

Universidade Gama Filho

Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo

LUCIANA DE OLIVEIRA BENEDETE CARDOSO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
sua aplicação na esfera administrativa**

**São Paulo
2009**

Universidade Gama Filho

Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo

LUCIANA DE OLIVEIRA BENEDETE CARDOSO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
sua aplicação na esfera administrativa**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito final à obtenção do grau de
Especialista em Direito Administrativo.

Professora Orientadora: Juliana Sebusiani
Resende

**São Paulo
2009**

Universidade Gama Filho

Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo

LUCIANA DE OLIVEIRA BENEDETE CARDOSO

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
sua aplicação na esfera administrativa

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito final à obtenção do grau de
Especialista em Direito Administrativo.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora: Juliana Sebusiani Resende

DEDICO este trabalho primeiramente a Deus, Senhor da minha vida e a quem tudo devo.

*Também a uma pessoa de cabelos brancos, que não pôde estudar na infância e que não tem conhecimento do quanto isto significa, mas que sem a sua ajuda este sonho seria impossível de ser concretizado, **minha avó Ilena** com mais de 80 anos de idade.*

Também ao meu pai, in memória, uma pessoa que foi e sempre será muito importante e especial na minha vida.

AGRADEÇO profundamente

Ao meu amado marido Sidnei Gomes Cardoso, pelo incondicional apoio e dedicação em todos esses anos juntos, por sonhar ao meu lado e por assumir as minhas funções em casa para que eu pudesse chegar até aqui;

às minhas filhas Beatriz e Gabriela por compreenderem minha ausência e estarem sempre dispostas a ajudar, todo o meu afeto;

à minha família, em especial à minha mãe, por estarem presentes nas horas mais difíceis;

à minha irmã Daniela por estar em constante oração por mim;

à Yara, Assessora de Licitações do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por quem tenho grande admiração e que me orientou na escolha do tema;

aos queridos amigos do serviço que estiveram sempre me apoiando nesta caminhada, um grande abraço como demonstração de minha estima.

Guardamos a regra de ouro na memória: está na hora de colocá-la em prática.

Edwin Markham

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo e análise da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito administrativo, especificamente no que pertine à aplicação das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade de licitar e de contratar com a Administração Pública a empresa criada com o fim de burlar a aplicação da lei de licitações.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica encontra ampla aplicação em diferentes ramos do direito. Tem esta doutrina a finalidade de combater atos fraudulentos praticados por sócios ou dirigentes que, abusando da autonomia patrimonial da sociedade, a utilizam como verdadeiro instrumento de sua atividade ilícita.

Defende-se, neste trabalho, a idéia de que, apesar de a Lei de Licitações não prever a desconsideração da personalidade jurídica, ela tem significativa importância no Direito Administrativo em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim quando o interesse privado tenta sobrepor-se ao público através de artifícios, o Estado necessita de instrumentos, como a desconsideração da personalidade jurídica, para se defender.

Palavras chave: Abuso de direito. Fraude. Desconsideração da personalidade jurídica.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto el estudio y el análisis de la aplicación de la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica en el derecho administrativo, específicamente en lo que atañe a la aplicación de las penalidades de suspensión y de declaración de idoneidad para licitar e contratar con la Administración Pública y a la empresa creada con el fin de burlar la aplicación de la ley de licitaciones.

La teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica encuentra amplia aplicación en diferentes ramos del derecho. Esta doctrina tiene la finalidad de combatir actos fraudulentos practicados por socios o dirigentes que, al abusar de la autonomía patrimonial de la sociedad, la utilizan como verdadero instrumento de su actividad ilícita.

En este trabajo se defiende, la idea de que, a pesar de la Ley de Licitaciones no prever la desconsideración de la personalidad jurídica, tiene significativa importancia en el Derecho Administrativo ante el principio de la primacía del interés público sobre el privado. Así, cuando el interés privado intenta sobreponerse al público a través de artificios el Estado necesita utilizarse de instrumentos, como la desconsideración de la personalidad jurídica, para defenderse.

Palabras clave: Abuso de derecho. Fraude. Desconsideración de la personalidad jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	11
1.1 CONCEITOS	
1.1.1. Pessoa	11
1.1.2. Pessoa jurídica.....	12
1.1.2.1.Pessoa jurídica no Código Civil de 1916.....	14
1.1.2.2.Pessoa jurídica no novo Código Civil de 2002.....	15
1.1.3. O que se entende por desconsideração da personalidade jurídica?.....	16
1.2. ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA	
1.2.1. Formação da doutrina	19
1.2.2. Surgimento da teoria no Brasil.....	20
2. APLICAÇÕES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	23
2.1. DIREITO DO CONSUMIDOR	23
2.2. DIREITO TRIBUTÁRIO	26
2.3. DIREITO DO TRABALHO	28
2.4. DIREITO EMPRESARIAL.....	30
2.5. DIREITO CIVIL	32
2.6. DIREITO AMBIENTAL.....	34
2.7. PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS	35
3. APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO	40
4. CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A sociedade não se confunde com seus sócios constituintes, mas isso não pode ser interpretado como dogma. O princípio da autonomia da pessoa jurídica não pode servir como esconderijo para prática de atos contrários à boa-fé.

Essa teoria foi criada com a intenção de coibir o mau uso da pessoa jurídica: visa, de um lado, impedir a prática de fraudes e abusos de direito acobertados pela pessoa jurídica e, de outro, resguardar os direitos inerentes a esse instituto.

Este trabalho busca responder a algumas questões, dentre elas: se o patrimônio da sociedade juridicamente organizada não se confunde com o dos sócios, não constitui um abuso levar os sócios a responder por dívidas da sociedade? Por outro lado, o Direito poderia silenciar diante dos prejuízos sofridos pelos credores quando, em nome da sociedade, se assume compromissos que ela não tem como honrar? Como harmonizar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com a necessidade de assegurar a defesa dos inocentes ante a sanha daqueles que utilizam a sociedade como instrumento de seu *consilium fraudis*? Ao longo da exposição a seguir será buscada a resposta a essas questões.

O presente trabalho será desenvolvido em três partes:

A primeira parte busca responder à questão “o que é desconsideração da personalidade jurídica?” Ela será respondida com uma tentativa de conceituação e um pequeno histórico. Destacará também a importância dessa doutrina.

O segundo capítulo aborda a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos diferentes ramos do direito.

O terceiro trata especificamente da utilização da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo.

A metodologia do presente trabalho é a pesquisa bibliográfica e documental, como pode ser verificado nas referências.

Feitas estas considerações, é possível iniciar uma conceituação e um esboço histórico da doutrina em tela.

1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A apresentação normalmente esperada seria iniciar pela formação histórica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e depois apresentar seu conceito. Todavia, conceituar apenas a desconsideração parece insuficiente para se entender a figura jurídica. Por isso, este trabalho se inicia por algumas conceituações, para depois apresentar a formação histórica da desconsideração da personalidade jurídica.

1.1 CONCEITOS

Para manter uma razoável clareza conceitual, serão apresentados abaixo os elementos formadores dos conceitos de pessoa, pessoa jurídica e desconsideração da personalidade jurídica. Como é sabido, o direito admite a existência de dois tipos de pessoas: a pessoa física ou natural e a pessoa jurídica.

1.1.1 Pessoa

Para fins de direito (objetivo), ser pessoa é ter a capacidade de ser titular de direitos (subjctivos) e deveres. Diz o artigo 1º do Código Civil:

“Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Como salienta Fábio Ulhoa Coelho, homens e mulheres são todos considerados pessoas para o direito, isto é, aptos a titularizar direitos e obrigações e autorizados à prática dos atos jurídicos em geral (COELHO, 2006, p. 156).

Portanto, basta ao ser humano existir para ter a possibilidade de ser titular de direitos. A isso se chama **personalidade** (RODRIGUES, 2002, p. 35), toda pessoa natural ostenta o atributo da personalidade (COELHO, 2006, p. 157).

Além dos homens, existem também organismos que são titulares de direitos e deveres: são as **pessoas jurídicas**. Elas serão o objeto da exposição que se segue.

1.1.2 Pessoa Jurídica

A expressão pessoa jurídica deriva do direito romano-germânico e é utilizada também na Alemanha, na Itália e na Espanha. A Suíça e a França utilizam “pessoa moral” e Portugal “pessoa coletiva” (BRUSCHI, 2004, p. 5).

No dizer de Silvio Venosa:

O ser humano, pessoa física ou natural, é dotado de capacidade jurídica. No entanto, isoladamente é pequeno demais para a realização de grandes empreendimentos. (...) As pessoas jurídicas surgem, portanto, ora como conjunto de pessoas, ora como destinação patrimonial, com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. (VENOSA, 2005, p. 255).

Na conceituação de pessoa jurídica, é possível apoiar-se no Vocabulário Jurídico, que define:

A expressão pessoa jurídica é adotada para designar instituições, corporações, associações e sociedades que, por força ou determinação da lei, se personalizam, tomam individualidade própria, para constituir uma entidade jurídica, distinta das pessoas que a formam ou que a compõem. (DE PLÁCIDO E SILVA, 2004, p. 1041).

Segundo Maria Helena Diniz:

A entidade jurídica criada pela pessoa física: é mera criação do pensamento humano para atingir determinados fins. É condicionada por três requisitos: a) organização de pessoas ou de bens; b) licitude de propósitos ou finalidades; c) capacidade jurídica. (DINIZ, 2006, p. 230).

Para a organização de pessoas ou de bens, é fundamental a vontade humana criadora, seja pela pluralidade de membros se transformando numa unidade, com uma finalidade comum, seja pela vontade do instituidor em destinar bens para integrar a pessoa jurídica.

Além disso, é a lei que dita as regras a que essa vontade preexistente deve obedecer, para gozar das prerrogativas existentes na vida civil. Entre essas regras avulta a que exige a presença de fim lícito para a criação de uma sociedade.

Ao versar sobre a matéria, a Professora Ada Pellegrini Grinover assevera que a idéia de pessoa jurídica, em nosso ordenamento, representa instrumento legítimo para a consecução de interesses das mais diversas ordens e que a criação da pessoa jurídica liga-se à idéia da limitação da responsabilidade dos sócios pelos atos praticados sob o manto da sociedade (GRINOVER, 2004, p. 7).

