

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADA NA LEI DE LICITAÇÕES

Carlos Gustavo Lemos de Souza

(Advogado)

cglsouza@ig.com.br

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, é mister que se faça um breve apanhado acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio e suas implicações.

Como se sabe, pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. É decorrente do que se chama doutrinariamente de fato associativo. Teixeira de Freitas denominava as pessoas jurídicas de “ente de existência ideal”. Alguns doutrinadores a denominam de pessoa moral, abstrata, pessoa mística.

O ordenamento jurídico confere às pessoas jurídicas personalidade jurídica distinta das dos seus membros. No nosso sistema jurídico uma pessoa jurídica só tem existência legal após o registro dos seus atos constitutivos, art.45 do CC. O registro da pessoa jurídica é constitutivo de sua personalidade, difere-se, portanto, das pessoas físicas cujo registro é meramente declaratório.

No entanto, essa regra fantástica de se conferir personalidade jurídica às pessoas jurídicas começou a ser utilizada de forma negativa por pessoas inescrupulosas. Passaram a utilizar a pessoa jurídica como “escudo”, “capa” ou “véu”, para proteger negócios escusos e prejudicar terceiros.

Como respostas a esses abusos ocorrido em todo o mundo, criou-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Essa teoria nasceu na Inglaterra em 1896, com o nome de *disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*, em razão do caso SALOMON x SALOMON COMPANY.

Essa teoria permite que o juiz, em casos de abuso, autorize o superamento episódico ou temporário da personalidade da entidade para permitir que os credores ou terceiros prejudicados satisfaçam os seus créditos no patrimônio pessoal dos administradores ou sócios daquela pessoa.

No Brasil, o primeiro doutrinador a escrever sobre o tema foi o Professor Rubens Requião. Como não havia lei que expressamente permitisse a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, valiam-se os tribunais para aplicá-la, analogicamente, da regra do art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) brasileira foi à primeira lei a admitir a aplicação dessa teoria. À primeira lei de natureza civil no Brasil que adotou essa teoria foi o CDC (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 28. O Código Civil de 1916 não possuía dispositivo consagrando expressamente esta teoria, no entanto o atual Código civil em seu art. 50, passou a prever tal possibilidade: “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”.

Duas correntes se formaram no mundo derredor essa teoria da desconsideração da personalidade jurídica: A) Corrente Subjetiva; B) Corrente Objetiva. A primeira prega que para utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se deve provar, além do abuso pela confusão do patrimônio e desvio de finalidade, o *animus*, ou seja, o dolo do agente de assim ter agido. A segunda corrente, por seu turno, defende que para a utilização desta teoria só basta provar o abuso. É a corrente defendida pelo Professor Fábio Conder Comparato. Não há dúvidas de que o nosso código civil atual, em seu art. 50, adotou essa corrente.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar ou pelo menos suscitar discussão acerca da possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Pretende-se buscar a aplicação da *disregard doctrine* nas hipóteses em que restar demonstrado que uma segunda empresa foi criada pelos mesmos sócios de uma primeira empresa que fora punida pelo Estado, após o devido processo legal, por inadimplência contratual ou por haver se tornado inidônea para licitar e contratar com o mesmo, com o fim de continuar participando de licitações ou de contratar com a administração, ludibriando, dessa forma, a sanção imposta.

A Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) não consagra qualquer dispositivo expresso que autorize a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No entanto, vem se verificando que nos dias atuais se tornou corriqueira a prática, por parte de empresários inescrupulosos, de mecanismos de ludibriar a aplicação da lei e a atuação do Estado, principalmente no que concerne à apuração das responsabilidades decorrentes de inexecução total ou parcial de contratos administrativos ou atitudes inidôneas nestes mesmos contratos.

Apesar da ausência de dispositivo expresso na Lei 8.666/93, entendemos perfeitamente possível a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nestas hipóteses. O fundamento legal que poderá ser invocado nessas situações, ao nosso ver, se encontra no próprio ordenamento pátrio. Basta que se analise a redação conferida ao art. 50 do Código Civil Pátrio, consubstanciado com os princípios da moralidade administrativa, da eficiência e da razoabilidade, que norteiam o atuar do Poder público.

O Código Civil Pátrio reza em seu 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”**.

