528.899 - 9ª Câ. - Rel. Juiz CLARET DE ALMEIDA - J. 4.11.98 Ap. c/ Rev. 532.312 - 8ª Câ. - Rel. Juiz NARCISO ORLANDI - J. 3.12.98 AI 575.177 - 1ª Câ. - Rel. Juiz MAGNO ARAÚJO - J. 3.5.99 AI 584.960-00/1 - 8ª Câ. - Rel. Juiz MILTON GORDO - J. 5.8.99). (Grifou-se).

Encerrando o presente capítulo, não é despiciendo lembrar a advertência de
Silvio Rodrigues:

Embora me pareça útil a eventual invocação dessa concepção, mesmo fora dos casos em que a lei o ordena, acho que ela só deve sê-lo em hipóteses excepcionais, pois, caso contrário, se passasse a ser procedimento rotineiro, iria negar-se vigência ao princípio básico da teoria da personalidade jurídica, consagrada no art. 20 do antigo Código Civil, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros¹⁰⁸.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é técnica excepcional que tão-só deve ser aplicada dentro dos estreitos limites da lei, sob pena de afastar dos objetivos que determinaram o seu surgimento e descarrilhar da legalidade que lhe serve de substrato.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.* p. 97.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SEARA ADMINISTRATIVA

4.1 SANÇÕES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

*A personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito*¹⁰⁹

A Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, regulamentando o art. 37, XXI, da Constituição Federal¹¹⁰, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública. Em seu art. 87, a referida lei estabeleceu sanções que poderiam ser aplicadas pela Administração àquelas empresas responsáveis pela inexecução total ou parcial do contrato. Destarte, apregoa o art. 87 da referida norma:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o

¹⁰⁹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 393.

¹¹⁰ 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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

As duas primeiras espécies de sancionamento – advertência e multa – são internas ao contrato, eis que há o exaurimento dos seus respectivos efeitos na esfera de cada contratação, enquanto que as outras duas – suspensão temporária e declaração de inidoneidade – possuem o condão de serem aplicadas fora dos limites do contrato administrativo que determinou sua aplicação¹¹¹.

Por suas próprias naturezas, advertência e multa refletem sanções de menor gravidade, adstritas à execução do respectivo contrato, não encontrando maior importância para o presente trabalho.

Já as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n. 8666/93 são consideradas de maior gravidade, prestando-se ao sancionamento de condutas relevantemente mais sérias.

A suspensão temporária de participar de licitação e declaração de inidoneidade parecem compor um gênero próprio de sanção, eis que as duas figuras retiram *do particular o direito de manter vínculo com a Administração*¹¹². Uma clara distinção entre os dois institutos é complicada:

O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe que aquela é reservada para infrações dotadas de maior reprovabilidade do que esta¹¹³.

Ao que parece, consoante se encontra na doutrina¹¹⁴, a diferença mais explícita que se apresenta entre essas duas espécies de sanção seria o prazo: o

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: dialética, 2004. p. 604.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 605.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 605.

¹¹⁴ *A mais nítida diferença entre as figuras é a do prazo. A suspensão temporária poderia ser decretada para o prazo máximo de dois anos, cabendo sua imposição à autoridade competente do órgão contratante. Já declaração de inidoneidade prevaleceria por prazo indeterminado (até*

inciso III do art. 87 da Lei n. 8666/93 ao estatuir a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração a norma expressamente estipula um prazo máximo de 2 (dois) anos de duração do sancionamento. Assim, é esse o lapso temporal máximo que a Administração pode impor quando sancionar o particular com essa específica medida. Já a declaração de inidoneidade não sofre limitação temporal para a sua aplicação pela norma. O dispositivo em apreço apenas vincula sua duração à existência dos motivos que determinaram a punição ou até que fosse promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Para esse tipo de punição o prazo seria indeterminado, podendo ir além de dois anos.

Definindo a penalidade de suspensão temporária, Hely Lopes Meirelles é incisivo:

A suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e de contratar com a Administração é penalidade administrativa com que geralmente se punem os inadimplentes culposos e aqueles que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato¹¹⁵.

Já a declaração de inidoneidade:

Não é, a rigor, uma penalidade contratual, mas, sim, uma sanção administrativa genérica, imposta por determinada entidade estatal, com a finalidade de impedir o acesso de pessoa física ou jurídica comprovadamente inidônea às licitações e contratações enquanto perdurarem os motivos que a ensejaram ou até que o punido promova sua reabilitação¹¹⁶.