Com a possibilidade de acumulação de capital para grandes empreendimentos, o Estado tem interesse na criação de sociedades. Diz Kriger:

Para estimular a realização de associações e incentivar os homens a concentrarem recursos e esforços no sentido de realizarem o ideal comum, o Estado valeu-se da personificação societária, através da qual outorga ao ente assim criado a aptidão para o exercício e aquisição de direitos. (KRIGER, 1994, p. 19).

A Professora Maria Helena Diniz assim doutrina:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. (DINIZ, 2006, p. 299).

Silvio Rodrigues, ao tratar do tema, sintetiza:

Pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil. (RODRIGUES, 2002, p. 86).

Oportuna é a lição do Professor Rubens Requião, ao dizer que:

O direito foi criado em atenção ao indivíduo, tendo por objetivo ordenar sua conveniência com outros indivíduos. O exercício de seus direitos, embora privados, deve atender a uma finalidade social (...). O sujeito não exercitará seus direitos

egoisticamente mas tendo em vista a função deles, a finalidade social que objetivam. O ato, embora conforme a lei, se for contrário a essa finalidade, é abusivo. (REQUIÃO, 2002, p. 755).

Como nos ensina Marçal:

Personificação societária envolve uma sanção positiva prevista pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma de incentivo, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração de riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afigura-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideias comunitários. O progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares mas ao próprio Estado [...] Para estimular a realização dessas associações e incentivar os seres humanos à concentração de recursos e esforços, o Estado vale-se da “personificação societária”. A atribuição de personalidade jurídica corresponde, assim, a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito a quem adotar a conduta desejada. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 49).

Entender o que seja personalidade jurídica parece fundamental antes de tratar da sua desconsideração. Por isso, é conveniente verificar quais são as exigências da lei brasileira para a existência da personalidade jurídica. Para isso, os Códigos Civis de 1916 e de 2002 serão tomados como guias.

1.1.2.1 Pessoa Jurídica no Código Civil de 1916

O Código Civil revogado exigia o preenchimento dos requisitos dos artigos 18 e 19 para que a pessoa jurídica passasse a existir. O seu nascimento se dava através de um ato de vontade dos membros da sociedade, fossem estas pessoas físicas ou jurídicas.

Art.18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.

Parágrafo único. Serão averbadas no registro as alterações que esses atos sofrerem.

Art.19. O registro declarará:

I- a denominação, os fins e a sede da associação ou fundação;

II- o modo por que se administra e representa ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente;

- III- se os estatutos, o contrato ou o compromisso são reformáveis no tocante à administração, e de que modo;*
- IV- se os membros respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais;*
- V- as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio neste caso.*

No mesmo Código constavam outras disposições que não podem ser olvidadas, como:

A partir do momento em que seus atos constitutivos eram registrados, a sociedade adquiria vida ou personalidade jurídica e passava a ser titular de direitos e obrigações, e era representada, conforme o artigo 17 do Código Civil de 1916, “ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou não o designando, pelos seus diretores”.

Já o artigo 20 previa a capacidade autônoma, desde que não excedidos os poderes de representação definidos no ato constitutivo, ao afirmar que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Os atos praticados pelo representante legal em nome da sociedade vinculavam somente a pessoa jurídica. Entretanto, se o representante ultrapassasse os poderes conferidos no contrato social, a sociedade não seria responsável, pois quem pratica o ato ilícito não é a pessoa jurídica e sim a pessoa física que a representa (BRUSCHI, 2004, p. 8).

Como as disposições acima não estão mais em vigor, é preciso verificar o que diz o Código Civil de 2002.

1.1.2.2 Pessoa Jurídica no Código Civil de 2002

As disposições gerais sobre as pessoas jurídicas no Novo Código estão contidas no Livro I, Título II, Capítulo I, nos artigos 40 a 52.

A pessoa jurídica responde pelo cumprimento das obrigações contraídas em seu nome. Isto significa que, via de regra, na execução das sociedades de capital, não serão alcançados os bens dos sócios ou dos administradores. Todavia, é preciso distinguir as sociedades de pessoas de sociedades de capital. No caso das sociedades de pessoas, a responsabilidade dos sócios (na sociedade em nome coletivo), ou do sócio administrador (na sociedade em comandita simples em sociedades em nome coletivo) por débitos da sociedade é ilimitada,

solidária e subsidiária, ou seja, executam-se os bens dos sócios quando os bens da sociedade forem insuficientes para quitar os débitos. Nas sociedades de capital há plena separação entre patrimônio dos sócios e patrimônio da sociedade. Como a desconsideração da personalidade jurídica é remédio específico para as sociedades de capital, é destas que se estará falando daqui em diante quando se mencionar a expressão sociedade.

Havendo, então, abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, admite-se, no Novo Código Civil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), fazendo os bens particulares dos sócios responderem por certas obrigações.

Devido a essa autonomia e à exclusão da responsabilidade dos sócios, às vezes, a pessoa jurídica se desvia de seus fins, cometendo fraudes. Para coibir esses abusos surgiu a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Para entender o significado da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, parece importante estudar suas origens e seu desenvolvimento. Este estudo será feito a partir de seu desenvolvimento no mundo, prosseguindo com a análise de sua aplicação no Brasil.

1.1.3 O que se entende por Desconsideração da Personalidade Jurídica?

O acórdão proferido na Apelação Cível nº 9.247, julgado em 11.4.1955, considerado como o *leading case* sobre a matéria no Brasil, relatado pelo Desembargador Edgar de Moura Bittencourt observava: “a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu e entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito” (TJ/SP – Revista dos Tribunais, 238 - 394).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como teoria da penetração ou do superamento da pessoa jurídica, não visa acabar com a autonomia da pessoa jurídica, conforme artigo 20 do revogado Código Civil de 1916, mas aprimorar a separação dos patrimônios, tornando ainda mais eficaz a autonomia dos seus membros, impedindo fraudes e abusos de direitos, permitindo a validação dos atos praticados em relação a terceiros de boa-fé (BRUSCHI, 2004, p. 9).

Segundo Kriger, a desconsideração da pessoa jurídica significa tornar ineficaz, para o caso concreto, a personificação societária, atribuindo-se ao sócio ou sociedade condutas que,

se não fosse a superação, seriam imputadas à sociedade ou ao sócio respectivamente (KRIGER, 1994, p. 21).

Como bem salienta Silvio Rodrigues, o que pretendem os adeptos da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é justamente permitir ao juiz erguer o véu da pessoa jurídica, para verificar o jogo de interesses que se estabeleceu em seu interior, com o escopo de evitar o abuso e a fraude (...). Quando se recorre à ficção da pessoa jurídica para enganar credores, para fugir à incidência da lei ou para proteger um ato desonesto, deve o juiz esquecer a idéia de personalidade jurídica para considerar os seus componentes como pessoas físicas e impedir que, por meio do subterfúgio, prevaleça o ato fraudulento (RODRIGUES, 2002, p. 96).

Na verdade, é preciso resguardar a figura da pessoa jurídica, pois o problema reside no mau uso e não no próprio instituto.

É possível desconsiderar a personalidade jurídica para um fim determinado e preservá-la quanto a outros.

Marçal Justen Filho lembrou que “o abuso da pessoa jurídica indica a atividade atípica, descontrolada e insuportável” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 121) e prevê a desconsideração da personalidade jurídica societária “ao dispor caracterizar-se o abuso de poder por parte do acionista controlador quando pratica as condutas vedadas através de uma sociedade na qual tenha interesse” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 148).

Correta é, pois, a afirmação de que a personalidade jurídica “será ignorada apenas no julgamento da conduta fraudulenta ou abusiva da pessoa que a utilizou indevidamente, permanecendo existente, válida e eficaz com relação a todos os demais aspectos de sua vida jurídica” (COELHO, 1992, p. 40).

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Pela teoria da desconsideração, o juiz pode deixar de aplicar as regras da separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras. (COELHO, 2008, p. 41).

Todavia, se a pessoa jurídica atender a todos os requisitos previstos no estatuto ou contrato social, seguindo seus parâmetros legais e cumprindo os objetivos para os quais foi constituída, e não ocultar atos fraudulentos ou ilegais praticados pelos seus membros, ficará impossível penetrar na esfera patrimonial de qualquer dos seus sócios: mesmo que haja insolvência, sua autonomia permanecerá.

Depois de criada, a pessoa jurídica, independentemente de quem a criou ou dos membros que a compõem, passa a ter vida própria e se perpetua no tempo, enquanto não for dissolvida ou extinta.

O ilustre jurista Rubens Requião nos ensina que:

Se a personalidade jurídica constitui uma criação de lei, como concessão do Estado, nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos e condenar a fraude através de seu uso. (REQUIÃO, 2002, p. 754).

Conforme dispõe o artigo 50 do Código Civil de 2002, os patrimônios da sociedade e de seus sócios são considerados distintos. Porém, a personalidade jurídica da sociedade deixa de ser considerada no momento em que é desvirtuada por ações antijurídicas praticadas abusivamente em prejuízo de terceiros, uma vez que quem pratica o ato são os sócios e não a sociedade em si.

Não há dúvida de que:

Ocorrendo uma ocultação de uma pessoa atrás da personalização de um ente moral, para se furtar ao cumprimento de uma obrigação legal ou contratual dele próprio, é que se torna viável cogitar-se da desconsideração (...). Demonstrada a culpa, o dano e o nexo causal entre o evento danoso e uma ação ou omissão do administrador, a sociedade, os demais sócios ou terceiros poderão demandar a composição dos prejuízos. (COELHO, 1992, p. 43).

Convém lembrar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa atingir ao detentor do comando efetivo da empresa, ou seja, o acionista controlador e não os diretores assalariados ou empregados não participantes do controle acionário (DINIZ, 2006, p. 300).

Feitas as considerações conceituais, resta ainda fazer uma pequena análise histórica da desconsideração da personalidade jurídica.

1.2 ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA

A origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica será vista sob duas óticas: seu aparecimento na doutrina jurídica e sua aplicação no Brasil.

