

A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das penalizações administrativas.

Marcela Capachi Nogueira Soares

A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma elaboração doutrinária recente. Ganhou força na década de 50 com a publicação do trabalho de Rolf Serick na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen, na Alemanha, em 1953. A partir da jurisprudência norte-americana, Serick buscou definir os critérios gerais autorizadores do afastamento da autonomia das pessoas jurídicas, o que lhe conduziu à respectiva assertiva: “o juiz, diante do abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica”, devendo compreender por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, tenha por intento frustrar a aplicação da lei, o cumprimento de obrigação contratual ou, ainda, prejudicar terceiros de modo ardiloso.

No Brasil, o tema foi abordado inicialmente pelo professor Rubens Requião, defendendo a compatibilização entre a *disregard doctrine* como é intitulada e o direito brasileiro, sem que houvesse, em nossa ordem jurídica, dispositivo legal expresso a respeito. O principal argumento da sua tese reside no fato de que as fraudes e os abusos perpetrados através das pessoas jurídicas não poderiam ser corrigidos senão com a adoção de tal teoria pelo direito pátrio.

Nesse diapasão, em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, tais entes podem ser utilizados como instrumentos para a realização de fraude ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular de direitos e obrigações, e não os seus sócios, não raramente, em face de manipulações na sua constituição, interesses de credores ou terceiros são indevidamente lesados. Ao prestigiar a autonomia desses entes jurídicos em certas situações, o ilícito cometido pelos sócios permanecerá oculto, anuviado pela licitude da conduta da pessoa jurídica. Em tais casos, como medida de repressão, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso

concreto, para alcançar os sócios, responsabilizando-os pessoalmente pelo ilícito causado.

O âmbito de repercussão da *disregard doctrine*, todavia, concentrou-se principalmente nas relações empresariais e consumeristas, enfocando sempre a tutela patrimonial ao credor ou consumidor, bem como a proteção ao mercado de capitais, fato demonstrado principalmente pelo desenvolvimento da teoria no direito positivo brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica, no seu art. 28. Os fundamentos legais elencados para a desconsideração em favor do consumidor são: a) abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; b) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração; c) utilização da personalidade jurídica como meio de obstar o ressarcimento de dano causado ao consumidor.

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o art. 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), que possibilita a aplicação da teoria em proteção às estruturas livres de mercado, quando configurada infração à ordem econômica e, ainda, na aplicação de sanções.

A teoria da despersonalização é contemplada, outrossim, no art. 4º da Lei 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente.

Tais leis setoriais, entretanto, são objeto de excessiva crítica por parte dos doutrinadores, em face dos desacertos de tais dispositivos com a elaboração doutrinária da teoria, visto que incluem entre os fundamentos da desconsideração hipóteses em que a responsabilidade pode ser imputada diretamente ao sócio ou representante legal por ato ilícito próprio, não representando a personalização da sociedade óbice para essa imputação. É o caso, por exemplo, da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei ou dos estatutos e contrato social, ou ainda no que pertine à má administração. Ademais, a interpretação do direito positivo deve se dar em consonância com os fundamentos teóricos da desconsideração, haja vista que a *disregard doctrine* representa uma evolução do instituto da pessoa jurídica e

não a sua negação, só devendo a sua autonomia ser desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito.

O novo Código Civil consagrou em norma expressa a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, adotando a linha objetivista de Fábio Konder Comparato, em que o descerramento do véu corporativo prescinde de elementos anímicos. O art. 50 do novo Código imprimiu maior enfoque ao aspecto patrimonial da desconsideração, para alcançar os bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

A despeito da inexistência de outras previsões legais, mister se faz ressaltar que o arcabouço de situações em que é gritante a necessidade da aplicação da teoria da despersonalização não se limita a esses ramos do direito.

Nesse sentido, verifica-se que também no âmbito do direito administrativo a aplicação da teoria sob comento torna-se pertinente, sobretudo no que tange à aplicação da penalidade de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração Pública, bem como da declaração de inidoneidade para esses mesmos fins, ante a realidade que ora se apresenta. Com efeito, tornou-se corrente a constituição de uma nova sociedade empresária pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social de uma anterior, penalizada pela Administração por inadimplência contratual ou por haver sido declarada inidônea para licitar e contratar com o Estado, cujo objetivo maior é furtar-se ao cumprimento da sanção imposta, continuando a participar de licitações e contratar com a Administração Pública, burlando, desse modo, a aplicação da lei de licitações em manifesto abuso de direito.

Como expediente de coibição, deve se estender a penalidade, por via da desconsideração da personalidade jurídica, às outras sociedades que tenham sido criadas com esse fim. Desconsidera-se a personalidade jurídica da empresa penalizada para identificar os sócios, imputando a esses a penalidade como forma de predominância da atuação do Estado na apuração de suas responsabilidades, estendendo a sanção para a empresa constituída com fins espúrios. Ou, de outra forma, desconsidera-se a autonomia de ambas as sociedades para identificá-las como uma mesma empresa, penalizando assim o ente ulterior pela inexecução contratual ou conduta inidônea da primeira empresa.