Não é despreciando lembrar que essas duas punições podem ser aplicadas cumulativamente entre si, pois

cessarem os motivos da punição ou até que fosse promovida a “reabilitação” do punido), cabendo sua imposição à autoridade máxima do órgão ou entidade in JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 605.

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 230.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 230.

Uma conduta pode ser grave o suficiente para acarretar a rescisão unilateral do contrato pela Administração e para desencadear outras punições mas nem toda a rescisão contratual acarreta aplicação necessária das sanções dos incs. III e IV. Deve supor-se, porém, que a gravidade da conduta que acarreta as sanções dos incs. III e IV é tamanha que necessariamente terá de provocar a rescisão do contrato. Não se admite que o contrato seja mantido e se imponha ao particular sanção dos incs. III e IV¹¹⁷.

As definições acima elencadas são utilizadas para acentuar que o que se pretende é punir condutas reprováveis, caracterizadas pelo descumprimento de deveres legais e contratuais, notadamente quanto à suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Tais sanções se prestam à punição de condutas dotadas de maior reprovabilidade; condutas que encerram uma gravidade hábil a exigir imediata resposta da Administração.

Ora, se se faz uso da declaração de inidoneidade e da suspensão temporária pretende-se que a conduta do particular, passível de uma censura mais sólida, proibitiva e pedagógica, seja realmente repreendida, afastando o particular de futuras e eventuais relações com a Administração. Daí falar-se em eficácia do sancionamento, de modo a possibilitar que a medida coercitiva imposta alcance o objetivo determinado no seu nascimento.

4.2 EFICÁCIA DO SANCIONAMENTO IMPOSTO

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 605.

Como anteriormente já referenciado¹¹⁸, a personalidade conferida à pessoa jurídica e a proteção dela advinda em muitas vezes servia de escudo para que certas pessoas praticassem abuso de direito e atos fraudulentos em prejuízo de outros. A autonomia patrimonial outorgada pela personalidade jurídica incentivava tais práticas; a desconsideração veio para coibi-las. Não para mitigar o princípio da personalidade, mas para robustecê-lo, na medida em que o confirma, quando irregularmente dele se utiliza.

Na seara administrativa, *mutatis mutandis*, a personalidade jurídica pode, em algumas oportunidades, encobrir situações de manifesta fraude à lei, *in casu*, à Lei de Licitações.

Como visto no subcapítulo imediatamente acima, pode a Administração, quando de procedimentos licitatórios, dada a ocorrência de irregularidades de maior gravidade aplicar ao particular sanções administrativas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade. A questão que se enfrenta no presente trabalho se apresenta quando o particular, sob os auspícios da pessoa jurídica, é regularmente punido com uma daquelas sanções e, ato contínuo, constitui nova pessoa jurídica e passa a participar de novas licitações sem que se possa a esse novo ente serem imputadas as vedações anteriormente cominadas.

Ora, ainda que a pessoa jurídica não se confunda com a pessoa de seus sócios, administradores ou gerentes, por certo que lhes cabe a direção e gestão dela, com a escolha dos atos a serem praticados por ela. Se a Administração no desenvolvimento da licitação ou do próprio contrato administrativo identifica a ocorrência de ato irregular praticado pela pessoa jurídica passível de aplicação das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, ela pune a pessoa jurídica pela prática de ato dirigido pelos sócios, administradores ou gerentes. Ao

¹¹⁸ Veja-se, a propósito, o Capítulo 3.1.

constituir nova pessoa jurídica esses sócios, administradores ou gerentes, que dirigiam a pessoa punida, esquivam-se do sancionamento imposto pela Administração. Esvazia-se, nessa hipótese, o poder de punição da Administração.

Assim, mesmo que a irregularidade punida se revista da maior gravidade, a nova pessoa jurídica não poderia ser punida.

Em razão desse abuso da forma e com o explícito escopo de dotar o sancionamento imposto da devida eficácia que se aventou a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica criada com o propósito de esquiva para, identificados os sócios, administradores ou gerentes, estender a penalização a ela, suspendendo-a temporariamente da participação em licitação ou declarando-a inidônea para licitar ou contratar com a Administração.