1.2.1 Formação da doutrina

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu com a finalidade de garantir que as sociedades comerciais fossem usadas apenas para a exploração de seu objeto social, não se permitindo que seus sócios praticassem atos ilícitos, seja com abuso de direito, seja através de infração da lei ou do contrato social, ocultando-se por trás da personalidade jurídica.

A primeira análise da pessoa jurídica - baseada nas características individuais de cada sócio, de que se tem conhecimento ocorreu nos EUA, em 1809, no caso *Bank of United States vs. Deveaux*. Mas a discussão se restringiu à competência da justiça federal norte-americana (BASTOS, 2003, p. 3).

Para a maioria dos doutrinadores, a verdadeira origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*lifting the veil*) pode ser encontrada na Inglaterra, em 1897, no caso *Salomon vs. Salomon & CO*. Neste caso, Aaron Salomon, homem rico, comerciante, produtor de sapatos e botas, em High Street (Whitechapel, Inglaterra), possuía grandes armazéns e estava no ramo há 30 anos. Seus créditos eram maiores que seus débitos e ele não queria aposentar-se. Como tinha cinco filhos e uma filha, constituiu uma nova companhia “Limited Stock Company” (correspondente à nossa sociedade anônima fechada), em conjunto com seis familiares, denominada “Aron Salomon and Company Limited”, de responsabilidade limitada, com um capital de £40.000, dividido em 40.000 quotas de £1 cada.

A sociedade iniciou suas atividades num período de depressão no mercado. Começou a atrasar pagamentos. Seus maiores clientes eram os órgãos públicos que começaram a dividir suas compras com outros competidores; os armazéns ficaram lotados de estoque e, após um ano, ela estava entrando em liquidação. Como os bens da sociedade eram insuficientes para satisfazer as obrigações e como nada sobraria para os credores quirografários, um liquidante sustentou, em juízo, que a empresa da companhia era ainda atividade pessoal de Salomon e, por conseguinte, este deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da sociedade.

Tanto a decisão proferida pelo Juiz Vaughan Williams J., da 1ª instância como a da Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a sociedade era apenas uma

fiduciária de Salomon. Porém, a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) acolheu o recurso de Aaron e reformou o entendimento das instâncias inferiores, alegando que a sociedade tinha sido validamente constituída, todos os requisitos exigidos por lei foram rigorosamente observados, foi realizado contrato com um trustee na forma usual para a transferência do negócio para a companhia em formação, foi elaborado estatuto, assinado, registrado, foram estabelecidas cláusulas descrevendo o equipamento para o desenvolvimento do negócio e que não havia nenhum ato fraudulento (NUNES, 2007, p. 91).

Esse caso ensejou discussões por todo o mundo e influenciou o surgimento da “Disregard Doctrine” nos países ligados à Common Law, onde a regra é dar uma rápida e efetiva solução ao processo, propiciando aos tribunais que restabeçam de imediato o direito lesado (BRUSCHI, 2004, p. 15).

Rolf Serick, jurista alemão, na década de 50, realizou estudos em diversos casos do direito alemão e norte-americano e elaborou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, “*Durchgriff der Juristischen Personen*” em sua obra “*Apariencia y Realidad em las Sociedades Mercantiles – el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*”, traduzida pelo Professor Antonio Pólo Diez, de Barcelona (apud REQUIÃO, 2007, p. 390), fixando as seguintes regras:

- A desconsideração da personalidade jurídica somente pode ocorrer se houver abuso da pessoa jurídica, lesando terceiros e fugindo às obrigações legais ou contratuais;
- O princípio da pessoa jurídica deve prevalecer e só poderá haver a desconsideração se ocorrer ilicitude;
- As normas jurídicas aplicáveis aos indivíduos isoladamente são aplicáveis também às pessoas jurídicas;
- Nos negócios em que são partes a pessoa jurídica e seus integrantes, haverá distinção plena de identidade entre eles.

Serick reconhece que a pessoa jurídica é uma criação do ordenamento jurídico e não um ente pré-moldado (apud BRUSCHI, 2004, p. 17).

Como o Brasil adota o sistema do direito europeu continental, as doutrinas que lá se desenvolveram também encontraram acolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2.2. Surgimento da teoria no Brasil

Nosso ordenamento jurídico utiliza o raciocínio dedutivo, organizado com base em construções abstratas e genéricas, visando solucionar problemas futuros. Tem origem no direito chamado romanístico, prevalente na Europa continental, por oposição à *common law* aplicada na Inglaterra e em outros países que beberam em suas fontes.

O artigo 20 do Código Civil de 1916 previa apenas a distinção entre pessoa jurídica e seus membros. A responsabilização dos sócios pelos atos da pessoa jurídica vem sendo debatida no Brasil desde 1969, quando o jurista Rubens Requião abordou a matéria em célebre conferência proferida na Universidade do Paraná e publicada na Revista dos Tribunais, v. 410, dez. 1969, p. 12-24, sob o título “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, sintetizando a teoria como autorização ao juiz para ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos seus integrantes nos casos de fraude e abuso de direito.

Referindo-se à desconsideração, Rubens Requião trilhou o seguinte raciocínio ao delinear o instituto:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos. (REQUIÃO, 2007, p. 392).

Essa teoria, segundo Bruschi, não visa anular a personalidade jurídica, mas em razão do desvio doloso para prejudicar credores ou violar a lei em benefício de seus membros, declara sua ineficácia para determinados efeitos (BRUSHI, 2004, p. 18).

Cabe observar os ensinamentos de Diogenes Gasparini, que afirma que a desconsideração da personalidade jurídica é momentânea e apenas para o caso em apreço, não se estendendo para outras situações e fins, ainda que semelhantes (...) e acentua não se tratar de despersonalização, que leva ao desaparecimento da pessoa jurídica, mas, sim de desconsideração (GASPARINI, 2004, p. 206).

Na visão de Fábio Ulhoa Coelho, a exploração de uma atividade econômica, principalmente se de grande porte, interessa a um arco de pessoas que envolve não somente os titulares ou sócios do empreendimento, mas também os empregados, no tocante à manutenção dos empregos, o próprio fisco, quanto à geração de tributos, os consumidores, relativamente ao acesso a bens ou serviços oferecidos ao mercado etc. Por esta razão, os conflitos surgidos

em torno de uma empresa devem ser solucionados, sempre que possível, sem o comprometimento da atividade econômica (COELHO, 1992, p. 40).

Nesse mesmo sentido, Koch ensina que desconsiderar a pessoa jurídica tem natureza diferente de invalidar ato jurídico defeituoso. Uma sociedade constituída por ato viciado, por agente incapaz, por exemplo, torna inválida a pessoa jurídica, que não reúne os pressupostos legais para a sua existência. A própria pessoa jurídica será contaminada pelo vício e estará comprometida a sua legalidade. Isso não ocorre no caso da desconsideração da personalidade jurídica, quando permanece válida a constituição da sociedade, permanecem válidos todos os atos praticados pela pessoa jurídica, com exceção daquele que deu causa à superação da pessoa jurídica (KOCH, 2005, p. 71).

Clovis Ramalhe te ensina que “leis não são o direito nem o esgotam, apenas manifestam-no. São, portanto, passíveis de receber interpretação construtiva, para a dedução da norma pelo aplicador” (apud BRUSCHI, 2004, p. 18).

Portanto, pode-se considerar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica um remédio, relativamente novo, para impedir que sócios inescrupulosos de pessoas jurídicas utilizem o benefício da autonomia patrimonial, assegurada pela lei, para agir contra a sociedade e contra pessoas que com eles venham a ter relacionamento comercial. A aplicação desse instituto aos diversos ramos do direito permitirá que se tenha uma visão mais clara sobre seu significado no mundo jurídico.

2 APLICAÇÕES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Apesar de se tratar de um instituto muito recente, portanto, ainda não inteiramente consolidado, a desconsideração da personalidade jurídica, no Direito brasileiro, tem sido aplicada no Direito do Consumidor, no Direito Tributário, no Direito do Trabalho, no Direito Empresarial, no Direito Civil e no Direito Ambiental.

2.1 DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei 8078/90), em seu artigo 28 e parágrafos, enumera, pela primeira vez, hipóteses em que se caracteriza a desconsideração da personalidade jurídica, dando ampla e eficaz proteção ao consumidor e facultando ao juiz utilizar tal teoria sempre que o direito subjetivo de crédito resultar de ato abusivo, que resulte em prejuízo para o consumidor. *In verbis*:

*Artigo 28 – o juiz **poderá** desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver **abuso de direito, excesso de poder, infração de 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. (grifo nosso)*

(...)

§ 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 abuso de direito e o desvio de função geralmente estão vinculados a um ato ilícito, permitindo à parte mais fraca da relação jurídica requerer, em sua defesa, a desconsideração da personalidade jurídica.

De Plácido e Silva preceitua o ato ilícito como “toda ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia que viole direito alheio ou cause prejuízo a outrem, por dolo ou culpa” (SILVA, 2004, p. 165).

Para Silvio Rodrigues, ato ilícito é “aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. Dever legal, ou dever contratual” (RODRIGUES, 2002, p. 308).

O abuso de direito fica caracterizado no momento em que o administrador ultrapassa os limites dos poderes que lhe foram outorgados ou conferidos por lei ou por contrato.

Segundo Kriger, caracteriza-se o abuso de direito com o uso anormal das prerrogativas conferidas à pessoa pelo ordenamento jurídico, objetivando, por dolo ou má-fé, auferir alguma vantagem indevida ou ilícita. O excesso de poder dá-se quando a pessoa pratica ato ou contrai negócio fora do limite da autoridade conferida ou outorgada (KRIGER, 1994, p. 23).

Segundo Rizzatto Nunes, pode-se definir o abuso do direito como sendo resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Caracteriza-se pelo uso irregular e desviante do direito, em seu exercício, por parte do titular (NUNES, 2004, p. 676).

A infração de lei, o cometimento de fato ou ato ilícito, ou a violação do contrato representa sempre o não cumprimento das obrigações impostas às pessoas pela lei.

Quanto à falência e insolvência, estas dizem respeito ao estado deficitário do ativo da empresa frente ao seu passivo, ao passo que a inatividade significa cessação das ações habitualmente praticadas no campo profissional e encerramento ou fechamento do negócio que se visava perpetuar.