Creemos que, dúvidas não pairam no tocante a existência de abuso da personalidade jurídica na hipótese de criação, por parte de empresários inescrupulosos, de nova pessoa jurídica, com personalidade distinta da anterior, com o fito de ludibriar a lei e o estado, fugindo assim das sanções impostas pelo Poder Público, em decorrência de inexecução total ou parcial de contratos administrativos ou atitudes inidôneas nestes mesmos contratos.

Atente-se que, quando não havia lei que expressamente permitisse a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os tribunais, no afã de coibir os abusos, se utilizavam, analogicamente, da regra do art. 135 do Código Tributário Nacional.

Atualmente o ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em inúmeras possibilidades. Só a título ilustrativo, verifique-se que é consagrada na CLT, no CDC, no CC, na Lei de Sociedades Anônimas, na Lei 8.884/94 (art.18).

Destarte, em vista de tantas possibilidades de previsão legal, apesar de se entender que a mais importante delas se encontra no Código Civil, art. 50, pois traz uma aplicação mais generalizada do instituto, não se vislumbra qualquer óbice na utilização da *disregard doctrine*, para coibir os abusos cometidos por empresas em contratos com a Administração Pública, ainda que a Lei 8.666/93, seja omissa neste sentido.

Ademais, como se esposou acima, o nosso ordenamento jurídico se filia a corrente objetiva que prega que para a utilização desta teoria basta a prova do abuso na utilização da personalidade jurídica.

Nesse espeque, com a certeza de que é indubitável o abuso existente nessa nefasta prática, infelizmente tão utilizada e difundida nos dias de hoje por alguns empresários brasileiros, a desconsideração da personalidade jurídica se mostra necessária e indispensável como instrumento de garantir que só participem de licitações ou contratem com o poder público aquelas empresas com capacidade de fornecer um serviço de qualidade, eficiente e não danoso ao erário.

Ainda que seja questionada a utilização do art. 50 do CC, como guarida jurídica que embasa a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na Lei de Licitações e Contratos administrativos, tal teoria pode ser aplicada sem problemas, tomando por base os princípios da moralidade administrativa, da eficiência e da razoabilidade.

Como nos ensina J.J. Gomes Canotilho: “A constitucionalização dos **princípios fundamentais** tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem **força normativo-constitucional**, dada a superação definitiva da idéia de Constituição como simples ‘complexo de diretiva políticas’ e uma vez rejeitada a idéia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. Conseqüentemente, **toda a constituição é direito, toda ela é ‘lei’ positiva e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei Fundamental.**”

A moralidade administrativa, princípio consagrado no art. 37 da CF/88, constituída em pressuposto de validade de todo e qualquer ato da Administração Pública, se incompatibiliza por completo com a contratação pelo poder público de uma empresa fraudulentamente criada para esse fim. Assim, como medida moralizadora, cabe ao ente público, nestas hipóteses de evidente fraude, desconsiderar a personalidade jurídica e alcançar os sócios e administradores que se escondem atrás dessa nova pessoa jurídica, aplicando a ela a mesma sanção aplicada a primeira empresa, pois em verdade são uma só.

Da mesma forma deve se agir com espeque no princípio da razoabilidade. Isto porque se reveste de absoluta incoerência e insensatez a contratação, pela Administração Pública, de empresa comprovadamente criada com objetivo de frustrar aplicação de penalidade de suspensão ou de declaração de inidoneidade por ela imposta.

Também não se imagina haver eficiência na prestação de serviço público, nem satisfatório atendimento da comunidade e de seus membros, ao celebrar-se contrato com empresa criada como meio de artifício para neutralizar penalidade que lhe foi imposta, consistente em proibição de licitar e contratar com o poder público.

Conclusivamente, compreendemos que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, muito mais do que uma possibilidade se configura em uma necessidade. Necessidade esta que se impõe frente aos dias de hoje, já que o Estado vem sofrendo as nefastas conseqüências dos abusos cometidos por conta de alguns Empresários sem qualquer escrúpulo.

Sem pretensão de esgotar o assunto, muito pelo contrário, intencionado em fomentar a discussão acerca deste tema, é que apresentamos esse trabalho, com o fito de se reforçar as novas idéias acerca da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na lei de licitações e contratos administrativos.

BIBLIOGRAFIA:

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

VALADÃO, Perpetua Leal Ivo. Artigo da Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, p. 157-169, 2000.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.