

INSTITUTO SAVONITTI

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



RENATO DE LIMA FRANÇA

**DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SEDE
ADMINISTRATIVA**

MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

BRASÍLIA - DF

2013

RENATO DE LIMA FRANÇA

**DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SEDE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal - IMAG, como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processual Civil, sob a orientação do Dr. Edmilson de Jesus Costa Filho.

BRASÍLIA

2013

Aos meus pais, Roque e Edna, pela dedicação e irrestrito apoio moral e material.

À minha Andrea, que sempre esteve ao meu lado.

À Marcela Frutuoso França, nova razão de existir.

A todos os irmãos e amigos conquistados na Corregedoria-Geral da União,
representados na pessoa de Carlos Higino Ribeiro de Alencar,
que tanto me incentivaram no cumprimento incansável
da Constituição Federal e das Leis referentes
à área correcional, sem perder a ternura.

RESUMO

No direito brasileiro, a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros. Tem patrimônio próprio, autônomo e independente das pessoas físicas (ou jurídicas) que a compõem. Sua existência se justifica para ser usada segunda suas finalidades e na conformidade do Direito. Contudo, seu uso abusivo contra credores e sua utilização em desrespeito ao interesse público, bem como em fraude à lei e contornando obrigações e sanções administrativas que deveria cumprir, é uma realidade que não se adapta ao ordenamento jurídico e indica o cenário de crise em que se encontra o instituto da pessoa jurídica. Assim, uma das propostas do presente trabalho é compreender o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, identificando seus pressupostos no âmbito civil e consumerista e, por conseguinte, tentar aplicar tais raciocínios no âmbito administrativo, de maneira a se evitar fraudes em licitações e contratos administrativos. Abordar-se-á a experiência do Tribunal de Contas da União, que vem utilizando o instituto em suas decisões. Além disso, o trabalho enfrenta a possibilidade de extensão de uma penalidade administrativa em caso de reorganização societária, trilhando o caminho de institutos de direito civil e dos princípios constitucionais da moralidade e da indisponibilidade dos interesses públicos. Por fim, busca apresentar as inovações apresentadas pelo Projeto de Lei 6.826/2010, de iniciativa do Poder Executivo, conhecido por Projeto de Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Palavras-chave: 1) Pessoa jurídica; 2) Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo; reorganização societária; abuso de direito.

ABSTRACT

Under Brazilian law, the corporation has no existence separate from its members. It has its own assets, autonomous and independent of individuals (or entities) that comprise it. Its existence is justified to use their second goals of the law and compliance. However, their abuse against creditors and their use in violation of the public interest, as well as the breach of the law and outline the obligations and administrative penalties that should accomplish, it is a reality that does not fit the Brazilian legal system and indicates the crisis scenario where is the institute of legal entity. Thus, one of the proposals of this work is to understand the institution disregard of the legal entity, identifying their assumptions in civil and consumer and therefore try to apply such reasoning to administrative, in order to prevent fraud in procurement and government contracts. Address will be the experience of the Court of Audit, which has been using the institute in their decisions. In addition, the work also addresses the possibility of extension administrative penalty in the event of reorganization, treading the path of institutes of civil law and constitutional principles of morality and unavailability of public interests. Finally, seeks to present the innovations presented by Bill 6.826/2010, the initiative of the executive branch, known as Anti-Corruption Bill, which provides for civil and administrative liability of legal persons for the commission of acts against the national public administration or foreign.

Keywords: 1) Corporations; 2) Disregard of legal personality in the administrative, corporate reorganization; abuse of rights