Não é um simples prejuízo que abrirá caminho para a desconsideração da personalidade jurídica. Esta se dará somente quando os sócios atuarem em desconformidade com os preceitos ditados pela lei e o patrimônio for insuficiente para arcar com os danos causados. Haverá de ter nexos de causalidade entre a conduta inadequada dos sócios e os prejuízos causados ao consumidor (KRIGER, 1994, p. 24).

Os Tribunais de Justiça vêm se posicionando a favor do consumidor em muitas situações, como comprovam as decisões abaixo:

Desconsideração da Personalidade Jurídica - Empresa que se encontra visivelmente insolvente - Agravados que comprovadamente pagaram quantia substancial para a aquisição de imóvel que não foi entregue? Acordo formalizado para a devolução das parcelas não cumprido - Personalidade jurídica que se tornou óbice ao ressarcimento dos danos sofrido pelos agravados? Aplicação do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do

Consumidor - Desconsideração devida - Recurso improvido. (TJ/SP, AI nº 5210384700, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Costa).

Embargos à Execução - Inclusão de sócio no pólo passivo da demanda, em razão de Desconsideração da Personalidade Jurídica - Relação de consumo entre o apelado e a pessoa jurídica - Aplicação do § 5º do Artigo 28, do CDC - Despicienda comprovação de fraude, bastando a existência de qualquer óbice para o interessado satisfazer sua pretensão. (TJ/SP, Apelação com Revisão nº 1237710300, Rel. Des. Fernando Silveira).

A jurisprudência tem adotado o posicionamento de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica para impedir fraude contra credores, conforme demonstrado abaixo:

Sendo as empresas mera fachada de seu presidente comum, é de ser aplicada à hipótese, a teoria da “disregard”, agasalhada em nosso ordenamento, pelo art. 28, da Lei. 8.078/90 (Lei de Defesa do Consumidor). (TJ/RJ, Apelação Cível nº 199.001.03654, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Magalhães).

Como se percebe pelos julgados acima, a desconsideração da personalidade jurídica tem sido utilizada, em diferentes situações, em defesa do consumidor hipossuficiente quando seus direitos se encontravam ameaçados por abusos cometidos por dirigentes de sociedades comerciais e prestadoras de serviços.

Também o Estado, no interesse da coletividade, tem se apoiado na desconsideração da personalidade jurídica para obviar fraudes que poderiam resultar em redução do recolhimento de tributos.

Para De Plácido e Silva, fraude é todo engano malicioso ou ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever (SILVA, 2004, p. 637).

A fraude, segundo Sílvio de Salvo Venosa "é todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros" (VENOSA, 2005, p. 439).

A questão é saber se o juiz poderia desconsiderar a personalidade jurídica das empresas de ofício ou se dependeria de requerimento da parte. Sendo normas consideradas de ordem pública e de interesse social, o juiz, verificando qualquer das hipóteses presentes no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, poderá imputar a responsabilidade diretamente aos sócios (GARCIA, 2007, p. 112).

Nesse sentido, assentou o Ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do Resp nº 279.273/SP:

Outra questão é saber se o ato do Juiz depende de pedido da parte. E, ao meu juízo, não depende a aplicação do art. 28 de requerimento da parte. Se houver a presença das situações descritas no caput, em detrimento do consumidor, o Juiz poderá fazer incidir o dispositivo, independentemente de requerimento da parte. O que provoca a incidência da desconsideração é a existência de prejuízo para o consumidor. Havendo o prejuízo, está o Juiz autorizado a fazer valer o art. 28.

2.2 DIREITO TRIBUTÁRIO

O princípio norteador do direito tributário é a legalidade, prevista no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” c/c artigo 150, inciso I da Constituição Federal que estabelece: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Por isso, parte da doutrina discorda da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ao Direito Tributário por falta de previsão expressa em lei.

Luciano Amaro examinando a desconsideração da personalidade jurídica afirma “não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário” (apud SANTIAGO, 2008, p. 51).

Outra parte da doutrina interpreta a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a seu modo e entende que há expressa previsão legal, fundamentando sua tese no artigo 135 do Código Tributário Nacional:

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.

Exige-se, porém, que haja abuso de poder ou infração de lei, não justifica a simples ausência ou insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica. Nesses casos, o juiz poderá avançar na esfera patrimonial dos sócios.

Na conceituação de abuso de poder, é possível apoiar-se no Vocabulário Jurídico, que define: “prática de atos que excedem as atribuições conferidas em lei ou que escapam à alçada funcional” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2004, p. 11).

O artigo 124, também do Código Tributário Nacional, prevê: “são solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tinham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II – as pessoas expressamente designadas por lei”.

Havendo ato ilícito por parte da pessoa jurídica, a responsabilização dos sócios será direta, em decorrência do princípio da responsabilidade tributária, tornando desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, pois existe expressa previsão legal que torna solidária a responsabilidade da sociedade e dos sócios.

A Fazenda Pública tem por prática contínua e habitual desconsiderar atos jurídicos praticados com o intuito de dissimular a ocorrência de fato gerador, de modo que a tributação incida numa situação diversa da realidade fática (FARIAS, 2007, p. 1066). A Lei Complementar nº 104/01 firmou essa possibilidade em seu artigo 116, parágrafo único ao instituir que: “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Portanto, no Direito Tributário é normal a desconsideração dos atos que busquem dissimular fatos geradores de tributos. Já a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade não é adotada com a mesma facilidade, tendo em vista que a doutrina nacional não é unânime a respeito da aplicabilidade do instituto.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo que o artigo 135 consagra o instituto da desconsideração.

Tributário. Contribuição previdenciária devida pelo tomador de serviço. Art. 22, IV, da Lei 8.212/91. Violação do art. 135 do CTN: Inocorrência.

1. O legislador, ao exigir do tomador do serviço contribuição previdenciária de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, nos termos do art. 22, IV da Lei 8.212/91 (com a redação dada pela Lei 9.876/99), em nenhum momento valeu-se da regra contida no art. 135 do CTN, que diz respeito à **desconsideração da personalidade da pessoa jurídica** para que seus representantes respondam pessoalmente pelo crédito tributário nas hipóteses que menciona. (grifo nosso).

2. A referência a "cooperados" contida no art. 22, IV da Lei 8.212/91 diz respeito tão-somente ao fato de que, embora firmado o contrato com a cooperativa de trabalho, o serviço, efetivamente, é prestado pela pessoa física do cooperado.

3. Inexistência de ofensa ao art. 135 do CTN.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 787.457/PR, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007 p. 247).

Edna Ribeiro ressalta que os órgãos jurídicos brasileiros aplicam o instituto sem problemas, sob a justificativa de que “qualquer mecanismo eficaz para imprimir maior celeridade e eficiência à satisfação do crédito tributário, tendo em vista a relevância desse para a consecução das atividades estatais, deve, e não só pode, ser utilizado”. (SANTIAGO, 2008, p.51).

2.3 DIREITO DO TRABALHO

Assim como no direito tributário, os doutrinadores divergem, pois alguns entendem que o Decreto-Lei 5452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho) introduziu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que faz menção à responsabilidade solidária por obrigações decorrentes do contrato de trabalho e dispõe que:

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 industrial, 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.

Essa responsabilidade solidária diz respeito às empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, embora dotadas cada uma de personalidade jurídica própria. Essa medida tem como escopo evitar que a personalidade jurídica da empresa contratante seja utilizada de forma abusiva para encobrir a real vinculação do empregado com o grupo.

Para a Magistrada Thereza Nahas esse dispositivo “simplesmente estabelece uma forma de responsabilidade e não cria um instituto”, entretanto, afirma que a Consolidação das Leis do Trabalho possui o mesmo princípio e deriva do Código Civil, sustentando a aplicação subsidiária com fundamento no artigo 8º que admite o recurso às normas gerais do direito nos casos de falta de disposições legais. Dessa forma, conclui “gostem ou não do resultado, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao Direito do Trabalho”. (NAHAS, 2009, p. 483). E, como bem salienta Gaysita (RIBEIRO, 2009, p. 22), “entende-se

ter plena incidência no âmbito juslaboral a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa-empregadora, seja pela aplicação subsidiária do art. 50 do CC, seja por aplicação analógica do art. 28 do CDC”.

Uma vez que cada autor interpreta a lei a seu modo, outra parte da doutrina entende que a teoria só pode ser aplicada quando existirem duas empresas que possuam personalidades jurídicas distintas, devendo, porém, existir entre ambas ligação econômica e de administração.

Para Gaysita, a relação jurídica obrigacional deriva do vínculo empregatício do trabalho que está à disposição do empregador, entregando sua força de trabalho para que integre a atividade econômica, em troca da remuneração predeterminada. E afirma que ao deparar-se com as dificuldades da execução, o Judiciário Trabalhista teve adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, “para restabelecer o equilíbrio violado pela ineficiência e incompetência dos que se aventuraram no mundo dos negócios, o que não deixa de caracterizar abuso de direito e de poder”. (RIBEIRO, 2009, p. 25).

Essa tese também encontra fundamento nas palavras de José Tadeu Neves Xavier que afirma ser intolerável o fato de os créditos trabalhistas restarem descobertos, enquanto os sócios, beneficiários dos lucros gerados pelo trabalho do empregado, têm seu patrimônio a salvo:

Ao constituírem a sociedade, como a adoção de forma societária à qual o ordenamento reserve esse privilégio da limitação de responsabilidade, os sócios assumem o dever de assegurar a existência de um capital adequado para garantir a atividade da empresa [...] O Direito não pode tolerar a atuação de sociedades temerárias, dotadas de pequena porção patrimonial totalmente insuficiente para atender aos encargos contratuais assumidos e aos riscos oriundos do desenvolvimento da sua atividade, gerando instabilidade no tráfico negocial. (XAVIER, 2002, p. 149).

Nossos tribunais vêm utilizando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica cada vez mais, inclusive em casos de fraudes ou abuso de direito, para proteger o direito do trabalhador, tornando a pessoa jurídica ineficaz para certos atos, mormente aqueles que não forem pertinentes a sua atividade.