Um dos pontos que parece convergir para a aceitação da desconsideração da personalidade jurídica por ato administrativo é calçar com a devida eficácia o sancionamento imposto pela Administração, sob pena de algumas sanções - suspensão temporária de participação em licitações, impedimento de contratar com a Administração por determinado tempo e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar - se perderem numa zona grínea de impunidade dado o abuso da personalidade jurídica.

Pode-se afirmar que a desconsideração da personalidade se consubstancia em um dos veículos de efetivação do princípio da eficiência¹¹⁹, que foi alçado a princípio constitucional da Administração Pública pela Emenda Constitucional n. 19/98. A *disregard doctrine*, aplicável à seara administrativa, impede que aquelas pessoas consideradas inidôneas para participar de licitação ou contratar, ainda que

¹¹⁹ O conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade in GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 19.

temporariamente no caso da sanção do art. 87, III, da Lei n. 8666/93, estabeleçam um vínculo obrigacional com a Administração, prestando um serviço ou construindo uma obra de qualidade censurável. Se a Administração pretende ser eficiente não pode contratar com pessoas que ofereçam serviços ou obras de qualidade francamente censurável. Da dinâmica do princípio da eficiência retira-se:

O atendimento desse princípio, cremos, vai mais além. De fato, certas situações não devem ser mantidas se o contrariarem. O agente público, em tais casos, deve tomar as medidas necessárias para pôr fim a certa situação tida, em termo de resultado, por desastrosa para o Estado¹²⁰.

Nesse ponto, não se pode dizer que age a Administração com eficiência quando contrata com pessoa jurídica, cujos sócios, administradores ou gerentes, eram os responsáveis pela direção de outra empresa punida pela prática de ato grave e devidamente sancionado pelas medidas previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n. 8666/93.

4.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração perpassa, primeiramente, a necessidade de fundamentação principiológica que ecoa do *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Nesse passo, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos

¹²⁰ GASPARINI, Diogenes. *Op. cit.* p. 20.

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve, obrigatoriamente, obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ora, a Administração se encontra visceralmente jungida ao mandato da lei¹²¹. Como já lecionara Odete Medauar, *o princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na fórmula: 'A Administração deve sujeitar-se às normas legais'*¹²². Assim, *ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza, expressa ou implicitamente*¹²³.

Assente que o princípio da legalidade possui estatura constitucional a vincular a atividade administrativa, alguns poderiam argüir a necessidade de lei a autorizar a aplicação da *disregard doctrine*. Em que pese a reverência a ser outorgada à legalidade, como reconhece Diógenes Gasparini:

Não importa (...) a ausência de legislação a respeito, pois não é dado ao juiz prestigiar a fraude ou abuso de direito, especialmente contra o interesse público, a pretexto de respeitar o princípio da consideração da pessoa jurídica que, com extremo rigor, separa a sociedade da pessoa dos seus sócios ou fundam no fato de que a lei é omissa¹²⁴.

Não bastasse, a possibilidade de dispor acerca de sancionamento administrativo afeta a licitações e contratos não encontra obstáculos na Constituição:

Cada entidade federada, ao disciplinar o sancionamento administrativo, poderá dispor com total liberdade acerca do assunto, desde que não

¹²¹ Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim' in MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86.

¹²² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 142.

¹²³ TÁCITO, Caio. *O princípio da legalidade: ponto e contraponto*. In MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba II: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 144.

¹²⁴ GASPARINI, Diógenes. *Disregard doctrine*. p. 188-189. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ingresse em matéria de legislação penal, o restante se enquadra no âmbito da autonomia local. Isso significa que as demais entidades da federação poderão, se o desejarem, reiterar as regras do art. 87, mas não poderão ser constrangidas a tanto¹²⁵.

Ora, se os entes federados podem dispor com total liberdade acerca da sistemática de sancionamento, por óbvio, que, de igual forma, podem regular os efeitos da imposição de sanções, eis que *quem pode o mais pode o menos (cui licet quod est plus, licet utique quod est minus)*.