A aplicação da teoria da desconsideração em tais casos, após devidamente comprovada a intenção fraudulenta da empresa criada com o intuito de ludibriar a Lei de licitações, se impõe, tendo em vista que diante de um abuso de direito o Estado não pode permanecer na inércia, sob pena de conivência com essa triste realidade e respectivo sacrifício do interesse público.

Ora, inúmeras conseqüências nefastas surgem para o Estado em face da ação maliciosa dessas pessoas, acarretando não só prejuízos ao erário público, como também uma prestação ineficiente do serviço público, numa total dissonância com o princípio da eficiência consagrado em sede constitucional entre os princípios regentes da Administração Pública.

Pode-se falar ainda na eventual responsabilidade subsidiária do Estado em face dos danos causados a terceiros pela má prestação do serviço público.

Além disso restaria olvidado os princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade caso o Poder Público contratasse com tais empresas criadas em manifesto abuso de direito ou fraude a lei para a prestação de serviço público, ou permitisse a continuidade da prestação.

Quanto ao princípio da eficiência, Hely Lopes Meirelles já o configurava como um dos deveres da Administração, definindo-o como “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não mais se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Como esperar eficiência na prestação de um serviço e atendimento das necessidades da comunidade 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 devido processo administrativo.

A ofensa ao princípio da moralidade administrativa consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal é gritante, pois este princípio constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração, erigindo-se também como fator de legalidade, sendo portanto imoral e ilegal a contratação de uma

sociedade empresária criada visando à utilização abusiva de sua personalidade jurídica.

A agressão à moralidade evidencia-se ainda pela possibilidade de propositura de ação popular quando da celebração de contrato do Estado com tais entes criados com o objetivo de se esquivar do cumprimento da penalidade imposta.

Nesses casos, ao desconsiderar a personalidade jurídica conforme já mencionado, estará a Administração coibindo a ação dessas pessoas, impedindo-as de licitar e contratar com o ente público, visto que a pessoa jurídica inicialmente por elas engendrada já estava proibida.

Agindo assim, o Poder Público guiar-se-á pelo princípio da razoabilidade, atuando com sensatez, prudência e em conformidade com a finalidade da lei e os princípios vetores da Administração.

A inexistência de dispositivo legal autorizador da despessoalização na Lei de Licitações, para muitos aplicadores do direito constitui óbice inamovível para a extensão da sanção à segunda empresa, alijando-a do certame. Argumentam que por se tratar de matéria punitiva, está o Estado adstrito ao princípio da legalidade, não podendo impor vedações senão em virtude de lei, além de estar a atuação sancionatória estatal cingida aos princípios informadores do direito penal.

Doutrina e jurisprudência, entretanto, já pacificaram entendimento no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, visto que se trata de medida de repressão a atos fraudulentos. Deixar de aplicá-la a pretexto de inexistência de expressa previsão legal, significaria o mesmo que amparar a fraude.

A possibilidade da aplicação da teoria da despessoalização no âmbito da licitação, com a extensão do impedimento para licitar e contratar a outra empresa, tem por fulcro o respeito ao princípio da moralidade, visto que legalidade e moralidade administrativa se interrelacionam, constituindo pressupostos de validade da conduta da Administração Pública, bem como respeito aos princípios da preponderância do interesse público sobre o privado, da eficiência e da razoabilidade.

Desse modo, uma vez comprovada a intenção fraudulenta ou abusiva da segunda empresa, deve a mesma ser alijada do procedimento

licitatório como medida moralizadora, depois de lhe ser conferida o amplo direito de defesa e do contraditório em processo administrativo.

Esse entendimento vem angariando força, já existindo no anteprojeto da Lei de Licitações do Estado da Bahia previsão expressa admitindo a aplicação da teoria no campo das penalizações, no capítulo referente às sanções administrativas, dispondo o art. 190, *in verbis*: “Fica impedida de participar de licitação e contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida”.

Destarte, em abono à tese defendida no presente trabalho, no sentido de ser possível e legítima a aplicação da *disregard doctrine* no campo das penalizações administrativas, impede registrar que, com a previsão genérica da teoria no art. 50 do novo Código Civil, estabeleceu-se uma regra geral de conduta para todas as relações jurídicas travadas na sociedade, possibilitando a correção das simulações e fraudes e outras situações em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Bibliografia

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: volume 2. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

GLAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

HUPSEL. Edite Mesquita Hupsel. *Parecer N° PAC-T-020/2000*. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador, v. 26/273.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial: volume 1*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.