Alguns exemplos ajudarão a aclarar esta afirmação:

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Processo de Execução. Responsabilidade Subsidiária. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Em que pese a distinta responsabilidade dos sócios, a legislação prevê a hipótese de levantar-se o véu da pessoa jurídica por meio da Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica, a fim de atingirem-se os bens do

patrimônio particular daqueles, sempre que ocorrer fraude ou ilícito trabalhista. (Processo nº AIRR - 160/1998-541-01-40, Acórdão da Oitava Turma, Rel. Min. Márcio Amaral).

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista - Agravo de Petição - Penhora sobre bens particulares dos sócios. O acórdão regional manteve a decisão de 1º Grau que determinara o prosseguimento da execução na pessoa dos sócios, adotando a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. A circunstância de não ter sido parte no processo de conhecimento e não constar do título executivo judicial, não constitui empecilho a que responda com bens próprios pela satisfação do crédito exequendo, consoante a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. (Processo nº AIRR - 1219/2004-033-01-40, Acórdão da Primeira Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho).

Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Responsabilidade subsidiária do sócio da empresa. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pela qual o patrimônio pessoal do sócio pode ser constritado para solver a obrigação da empresa, é aplicável em determinadas circunstâncias, como, verbi gratia, o excesso de mandato do sócio da administração do negócio ou encerramento das atividades de forma irregular, quando inexistentes bens da devedora principal. Assim, se justifica a penhora de bens pessoais do sócio quando inexistente qualquer um de propriedade da empresa executada. Recurso a que se dá provimento para determinar a constrição judicial de bem de propriedade do sócio proprietário da executada. (Agravo de Petição nº 0314/2001, TRT da 24ª Região, Rel. Juiz Ademar de Souza Freitas, julgado em 24/10/2001).

Agravo de Instrumento. Recurso de Revista - Descabimento. Execução. Desconsideração da Personalidade Jurídica. O Regional, adotando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, negou provimento ao agravo de petição, mantendo a constrição que recaiu sobre o patrimônio dos sócios da Executada. Consignou o Regional, em síntese, que uma vez comprovada que a transferência de sociedade foi efetuada com a finalidade de fraudar direitos trabalhistas e inexistindo, na hipótese dos autos, nomeação de bens da pessoa jurídica e dos atuais sócios, não há que se cogitar de qualquer vício a macular o ato constitutivo que avançou sobre o patrimônio do ex-sócio, nem em excesso de penhora. Insurge-se o Recorrente, em recurso de revista, contra a aplicação do art. 1032 do Código Civil, insistindo na incidência do art. 339 do Código Comercial. Indica violação dos arts. 5º, II e XXII, e 170, II, da Constituição Federal, ao argumento de que a legislação é expressa quanto à limitação da responsabilidade do sócio ao período em que o retirante esteve na sociedade. (Processo nº AIRR - 36/2003-026-23-40, Acórdão da Terceira Turma, Rel. Min. Alberto Besciani).

2.4 DIREITO EMPRESARIAL

No Direito Empresarial devem ser levados em conta a realidade econômica e o interesse social. A primeira prevê que o Direito Econômico deve obedecer à realidade econômica e não distorcê-la. O interesse social busca avaliar quais são os interesses da sociedade como um todo, através de juízos de valor.

Nas sociedades de fato ou irregulares, os sócios assumem responsabilidade direta, solidária e ilimitada pelos atos praticados pela sociedade, não havendo motivo para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (TOMAZZETE, 2002, p. 7). Nesse sentido, Amador Paes de Almeida afirma que, por via de regra, a sociedade de fato ou irregular não dispõe de um patrimônio próprio, devendo os credores acionar não a sociedade que inexistente, mas seus sócios (ALMEIDA, 2004, p. 51).

Em termos práticos, é necessário que seja uma sociedade anônima ou uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ou seja, uma sociedade personificada, com direitos e deveres distintos das pessoas que dela participam individualmente, para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (JUNKES, 2004, p.1).

A desconsideração da personalidade jurídica está prevista no artigo 18 da Lei nº 8884/94 (Lei Antitruste), nos seguintes termos:

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. (grifo nosso)

No direito societário, o administrador responde pela prática de ato ilícito na condução dos negócios sociais e pela má administração. Demonstrada a culpa, o dano e o nexo causal entre o evento danoso e uma ação ou omissão do administrador, a sociedade, os demais sócios ou terceiros poderão demandar a composição dos prejuízos, conforme fartos exemplos na jurisprudência a demonstrar a desconsideração da personalidade jurídica:

Agravo de Instrumento - Prestação de Serviços - Indenização - Desconsideração da Personalidade Jurídica já determinada em anterior julgado - Responsabilidade dos sócios pela execução que deve se dar na forma requerida pelos recorrentes independentemente de habilitação junto ao juízo universal. Agravo de Instrumento provido. (AI nº 1130887005, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz E Jayme Queiroz Lopes).

Há necessidade de demonstração que os sócios agiram dolosamente (...) que a sociedade foi usada como biombo, para prejudicar terceiros, ficando o patrimônio dos sócios astuciosos longe do alcance do processo de execução.

(1º TAC, AI nº 554.563/3, Quarta Câmara, Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo).

Márcia Frigeri afirma que a má administração é reflexo da imperícia estampada no exercício das atividades sociais (FRIGERI, 1997, p. 64), idéia esta reforçada pelo entendimento de Fábio Coelho de que, na hipótese de má administração, o administrador é responsável por não ter empregado, na condução dos negócios sociais, o empenho que um homem probo normalmente emprega para os seus próprios negócios (COELHO, 1992, p. 43).

No processo falimentar, quando do decreto de quebra ou até mesmo em decisão futura, pode ser implementada a desconsideração, como acentuou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça: Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a teoria da desconsideração da pessoa jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados. (Resp nº 211619, Rel. Min. Eduardo Ribeiro)

Na mesma linha, a Primeira Câmara decidiu:

Falência - Desconsideração da Personalidade Jurídica - Extensão dos efeitos da quebra às pessoas físicas dos sócios - Possibilidade - Vultoso passivo com arrecadação insuficiente - Má administração e abuso de personalidade jurídica caracterizados - Desconsideração deferida em segundo grau - Agravo provido para este fim. (AI nº 5361314600, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Elliot Akel).

Também assim assertou a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Falência. Sociedade por cotas. Decretação da indisponibilidade dos bens de ex-sócios. Possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade se no curso do processo apurar-se que houve prática de atos violadores de administração, assegurando-se ao ex-sócios o direito de ampla defesa. (AI nº 2001.002.09655, Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos).

2.5 DIREITO CIVIL

O Novo Código Civil, Lei 10406/02, adotou em seu artigo 50 a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, determinando que:

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. (grifo nosso)

Essa redação criou a possibilidade de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, desde que preenchidos os pressupostos legais, a saber: desvio de finalidade, confusão patrimonial coibindo eventuais fraudes.

Nota-se, por outro lado, que o Código Civil não prevê a atuação *ex-officio* do juiz: ele só pode desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades, quando provocado pela parte ou pelo Ministério Público.

A desconsideração da personalidade jurídica por desvio de finalidade aparece no seguinte julgado:

Agravo - Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica - Falência - Sociedade Limitada - Alcance dos bens particulares dos sócios - Aplicação do art. 50 do Código Civil de 2002 - Declaração da desconsideração nas hipóteses de abuso evidente em face do uso anormal, fraudulento da sociedade, objetivando lesar credores - indícios de que os sócios da falida exerceram má administração e praticaram irregularidades - Recurso não provido. (AI nº 5371194900, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Magno Araújo).

Também sobre o patrimônio da pessoa jurídica, dispõe o Código Civil que o mesmo não se confunde com o dos sócios. Na eventualidade de haver dívidas da sociedade, os bens dos sócios de sociedade de pessoas somente poderão ser penhorados depois de não mais existirem bens da pessoa jurídica.

Notar que, no caso das sociedades de capital, os bens dos sócios respondem somente em caso de infração de lei ou do contrato social, casos em que se pode fazer a desconsideração da personalidade jurídica. O ato ilícito só dá direito à desconsideração da personalidade jurídica se o mesmo representar utilização da pessoa jurídica para iludir fornecedor ou outro credor.

O artigo 50 prevê, ainda, como razões de desconsideração da personalidade jurídica o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial (mistura do patrimônio social com o particular do sócio, causando dano a terceiro), mas esses fatos não são as características objetivas da teoria. Fundamental é o abuso da personalidade jurídica, com infração de lei ou do contrato

social. Este abuso poderá ser comprovado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade (BRUSCHI, 2004, p. 69).

O legislador, combinando os artigos 50 e 1024, demonstrou a intenção de ver honrados os compromissos assumidos pelas empresas. Se isto se tornar impossível, havendo prova de irregularidades de fraudes ou de abuso de direito, a lei atribui ao magistrado a faculdade de desconsiderar a personalidade da executada (BRUSCHI, 2004, p. 68).

Para demonstrar o alegado, seguem decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de Instrumento. Decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Não localização da executada no endereço fornecido. Diligências realizadas por Oficial de Justiça dando conta de que a executada não mais funcionava no endereço fornecido. Caracterização de prática abusiva, já que a mesma eximiu-se e postergou ao máximo o direito do credor, o que constitui um artifício malicioso, com a finalidade de prejudicar o andamento do processo de execução, agindo claramente de forma abusiva, com evidente má-fé. Necessária uma medida mais enérgica, a fim de se ver cumprida a decisão judicial, pelo que, correta está a decisão proferida pelo doutor Juízo de Primeiro Grau. (AI nº 2006.002.06597, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Celso Ferreira Filho).

Agravo de Instrumento. Sociedades. Confusão Patrimonial. Personalidade Jurídica. Desconsideração. Possibilidade.

1 – O ordenamento jurídico, em algumas circunstâncias, admite a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade para que o seu patrimônio responda pelas obrigações de outra que com ela se confunde.

2 – O Código Civil autoriza a aplicação do instituto, dentre outros, em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pela confusão patrimonial (art. 50). (AI nº 2006.002.13643, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Milton de Souza).