Diga-se mais: ainda que não haja dispositivo legal a autorizar o uso da *disregard* administrativa, *não cabe à Administração pactuar com a fraude ou o abuso do direito praticados pela sociedade de fachada*¹²⁶. Ou seja, não seria razoável exigir-se um cego apelo à legalidade quando o particular age imbuído de manifesta má-fé, em franca fraude à lei. Mas, alerte-se que: ainda que se prescindia de lei autorizando a utilização da teoria da desconsideração em procedimentos licitatórios, não se pode querer, de igual forma, dispensar a observância a outros princípios, de envergadura constitucional, que adiante serão melhor explicitados. Ou seja, o que se disse anteriormente deve ser compreendido restritivamente e refere-se tão-somente à exigibilidade ou não de lei prévia e expressa para a utilização da *disregard* – no mais, a legalidade subsiste -, pois, essencialmente, ela vai encontrar sua legitimidade não em uma lei específica, mas em todo o ordenamento jurídico e nos princípios que o informam. Os princípios da eficiência e da moralidade administrativa, ambos de igual modo, albergados no *caput* do art. 37 da Constituição impõem o uso da desconsideração quando presentes seus pressupostos. O princípio da eficiência como condutor da *disregard* já foi apontado em oportunidade

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 606.

¹²⁶ GASPARINI, Diogenes. *Disregard doctrine*. p. 209. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

anterior¹²⁷. O princípio da moralidade administrativa impõe, tanto para a Administração quanto para o administrado que com ela se relaciona¹²⁸, uma conduta consentânea com postulados morais básicos:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa¹²⁹.

Diante da clara lição trazida pela Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não há como se defender que a utilização indevida da pessoa jurídica não encontre no princípio da moralidade um obstáculo intransponível.

Apesar da abertura feita pela doutrina acerca da desnecessidade de existência de permissivo legal, cumpre aclarar que já aflorou no direito brasileiro, como instituto expressamente delimitado, a partir da autonomia legislativa conferida pela Constituição aos Estados da Federação¹³⁰, a *disregard* administrativa: primeiramente, com a legislação baiana, por meio da Lei Estadual n. 9433/2005; secundariamente, pela Lei Estadual n. 15608/07 do Estado do Paraná.

Pioneiramente, o Estado da Bahia, em 1º de março de 2005, edita a Lei Estadual n. 9433, que em seu art. 200 inova a ordem jurídica ao autorizar

¹²⁷ A propósito, veja-se Item 4.2.

¹²⁸ *O princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública* in DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 79.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.* p. 79.

¹³⁰ A Constituição Federal de 1988 estatui que art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.* A competência legislativa privativa da União se restringe a normas gerais de licitações e contratos, não havendo óbice a atividade legiferante dos Estados em para normas de natureza específica.

expressamente em procedimentos licitatórios a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração, nos seguintes termos:

Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.

De igual forma, em 16 de agosto de 2007, o Estado do Paraná, por meio da Lei Estadual n. 15608, estatui que:

Art. 158. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade:
I – às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócios;
II – as pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.

Ainda que possa existir uma discussão acerca da necessidade ou não de lei autorizadora, a experiência brasileira, pelo que se pode colher da jurisprudência, ainda se mostra tímida na utilização da *disregard* administrativa. Em realidade, pouco se vislumbrou o uso da teoria sem a existência de lei prevendo-a expressamente. O próprio Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, ao que parece numa única vez¹³¹, no ano de 2003, cujo teor da ementa a seguir se transcreve:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO

¹³¹ Tal afirmação não é peremptória, no entanto, a consulta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, via sítio eletrônico desse tribunal, milita em favor dessa assertiva.

DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento¹³².

Ao regulamentar a desconsideração por ato da Administração as leis administrativas da Bahia e do Paraná, ao que parece, adotaram uma desconsideração subjetivista, na medida em que o foco se concentra na pessoa dos responsáveis pela formação da pessoa jurídica. Ora, tendo em vista os dispositivos legais, tanto o do nordeste quanto o do sul do país, a concepção adotada se afigura expressamente subjetivista, na medida em que opera verdadeira persecução a figura dos sócios. No entanto, a adoção de uma concepção subjetivista não se faz pelos argumentos apontados para a aplicação da desconsideração na seara cível¹³³, haja vista a desnecessidade de comprovação de má-fé, essa, ao que parece, resta presumida, quando se tenta, por meio da constituição de nova pessoa jurídica, burlar a sanção administrativa anteriormente imposta.

A *disregard* administrativa exige, para sua hígida aplicação, que se desenvolva em estrita obediência ao devido processo legal. Ora, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, expressamente assegura que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Nesse esteio, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade configuram sanções que impedem o

¹³² STJ. RMS 15166 / BA. Rel. Min. Castro Meira. 2ª Turma. Data do julgamento: 07/08/2003. DJ 08/09/2003 p. 262. RDR vol. 27 p. 378. RSTJ vol. 172 p. 247.