2.6 DIREITO AMBIENTAL

A desconsideração da personalidade jurídica também encontra aplicação no Direito Ambiental. Assim, a Lei 9605/98 prevê sanções penais e administrativas para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Prevê inicialmente, no artigo 3º, a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de seus dirigentes e, no artigo 4º, estatui, expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica. Eis a redação desses artigos:

Artigo 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Artigo 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Se ocorrer dano ao meio ambiente causado pelos administradores e estes tentarem se eximir constituindo uma nova empresa, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente, para dificultar o ressarcimento ao meio ambiente, a lei autoriza, por meio da desconsideração da personalidade jurídica, que a execução recaia sobre o patrimônio pessoal dos sócios.

2.7 PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS

Na interpretação de nosso ordenamento jurídico, a doutrina se divide em duas correntes sobre quando e como aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A primeira alega que há necessidade de um processo autônomo, uma ação de conhecimento apartada da execução, para que não sejam violados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, formando um novo título executivo judicial que permita invadir a esfera patrimonial do sócio ou do representante da empresa devedora, através de uma sentença condenatória.

Os defensores dessa corrente, dentre os quais se destaca Fábio Ulhoa Coelho, acreditam que simples despachos, através de uma decisão interlocutória, determinando a penhora dos bens, viola o direito constitucional e que é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado (BRUSCHI, 2004, p. 76).

A outra corrente defende que a desconsideração é incidente na própria execução: basta comprovar a fraude ou má utilização da pessoa jurídica, tornando o processo mais célere e eficaz, porém sem violar os princípios constitucionais do artigo 5ª da Constituição Federal.

Para Diogenes Gasparini, são aceitas as duas correntes. Ele afirma que no âmbito do Judiciário o ato de decretação da desconsideração da personalidade jurídica é uma decisão

interlocutória, quando proferida no processo de execução, mas será uma sentença, se manifestada no processo de conhecimento (GASPARINI, 2004, p. 205).

Neste sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica **dispensa a propositura de ação autônoma** para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente, no **próprio processo de execução** (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. (ROMS 14168/SP, 3ª Turma do STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi). grifo nosso

Nelson Luiz Pinto defende a idéia de que o processo é um mecanismo adequado para realizar e obter o direito material e que para ser útil deve ser rápido. De nada adiantaria um instrumento para assegurar a ampla defesa, o contraditório, se a garantia de acesso não for suficientemente efetiva (apud BRUSCHI, 2004, p. 77).

Partindo da idéia da tutela jurisdicional efetiva e célere, se, no processo de execução, o exequente nota não mais existirem bens para satisfazer o crédito a que tem direito e, sabendo que foram usados meios ilegais para seu desaparecimento, basta requerer ao juiz que desconsidere a personalidade jurídica. Não há porque ajuizar um processo paralelo, esperar o trânsito em julgado para, só depois, constrianger os bens (BRUSCHI, 2004, p. 77).

Este entendimento está consagrado no Ag. In. nº 040.007-2 da 1ª Câmara do antigo 1º TACivSP, onde o acórdão dizia:

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode ser formulado nos próprios autos da execução, pois se trata de mero incidente. No entanto, o pleito deverá ser fundamentado, com razões que justifiquem suficientemente a aplicação da medida extrema.

No mesmo sentido, já se manifestou o então Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

Desconsideração da Personalidade Jurídica - A Desconsideração da Personalidade Jurídica não pode ser recebida em termos radicais, sob pena de perder sentido a limitação de responsabilidade prevista para determinados tipos de sociedade e que constituem características essenciais destas. A tendência doutrinária e jurisprudencial é no sentido de acatar aquela teoria em casos de fraude, de atos com finalidade premeditadamente ilícita, de abuso de direito, de desonestidade, de ato criminoso e outras hipóteses igualmente fortes. (TARS, Apelação Cível nº 191.100.824-2, Terceira Câmara Cível, Rel. Juiz Sérgio Gischkow Pereira).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais é pródigo em decisões prevendo a desconsideração da personalidade jurídica sem a necessidade de prévio processo de conhecimento:

Embargos de Devedor - Penhora - Desconsideração da Personalidade Jurídica - Requisitos. A desconsideração da personalidade jurídica com o objetivo de responsabilizar pessoalmente os sócios por eventuais fraudes ou atos ilícitos, que culminem na impossibilidade de quitação dos débitos da empresa, só pode concretizar-se quando demonstrada tal conduta em ação própria e autônoma, observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. - Caso constem nos autos da execução elementos suficientes para demonstrar a presença dos requisitos legais cumpre ser deferido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, lembrando-se que é ônus do exequente essa comprovação, **não havendo necessidade de ajuizamento de ação autônoma**. A possibilidade se encontra condicionada à demonstração de que a pessoa jurídica vem sendo utilizada para perseguir fins diversos das finalidades legais, de forma a ocultar a prática de fraudes, simulações ou atos abusivos. - É ilícita a penhora realizada sobre bem de propriedade do sócio sem que haja prévio requerimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa e sejam produzidas as provas de que essa providência é necessária. (TJ/MG, Acórdão nº 441.292-2/000, Rel. Juiz Elias Camilo). grifo nosso

A Primeira Câmara Cível entende que:

A pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas ou jurídicas de seus sócios, mas apenas enquanto seus atos não lesem terceiros, pois, nesse caso, legitima-se a aplicação da teoria do *disregard of legal entity*, tornando-se possível a incidência da penhora garantidora do juízo executivo em bens particulares destes últimos. (TJ/MG - Apelação Cível nº 218.816-2, Primeira Câmara Cível, Rel. Juiz Herondes de Andrade).

Ao versar sobre essa matéria, a Décima Sexta Câmara Cível firma posição como segue:

Incidente Processual - Sentença Sucinta - Inexistência de Nulidade. Prova de Ilegalidade Praticada por Pessoa Jurídica - Lesão a Consumidor - Desconsideração da Personalidade Jurídica - Possibilidade. Estando a conclusão alcançada sucintamente fundamentada, mas expondo os motivos que a ensejaram, não infecciona a decisão de nulidade. A personalidade da pessoa jurídica que comprovadamente haja lesionado o consumidor pela prática de ilegalidade pode ser desconsiderada. (TJ/MG – Apelação Cível nº 1.0701.05.127433-3/001, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Juiz José Amâncio).

No mesmo sentido é a posição da Décima Câmara Cível:

Desconsideração da Personalidade Jurídica - Elementos Justificadores - Demonstração - Cabimento. É possível aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a possibilitar a constrição do patrimônio particular do sócio, desde que demonstrado de forma inequívoca os elementos que a justifiquem, quais sejam a má-fé e a inexistência de suporte patrimonial por parte da pessoa jurídica. (TJ/MG – AI nº 1.0183.97.007179-5/001, Décima Câmara Cível, Rel. Juiz Alberto Andrade).

Ao versar sobre a matéria da desconsideração da personalidade jurídica, a Sétima Turma frisa que:

Ação de Rescisão de Contrato com Restituição de Parcelas Pagas e Desconsideração de Personalidade Jurídica - Denúncia da Lide Recusada - Recurso Principal Improvido - Adesivo Provido. (...) - 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, provocado por má administração. (TJ/MG - Apelação Cível nº 224.277-2, Sétima Câmara Cível, Rel. Juiz Lauro Bracarense).

O próprio Superior Tribunal de Justiça vem confirmando que a desconsideração pode ser decretada de maneira incidental, ou seja, independentemente de ação autônoma para tal finalidade:

Locação. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Confusão Patrimonial. Cabimento. Súmula 7/STJ.

I – Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de execução desde que verificados os pressupostos de sua incidência. Precedentes.

II – Todavia, se o c.Tribunal a quo entende suficientes as provas colacionadas aos autos para caracterizar a confusão patrimonial, infirmar essa conclusão demandaria ao reexame do conjunto fático probatório” (Súmula 7/STJ). (AR no Recurso Especial 798095-SP, Quinta Turma, Min. Rel. Felix Fischer).

Portanto, conforme demonstrado, a jurisprudência se inclina, majoritariamente, para a aceitação da decisão incidental no processo de execução para decretar a desconsideração da personalidade jurídica.

Uma vez provada a utilização da desconsideração da personalidade jurídica, em diversos ramos do Direito, para fazer os bens dos sócios responderem por prejuízos causados pela sociedade decorrentes de infração da lei ou do estatuto ou do contrato social, chegou o momento de verificar se e como este instituto se aplica ao Direito Administrativo.

3 APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Apesar de diversas áreas do Direito apresentarem previsão expressa quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, esse instituto pertence à Teoria Geral do Direito. Por isso, independentemente da natureza do vínculo jurídico, se houver sócios da pessoa jurídica agindo com fraude, abuso de direito ou violação às normas legais, caberá a superação da personalidade jurídica para responsabilizar pessoalmente os envolvidos.

Trilhando essa linha de entendimento, Diogenes Gasparini ensina que a desconsideração da personalidade jurídica é instituto que se aperfeiçoa a qualquer ramo do Direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, a fazer tábula rasa do interesse público, a ignorar direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e a burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios (GASPARINI, 2004, p. 187).

Dentro do Direito Administrativo estão surgindo significativas transformações e adaptações, e a questão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica assume especial relevância, em virtude da convencional compreensão da matéria associada à função jurisdicional.

Nas esferas consumerista e cível, a teoria somente pode ser aplicada pelo juiz, que, analisando o caso concreto, dará uma sentença. Essa necessidade de decisão judicial reside no fato de se tratar de relações jurídicas de direito privado, caracterizadas pela horizontalidade. Não pode, por isso, uma das partes, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra (FARIAS, 2007, p. 1063).

Na esfera administrativa, as relações jurídicas não são caracterizadas pela horizontalidade: existem princípios que geram domínio de uma parte sobre a outra, como a indisponibilidade do interesse público e a sua supremacia sobre o interesse privado. Esses princípios alicerçam o sistema e lhe garantem a validade.

Na expressão de Gasparini, “a desatenção a um princípio implica ofensa não a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (GASPARINI, 2007, p. 7).

Hely Lopes acrescenta: “esses padrões é que deverão pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público” (MEIRELLES, 2006, p. 87).

No mesmo sentido, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma:

Sendo o Direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam um papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração (DI PIETRO, 2007, p. 58).

O artigo 37 da Constituição Federal prevê expressamente que “a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Convém ter presente o ensino do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles:

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público (MEIRELLES, 2006, p. 87).

O princípio da legalidade obriga a Administração Pública a agir, no exercício de sua atividade funcional, conforme expressa previsão na lei, haja vista que não possui vontade pessoal. Assim preceitua o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis” (MELLO, 2005, p. 90).

Igual é o magistério de Hely Lopes Meirelles ao afirmar que:

Legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2006, p. 87).

O ilustre Professor Diogenes Gasparini nos ensina: “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor” (GASPARINI, 2007, p. 7).

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. Fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa a observância dos princípios administrativos (MEIRELLES, 2006, p. 88).

Outro princípio relevante é o da moralidade, da qual se extrai o conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública dentro da boa e útil disciplina interna. Estabelece este princípio que os atos devem obedecer não só à lei, mas também à moral.

O princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, não significa o total desrespeito ao interesse privado, mas que no embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. O princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social (MELLO, 2005, p. 85). Salientado por Hely Lopes, “essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados” (MEIRELLES, 2006, p. 104).

A administração não pode dispor dos interesses públicos cuja guarda lhe é atribuída por lei: ela tem o poder-dever, ou seja, não pode deixar de exercer esse poder sob a pena de responder pela omissão (PIETRO, 2007, p. 61).

O princípio da eficiência foi inserido entre os princípios constitucionais da Administração Pública através da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998. É conhecido como o dever da boa administração e impõe aos agentes a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento. Deles se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados. Todavia, não existe lei estabelecendo como e quando a Administração Pública deve agir: muitas vezes o interesse público, a moralidade e a supremacia permitem sua atuação sem uma lei específica.

O ato do administrador deve atender à legalidade, à moralidade e à finalidade administrativa para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública (MEIRELLES, 2006, p. 88).

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu:

Servidor de autarquia – Ato – Administrativo – Controle jurisdicional. O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato

administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade, se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo. (TJ/SP, Apelação Cível nº 151.580, Rel. Des. Cardoso Rolim).

A Administração Pública não pode fazer vista grossa à utilização abusiva ou ilegal de uma pessoa jurídica, pois, desta forma, estaria compactuando com a fraude, causando desrespeito ao interesse público. Deve, por isso, aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em relação a fornecedores, quando necessário, ainda que não exista um dispositivo legal expresso, utilizando-se de analogia e dos princípios constitucionais que norteiam o direito público, sob pena de nulidade do ato administrativo praticado (MONTEBELLO, 2005, p. 5251).

Segundo Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência se configura um dos deveres da Administração e “já não mais se contenta em ser desempenhado apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. A inexistência de dispositivo legal não pode servir como óbice diante de um abuso de direito, o Estado não pode permanecer na inércia, como esperar eficiência na prestação de um serviço ao se celebrar um contrato com uma empresa maculada pela inadimplência ou pela inidoneidade para contratar, constituída apenas para frustrar a aplicação da penalidade imposta num processo administrativo.

Por outro lado, não pode ser olvidado o princípio constitucional do devido processo legal, contido no artigo 5º, inciso LIV, segundo o qual, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O inciso LV do sobredito artigo define que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ambos os incisos asseguram o contraditório e a ampla defesa dos envolvidos, dando-lhes, ainda, a oportunidade de se socorrer do Poder Judiciário para defesa de seus direitos.

Nesse sentido é a ensinância de Diogenes Gasparini, ao afirmar que:

Atendidas certas exigências, especialmente as relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, pode o agente público competente decretar a desconsideração da personalidade jurídica. Justificam essa inteligência, ao menos, os princípios do dever-poder de agir, do interesse público e da moralidade administrativa (GASPARINI, 2004, p. 192).

Nesta ordem de idéias, a ilustre Procuradora do Estado da Bahia, Edite Mesquita Hupsel, fundamentou o Parecer nº PAC-T-020/2000:

Independentemente de previsão expressa na Lei de Licitações e Contratos Administrativos entendemos que pode vir a ser aplicada a outra empresa constituída pelos mesmos sócios em momento posterior ao da penalização e tendo o mesmo objeto social da empresa penalizada, a pena imposta à primeira.

Em assim procedendo, o Poder Público estará evitando a utilização abusiva da personalidade jurídica da empresa e a utilização fraudulenta de outra pessoa jurídica.

A moralidade administrativa, que é princípio consagrado no caput do artigo 37 da Constituição da República, constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública e erige-se também em favor de legalidade.

Imoral e ilegal a contratação pelo Poder Público de uma empresa fraudulentamente criada para esse fim.

Merece destaque a inovação trazida pela nova lei de licitações do Estado da Bahia (Lei Estadual nº 9.433/05), que, em seu artigo 200, passou a prever expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica:

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 de 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.

A Administração Pública do Estado da Bahia ficou expressamente autorizada a estender a uma pessoa jurídica a pena imposta à outra, desde que integrem a composição desta uma ou mais pessoas físicas que integravam a entidade apenada e que tenham similitude no objeto.

A lei estadual inovou quanto à sequência do procedimento licitatório, disciplinou situações não contempladas no estatuto federal, detalhou exigências impostas genericamente pela lei federal, positivou entendimentos doutrinários.

Quanto ao princípio da legalidade, o legislador estadual instituiu, no seu capítulo XI, um procedimento para apuração de faltas administrativas praticadas por licitantes e penas a serem aplicadas, regulou o processo disciplinar relativo à apuração de faltas praticadas pelos contratados na execução dos ajustes celebrados com a Administração, ambos não previstos na lei federal.

Quanto ao princípio da publicidade, foi além dos comandos federais, determinou em seu artigo 6º, § 1º, a disponibilização em sites oficiais, pelos meios eletrônicos das

informações referentes às datas de apresentação das faturas pelos contratados, seus vencimentos e efetivo pagamento, e em seu artigo 32, determinou a publicação mensal das compras efetuadas pela Administração, no Diário Oficial e nos meios eletrônicos, com informações referentes às quantidades, preços, fornecedores, procedimentos de aquisição e valores da operação. (HUPSEL, 2005, p. 939).

O Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.709/07, alterando vários dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações), instituindo indiretamente a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

Artigo 28 (...)

VI – declaração do licitante de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 desta lei, bem como dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, nos termos do § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do artigo 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.

(...)

Artigo 87 (...)

§ 4º. As sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado contratadas, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, ao contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade.

Nesta ordem de idéias, a Ilustre Procuradora Edite Hupsel asseverou que, na esfera administrativa, mesmo sem previsão expressa em lei, a fraude e o abuso de direito autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, estendendo à outra empresa uma penalidade aplicada à pessoa jurídica diversa, desde que constituída em momento posterior ao da apenação da outra empresa, tenha sócios coincidentes e objeto social similar ao da entidade apenada. Assim procedendo, o Poder Público estará evitando a utilização abusiva da personalidade jurídica da empresa e a utilização fraudulenta de outra pessoa jurídica (HUPSEL, 2006, p. 516).

Em reação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo Governo da Bahia, a empresa GEG Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda. interpôs recurso ordinário,

com fundamento no artigo 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República, desafiando acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. O mandado de segurança foi proposto contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que fez expedir a Portaria nº 650/2000, de 12/9/2000, a qual estendeu à recorrente os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa Combail Ltda., que, no caso concreto, tentou burlar a lei, mediante a constituição de nova sociedade, composta pelo mesmo quadro societário, mesmo objeto comercial e endereço.

Nesse contexto, a segunda Turma do STJ, no recurso ordinário em Mandado de Segurança (ROMS nº 15166-BA), tendo como relator o Ministro Castro Meira, decidiu:

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 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 de sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações (Lei nº 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 provimento.

(...)

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao princípio da legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Diverso não é o entendimento do Tribunal de Contas da União, que, como órgão constitucionalmente responsável pela fiscalização dos gastos públicos, possuidor da missão de efetuar apurado controle sobre a legitimidade dos atos administrativos conducentes à despesa

pública, de modo pacífico, vem se manifestando pela admissão da teoria na esfera administrativa, conforme acórdão nº 189/2001 – Plenário, referente ao Processo nº 675.295/1994-7, Relator Ministro Guilherme Palmeira:

Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa, por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.

Com efeito, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510-7/DF, de 19/11/2003, o Plenário do STF, vencido o Ministro Carlos Ayres Britto, fixou o entendimento de que os Tribunais de Contas possuem legitimidade para expedir medidas cautelares a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como para garantir a efetividade de suas decisões, ao decretar:

Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução.

1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2 – Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

3 – A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos de Representação e na legislação aplicável.

4 – Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.

Caso o Tribunal de Contas, ciente da utilização irregular ou abusiva de uma sociedade por parte de seus membros, deixe de adotar a providência adequada, estará se omitindo quando tinha o poder-dever de agir. Permanecer inerte ou omissos sob o argumento de que

inexiste expresse dispositivo legal autorizador da desconsideração é uma ofensa ao princípio da superioridade e indisponibilidade do interesse público. Eis como se pronuncia o Tribunal de Contas da União:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, Decide: (...)
 8.3.determinar ao Departamento Geral de Serviços do Comando do Exército que, nas próximas licitações, durante o exame da documentação relativa à habilitação jurídica, seja verificada a composição societária das empresas participantes, de modo a evitar que sócios-proprietários de empresas que tenham sido apenadas com as sanções previstas nos incisos III e IV, do art. 87, da Lei nº 8.666/93, e que, dentro do prazo de vigência da penalidade, tenham constituído ou adquirido outra empresa ou sociedade, venham a participar do certame licitatório com essa nova empresa ou sociedade;
 8.4.determinar o arquivamento deste processo.
 TC 004.631 – Decisão 1253/2002-Plenário-TCU.

Ao versar sobre a matéria, Hely Lopes Meirelles assegura que “o poder-dever de agir da autoridade pública é reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina” (MEIRELLES, 2006, p. 101).