¹³³ Veja-se, a propósito, o Capítulo 3.3.

estabelecimento de um vínculo obrigacional com a Administração. Ao estender os efeitos dessas medidas a outra pessoa jurídica importa em restrição de direito, e tal mitigação deve ser imposta através do devido processo legal em âmbito administrativo. Com o advento da nova ordem constitucional, não sobrevivem mais dúvidas acerca da aplicabilidade administrativa do devido processo legal. É o que ecoa do próprio Supremo Tribunal Federal: *o entendimento desta Corte é no sentido de que o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos*¹³⁴.

Ao lado do devido processo legal, como acima referenciado, a garantia do contraditório e da ampla defesa se apresenta plenamente aplicável quando da desconsideração, eis que, por força constitucional (art. 5º, LV), *a todos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que *o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas ou jurídicas*¹³⁵.

Ora, ao se pretender a utilização da *disregard* administrativa tenciona-se dotar de eficiência o poder sancionador do Estado. Nesse passo, a extensão dos efeitos das medidas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade tão-somente terá validade se garantidos o contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Esse é norte a ser seguido pela Administração ao se deparar com o abuso de forma da pessoa jurídica.

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com enunciado que vem da Carta Magna inglesa : ninguém será

¹³⁴ STF. AI 592.340-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-11-07, DJ de 14-12-07.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 552.

privado de seus bens ou direito sem o devido processo legal (art. 5, LIV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais¹³⁶.

Como bem lembrado por José Afonso da Silva, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa formam o conjunto de garantias processuais outorgadas constitucionalmente ao particular, de reflexo obrigatório quando da aplicação da *disregard* administrativa. São esses princípios que resguardam o particular da arbitrariedade do Estado quando da aplicação da teoria da desconsideração.

Quando se defendeu anteriormente que, no direito privado, a aplicação da *disregard doctrine* deveria perquirir, ante de mais nada acerca da existência de outras hipóteses de responsabilização pessoal, direta ou subsidiária dos sócios, controladores, gerentes ou administradores, erigindo como requisito negativo¹³⁷, tal modalidade perde sua razão de ser quando da aplicação administrativa. A utilização da *disregard* administrativa em procedimentos licitatórios só se tornou possível e necessária dada a lacuna observada quando da aplicação das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade. A teoria da desconsideração é incorporada ao direito administrativo pois, imposto o sancionamento quando do procedimento licitatório, não havia como responsabilizar aqueles mesmos sócios que, imbuídos de manifesto propósito de esquiva à punição da Administração, constituíam nova pessoa jurídica. Não existe outra saída possível ou outro modo permitido de coibir o abuso da forma, eis que se pretende a extensão de punições administrativas preteritamente cominadas a uma pessoa jurídica a outra que não

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 431.

¹³⁷ A propósito, veja-se o Item 3.4 do presente trabalho.

participou da relação jurídica originária, ou seja, estranha ao vínculo obrigacional mantido com a Administração.

Destarte, a aplicação correta da *disregard* administrativa reivindica, num primeiro momento e por óbvio, a existência de umas das sanções previstas no art. 87, III e IV, da Lei n. 8666/93, regularmente impostas à pessoa jurídica, eis que tal fato é seu pressuposto. As sanções do art. 87, III e IV, da Lei n. 8666/93 são pressupostos para a própria existência da *disregard* administrativa. Assim, deve preceder a decretação da desconsideração.

O art. 50 do Código Civil, já citado anteriormente, manifestamente apregoa que em caso de abuso da personalidade jurídica pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações jurídicas sejam estendidos aos bens particulares dos sócios, no âmbito administrativo, o que se pretende estender às pessoas dos sócios, e não aos seus bens, são os efeitos de sanções aplicadas pela Administração quando do desenvolvimento do contrato, notadamente, da aplicação de determinadas sanções quando da inexecução total ou parcial do contrato.

Ora, como é possível abstrair do dispositivo, os efeitos da desconsideração, na sistemática adotada pelo Código Civil, possuem um escopo manifestamente patrimonial (*bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*) e afeto a relações específicas, determinadas, que não poderiam ser suportadas tão-somente pelo patrimônio da pessoa jurídica.

Ao se atravessar a linha que distingue o direito civil do administrativo, a *disregard* se afasta do seu escopo originário – a satisfação de determinado crédito, com a busca no patrimônio dos sócios da pessoa jurídica. Não se pretende uma

invasão em patrimônio para a satisfação de eventual crédito, mas verdadeira extensão da punição administrativamente imposta.