Ademais, o Acórdão da Segunda Câmara do TCU nº 425/1998, relator Ministro Benjamin Zymler, pontifica:

Assim, o ilícito que motivou a atuação do Tribunal de Contas da União não se cinge ao mero descumprimento de cláusula contratual, no qual a responsabilidade seria inequivocamente da pessoa jurídica, nos termos do art. 1.056 do Código Civil, mas, sim, está situado no campo extracontratual. Portanto, como é manifesta a cumplicidade do ex-prefeito e dos sócios da firma no cometimento das irregularidades, é plenamente possível a desconsideração da personalidade jurídica, tal como adotado pelo anterior Relator, Ministro José Antônio Barreto de Macedo. Quanto ao mérito das contas, não tendo os responsáveis recolhido o débito imputado ou apresentado novos elementos de defesa, permanecem inalterados os fundamentos que determinaram a rejeição das alegações de defesa.

Por último, merece reprodução o Acórdão da Segunda Câmara do TCU nº 1765/2003, relator Ministro Ubiratan Aguiar:

Tomada de Contas Especial. Convênio. Constatação de que o objeto do convênio já havia sido executado anteriormente. Desconsideração da pessoa jurídica. Contas irregulares do ex-presidente da Camas, cooperativa que firmou o convênio, e do responsável pela Ateai, empresa que recebeu os recursos do convênio. Débito. Autorização para cobrança judicial da dívida. Remessa dos autos ao Ministério Público da União.
 TC 550.074.

Há outro acórdão a considerar: o sócio-gerente é acusado de utilizar a pessoa jurídica sob sua direção para fraudar uma licitação. O juiz de primeiro grau responsabilizou o sócio-gerente pelo ocorrido, utilizando para tanto a desconsideração da pessoa jurídica com base no artigo 50 do Código Civil. Inconformado, o sócio-gerente apresentou agravo de instrumento para derrubar a decisão do juiz monocrático, o Tribunal de Justiça confirmou a decisão de primeiro grau, nos seguintes termos:

Agravo de instrumento. Ação de reparação de danos por improbidade administrativa. Preliminar de ilegitimidade passiva. Sócio que participa diretamente de procedimento licitatório. Indício de fraude na licitação. Desvio de finalidade. Inteligência do art. 50 do Código Civil. Desconsideração da pessoa jurídica. Ilegitimidade passiva não configurada. Decisão mantida. (TJ/PR, 1ª Câmara Cível, Ag. In. nº 155175-9, Rel. Des. Sérgio Rodrigues, julgado em 01/3/2005).

A presunção de fraude se faz presente se constituída a nova entidade quando já se encontrava instaurado o processo administrativo para a apenação da outra pessoa jurídica.

Se uma determinada empresa, após o competente processo administrativo, foi apenada com a suspensão ou a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, repugna ao direito permitir que possam seus sócios, burlando a lei e fraudando aquela penalidade, vir a licitar e contratar, utilizando-se de outra pessoa jurídica posteriormente criada para esse fim específico (HUPSEL, 2006, p. 517).

Em suma, os efeitos impedem a nova sociedade, a sociedade de fachada, de participar de certa licitação ou de determinada contratação direta ou de inscrever-se nos cadastros dos órgãos públicos, pois seus sócios, também sócios da sociedade punida, criaram-na para fugir ou contornar aquela situação (GASPARINI, 2004, p. 206).

Nos casos em que estão envolvidas duas sociedades com os mesmos objetivos, endereço e local de funcionamento, que utilizam os mesmos empregados, bens, equipamentos e instalações, constituídas pelos mesmos sócios, eventualmente com pequena variação societária, uma suspensa e outra livre de quaisquer concertos administrativos, somente a criada mais recente será objeto de processo de desconsideração da personalidade jurídica, pois é com essa que os sócios pretendiam praticar a fraude, os atos abusivos, contornar a lei, violar o interesse público.

Portanto, decretada sua desconsideração para o caso específico que motivou essa medida estão, ambas, impedidas, uma pela própria punição e a outra punida com a desconsideração, apenas para a situação que lhe deu causa, pois os atos abusivos foram

praticados pelos sócios de ambas as empresas. Como se vê, a desconsideração da personalidade jurídica é restrita (GASPARINI, 2004, p. 207).

A desconsideração visa corrigir o mau uso da pessoa jurídica e não uma singela inadimplência, não é uma regra, é um mecanismo excepcional, que deve ser aplicado com cautela, evitando-se o risco de destruir o instituto da pessoa jurídica e lesionar os direitos da pessoa física, razão esta, que exige fundamentos em fatos concretos.

Conforme afirmou o Juiz Ferraz Nogueira, em seu voto:

“(…) A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que vem sendo adotada pela jurisprudência, como forma de desmerecer a fraude pelo uso da sociedade, deve ser aplicada com muita parcimônia e cautela, para que não alvitre o instituto maior, da pessoa jurídica, em que se assentam todas as relações da firma com terceiros. Somente havendo prova incontroversa da fraude, onde a entidade jurídica venha a se desviar das suas finalidades específicas, causando danos e não os podendo suportar, é que se admite a tese inovadora, tão bem examinada pelos comercialistas (...). Simples indícios e presunções de abusos e atos fraudulentos, são insuficientes para formar a convicção do julgador, até porque o princípio de que ‘a fraude não se presume, deve ser provada’ incide como critério prevalecente no direito civil, para que se impeça seja praticada uma injustiça. Percalços econômico-financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica.” (TAC, 3ª Câmara, Ap. nº 507.880-6, julgado em 15/9/1992).

4 CONCLUSÃO

O tema foi escolhido em razão da atualidade de seu debate no Direito brasileiro, bem como a discussão referente à necessidade de sua sistematização legislativa.

A lei não pode prever e regulamentar todas as hipóteses e acontecimentos do cotidiano. A necessidade faz com que certos instrumentos sejam criados pelo ordenamento jurídico, com a finalidade de auxiliar as relações sociais. Muito se tem avançado no que diz respeito à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instituto que visa reprimir abusos e irregularidades cometidas por dirigentes de sociedades em prejuízo de sócios, acionistas ou de terceiros, tendo sido recentemente positivada no Direito brasileiro, notadamente no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, na legislação de proteção ambiental, no Código Tributário Nacional (art. 135, inc.III), acabando por ser acolhido pelo Código Civil de 2002, em seu art. 50, nos seguintes termos:

"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."

A desconsideração não busca a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado feito que se configure, a critério do Judiciário, abuso do direito e fraude no uso da personalidade jurídica, o que, em tese, permitiria alcançar pessoas e bens que nela se escoram para fins abusivos e/ou ilícitos. Nesse sentido se expressa a doutrina nacional - Rubens Requião, Lamartine Corrêa, Fábio Ulhoa Coelho -, inspirados em seu precursor na Alemanha (Rolf Serick) e nos julgados dos tribunais norte-americanos ("*disregard of legal entity*").

Assim, são pressupostos para a desconsideração a fraude e o abuso de direito.

No caso do procedimento licitatório, proveniente da necessidade de dar cumprimento ao disposto no art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, observando-se o princípio constitucional da isonomia na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, de forma que tanto o processamento quanto o julgamento permaneçam em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade entre outros (art. 3º da lei nº 8.666/93), torna-se indispensável a

possibilidade do desfazimento do mito da intangibilidade dessa ficção jurídica conhecida como personalidade jurídica, sempre que sua apresentação se dê com o objetivo de fraudar a lei ou abusar ilegalmente de suas disposições.

O Estatuto Federal Licitatório, porém, não tem a finalidade de regulamentar a atuação das empresas. Destina, especificamente, a definir as normas para licitações e contratos administrativos, atuação dos agentes públicos e dos particulares interessados em contratar com a Administração, entre outras providências. Para que a desconsideração da personalidade jurídica fique cristalina, o País ainda carece de um texto legal específico.

A ausência de previsão legal não configura um óbice a que a personalidade jurídica de uma sociedade, em caso de inequívoca intenção abusiva ou fraudulenta, venha a ser superada pela força de decisão administrativa e judicial, sustentadas pelos princípios que norteiam a Administração Pública.

É necessário o constante acompanhamento da jurisprudência para aperfeiçoar o instituto da desconsideração, inclusive verificando em que ponto atende às necessidades sociais, sempre dinâmicas.

Conclui-se, portanto, pela tendência, no Direito brasileiro, de afastar a predominância da consideração da personalidade jurídica, sempre que uma empresa dela se valer para burlar a lei ou praticar fraude ou dificultar a aplicação de sanções, incorrendo em violação à moralidade administrativa, mantidos o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 14. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil e a Lei n. 10.303/2001 (S/A). São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Eduardo Lessa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. *Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal*. Organizadores Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Comercial*. v. 2: direito de empresa. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, p. 38-44, mar. 1992.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. v. 1. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 8, p. 937-947, ago. 2007.

FRIGERI, Marcia Regina. A responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração de pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 53-69, maio. 1997.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 52, n. 320, p. 07-21, jun. 2004.

HUPSEL, Edite Mesquita. A lei baiana de licitações e contratos administrativos – lei nº 9.433/2005 – frente às normas gerais da lei nº 8.666/1993. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, São Paulo, ano XII, n. 141, p. 939-944, nov. 2005.

_____. Extensão da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar – Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, n. 52, ano 5. Elaborado em: abr. 2006. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=34924>. Acesso em: 03 set. 2009.

JUNKES, Rodrigo Vissotto. As sanções de suspensão e declaração de inidoneidade e a questão da extensão dos seus efeitos. *Zênite*, n. 932, out. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOCH, Deonísio. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 42, n. 205, p. 17-27, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 47. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEBELLO, Mariana. Os Tribunais de Contas e a *disregard doctrine*. *Fórum Administrativo – Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 5238-5255, mar. 2005.

NAHAS, Thereza Christina. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Responsabilidade Direta no Âmbito do Direito do Trabalho. *IOB - Repertório e Jurisprudência - Trabalhista e Previdenciário*, v. 2, n. 15, p. 482-485, ago. 2009.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 751-764, set. 2002.

_____. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 27. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Gaysita Schaan. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista: Análise dos Fundamentos Jurídicos. *Revista IOB - Trabalhista e Previdenciária*, n. 239, p. 12-26, maio 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1 – Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTIAGO, Edna Ribeiro. Desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário. *Ciência Jurídica*, ano 22, n. 142, p. 42-66, jul-ago 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, n. 128, p. 138 - 149, out. - dez. 2002.