Se a teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica nasceu para coibir o *abuso de direito*, caracterizado pela fraude na sua utilização da pessoa jurídica e incentivado por sua autonomia patrimonial, um dos efeitos da personalização, a *disregard* administrativa vai refrear o *abuso da forma*, que restou estimulado por outro efeito da aquisição da personalidade, qual seja, a distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica.

A separação entre a pessoa jurídica e a figura dos sócios, de certo modo, levou indivíduos de índole duvidosa, sob o pretexto de se esquivar da punição administrativa, constituir nova pessoa jurídica passando a usufruir dos benefícios inerentes à manutenção de um vínculo obrigacional com a Administração. Essa atuação, divorciada da boa-fé, deve ser coibida pelo Estado.

Na *disregard* administrativa, há que se lançar luzes sobre o quadro societário e a partir dele e do seu cotejo propor a extensão dos efeitos das sanções impostas pela Administração à pessoa jurídica estranha à relação obrigacional originária, sempre com lastro no devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Identificado o abuso da forma cumpre à *disregard* administrativa coibi-lo.

Ao lado do abuso da forma, poder-se-ia aventar a existência de outro requisito ligado ao seguinte questionamento: a constituição da sociedade de fachada deve ser posterior à punição administrativa? Ao que parece, não. Limitar a aplicabilidade da *disregard* administrativa a sociedades constituídas após o sancionamento pela Administração importa esvaziar o conteúdo da teoria. Ora, o escopo da teoria é obstaculizar o abuso da forma levado a efeito com a constituição de uma sociedade de fachada. Ocorre que nada impede que maus administradores, já cientes da

possibilidade de aplicação de determinada sanção em procedimento licitatório, se antecipem ao poder sancionatório do Estado e constituam nova empresa antes mesmo do término do processo administrativo que culminaria na aplicação de uma suspensão temporária ou declaração de inidoneidade; ou mesmo que, antes de qualquer participação efetiva em certame, procedam esses mesmos maus administradores à constituição de uma sociedade de fachada, deixando-a inerte, para dela fazerem uso tão-só quando do eventual nascimento de uma necessidade.

Ao se falar em desconconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração vislumbra-se, dede logo, a modificação, relativamente à teoria civilista da *disregard*, da competência para sua aplicação. Por óbvio, alterou-se a competência para aplicação da medida, deslocando-a do Judiciário para a Administração. A desconconsideração não é mais ato exclusivo do Judiciário. Tendo em vista que a licitação, por força do art. 37, XXI, da Constituição, é a regra para obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública em geral, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, atribui-se a esses entes a legitimidade para, em procedimentos licitatórios, presentes os requisitos autorizadores, levantar o véu da personalidade jurídica e estender os efeitos das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n. 8666/93 para a nova pessoa jurídica, constituída por aqueles sócios que também integravam o quadro societário da empresa anteriormente punida. Como leciona Diógenes Gasparini, *a decretação da disregard administrativa cabe ao Juiz ou à autoridade administrativa competente, mediante, respectivamente, a prática dos devidos atos jurisdicionais e administrativos*¹³⁸.

Com a *disregard* administrativa tem-se a abertura da competência para a sua aplicação. E a competência para a prática de um ato administrativo – *in casu* a

¹³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Disregard doctrine*. p. 209. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

extensão dos efeitos de sanções aplicadas quando da execução de contrato, superando a personalidade da pessoa jurídica – é dada pela lei. A competência, elemento vinculado do ato administrativo¹³⁹, ligada a idéia de sujeito, é necessariamente decorrente da norma positivada. Dessarte, compete à lei definir o agente público competente para aplicação da *disregard* administrativa. No silêncio da norma, *a competência é do agente público de maior hierarquia dentro da entidade interessada na decretação, que pode, desde que formal e autorizado legalmente delegá-la*¹⁴⁰. Diga-se ainda que, como alertado por Diógenes Gasparini:

A Comissão Permanente de Licitação, aparentemente, não tem competência para decidir sobre a desconsideração da pessoa jurídica, mesma que seja comum seu uso para fraudar os certames licitatórios. Dentre suas inúmeras atribuições não se encontra, nem implicitamente, a de decretar a desconsideração da pessoa jurídica proponente a um desses certames¹⁴¹.

Tanto a Lei n. 9433/2005 do Estado da Bahia quanto a Lei n. 15608/2007 do Estado do Paraná nada mencionam acerca da competência para sua aplicação. Nessa hipótese, como já referenciado, a competência para a aplicação da *disregard* administrativa do agente público de maior hierarquia da entidade interessada.

Ora, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica por ato da Administração em procedimentos licitatórios está se consolidando como instrumento de veiculação da eficiência administrativa a ofertar um maior prestígio à boa-fé nas relações que estabelece com particulares.

¹³⁹ Ainda que alguns entendam que sujeito não é elemento do ato, seja porque aquele que pratica não pode fazer parte do ato produzido (MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo* 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 367), seja porque o entenda como aspecto do ato administrativo (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 194).

¹⁴⁰ GASPARINI, Diogenes. *Disregard doctrine*. p. 204. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁴¹ GASPARINI, Diogenes. *Disregard doctrine*. p. 204. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista o antes exposto, é possível concluir que a teoria da desconsideração de personalidade jurídica ou a *disregard doctrine*, de matiz de Direito Privado, pode hialianamente ser aplicada no Direito Público, notadamente no Direito Administrativo, como forma de coibir desvirtuamentos vislumbrados em procedimentos licitatórios.

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica, efeito da aquisição da personalidade, quando abusivamente utilizada, fez nascer a teoria da desconsideração. Da necessária distinção entre as figuras dos sócios e da pessoa jurídica cria-se a *disregard* administrativa. Ora, quando o Direito Administrativo se apropria da teoria, o faz erigindo outros pressupostos, que não aqueles classicamente conhecidos pela teoria maior da desconsideração. O abuso de direito é substituído pelo abuso da forma. Dispensa a verificação do requisito negativo - inexistência de responsabilização direta, solidária, subsidiária ou pessoal, imputável ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica -, eis que tão-só se utiliza da teoria, pois inexistentes outros meios de coibir o abuso da forma.

Ainda, a abertura da competência para a sua aplicação, que não mais se restringe ao Poder Judiciário e se estende também à Administração, permite um controle maior da liceidade dos objetivos da pessoa jurídica, figura imprescindível a uma sociedade grandemente fulcrada em relações obrigacionais. Se os objetivos da pessoa jurídica se afastam de um mínimo de liceidade, essa deve ser, de alguma forma, coibida ou limitada pelo ordenamento jurídico. A boa-fé objetiva, tão apregoada na atualidade, o exige.

O comportamento ético exigido das pessoas jurídicas não pode se limitar ao restrito âmbito privado, quando o particular buscar contratar com a Administração deve guardar os mesmos postulados éticos que tenta impor em sua vida comercial.

Ademais, ao se aplicar a teoria da desconsideração no Direito Administrativo se concretiza aquilo que a Constituição deixou como norte: moralidade e eficiência para a Administração Pública. Assim, tais princípios deixam de se consubstanciar em meros recursos retóricos, objetos de divagações que não encontram na realidade fática o necessário reflexo, para solidificar uma cultura real, palpável aos dedos das mãos, de observância a preceitos e regras de conduta que encontram na *Constituição Cidadã* seu substrato.

A adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em última análise, reforça a boa-fé que deve ser observada pelo administrador público e pelo particular que com ele contrata.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAHIA. Lei n. 9433, de 1º de março de 2005. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Estado da Bahia, 02.03.2005.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, 22.6.1993.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3 ed. São Paulo: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. Comentado o art. 50 do Código Civil. FIÚZA, Ricardo (org.). *Novo código civil comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Curso de direito civil brasileiro. 18 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In ALVIM, Alvim; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (org.). *Aspectos controvertidos do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIÚZA, César. *Direito civil*. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANS, Martins. *Curso de direito empresarial*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Disregard doctrine*. p. 204. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: dialética, 2004. p. 604.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LINS. Daniela Storry, *aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do Consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo* 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PARANÁ. Lei n. 15608, de 16 de agosto de 2007. Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná. Diário Oficial do Estado do Paraná, n. 7537, de 16/08/2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Marcela Capachi Nogueira. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das penalizações administrativas*. In http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_162.html. Acessado em 08/04/08.

SOUZA, Carlos Gustavo de. *Direito de empresa: organização e estruturas societárias*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

TÁCITO, Caio. *O princípio da legalidade: ponto e contraponto*. In MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba II: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.