SÚMARIO

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 6 |
| 1-Da pessoa jurídica..... | 8 |
| 1.1 Considerações gerais..... | 8 |
| 1.2 Natureza jurídica..... | 10 |
| 1.3 Da sociedade empresária..... | 11 |
| 2 - Da teoria da desconsideração da personalidade jurídica | 11 |
| 2.1 Considerações gerais..... | 14 |
| 2.2 Síntese histórica..... | 15 |
| 2.3 Teorias de aplicação da desconsideração..... | 16 |
| 2.4 Posituação no nosso ordenamento jurídico..... | 17 |
| 2.5 Da utilização da teoria da desconsideração pelo Tribunal de Contas da União..... | 19 |
| 2.6 Da possibilidade de utilização da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa (licitações e contratos) | 27 |
| 3- Da reorganização societária e seus reflexos no âmbito administrativo (licitações e contratos)..... | 35 |
| 4 - Do projeto de Lei sobre responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica na esfera administrativa..... | 37 |
| Conclusão..... | 39 |
| Referências bibliográficas..... | 41 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo verificar a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, mais especificamente em licitações e contratos administrativos.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conquanto seja tema polêmico e fascinante, deve ser utilizada de forma excepcional, em situações em que fique demonstrado o desvio de função, ou seja, da utilização da pessoa jurídica de forma incompatível com as funções atribuídas a esse instituto pelo ordenamento jurídico. Contudo, sua utilização na seara administrativa não tem assento legislativo até o presente momento e merece aprofundamento pela doutrina pátria.

Além disso, busca o trabalho abordar a temática das reorganizações societárias e seus eventuais reflexos na seara administrativa, mais especificamente relacionado com o objetivo de burlar sanções administrativas regularmente aplicadas, objetivando a participação em licitações e a celebração de contratos administrativos.

No primeiro capítulo, discorrer-se-á sobre alguns conceitos genéricos sobre a pessoa jurídica, dando-se ênfase a sua natureza jurídica. Em seguida, abordar-se-á a sociedade empresária, tipo societário que mais participa de licitações e celebra contratos administrativos.

No segundo capítulo, iniciar-se-á a abordagem sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica sob o contexto doutrinário, com destaque para a positivação em nosso ordenamento jurídico e para as teorias de aplicação. Além disso, observar-se-á decisões do Tribunal de Contas da União, que vem utilizando-se do instituto da desconsideração e a possibilidade de sua utilização no âmbito administrativo.

No terceiro capítulo, cuidar-se-á das reorganizações societárias e da possibilidade de extensão de uma penalidade administrativa nessas situações, trilhando o caminho de institutos de direito civil.

No último capítulo far-se-á uma abordagem sobre o Projeto de Lei 6.826/2010, de iniciativa do Poder Executivo, conhecido por Projeto de Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a

responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

1 DA PESSOA JURÍDICA

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Segundo Miguel Reale (2000), o termo pessoa, utilizado em nosso ordenamento jurídico, vem da expressão latina *persona*, que, na antiguidade, correspondia à máscara utilizada pelos artistas no teatro romano, a fim de configurar e caracterizar os tipos ou personagens, e somente mais tarde passou a representar o próprio sujeito de direito.

Em princípio, esse termo só pode referir-se ao ser humano. Contudo, em virtude da complexidade da vida civil e da necessidade de se conjugar os esforços de vários seres humanos, o ordenamento jurídico acabou por equiparar determinados agrupamentos de indivíduos à pessoa humana, surgindo, então, as pessoas jurídicas.

Nessa acepção, complementa Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 255):

o sentimento gregário do homem permite afirmar que a associação é inerente à natureza, corrigindo-lhe as fraquezas e suprimindo com a sua continuidade a brevidade da vida. O espírito criador engendra então entidades coletivas, resultantes de um agregado de pessoas ou de um acervo de bens, por via dos quais logra a obtenção de resultados mais positivos e mais amplos do que consegue o esforço individual isolado.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 368) não discrepam desse entendimento e acrescentam ser:

induidosa a necessidade de emprestar personalidade jurídica a agrupamentos humanos. Pela impossibilidade de exercer, realizar, por si só, certas atividades e atingir determinadas finalidades que ultrapassam suas forças e limites, a pessoa natural precisa se unir a outras pessoas humanas, formando grupos com desiderato próprio. A estas entidades o ordenamento jurídico empresta autonomia e independência, dotando-as de estrutura própria e personalidade jurídica distinta daquelas que a instituíram”

Com relação à evolução do instituto da pessoa jurídica, Arnold Wald (2003, p. 147) afirma que:

o conceito de pessoa jurídica não se firmou definitivamente no direito romano, reconhecendo-se, todavia, personalidade ou capacidade jurídica ao Estado, aos municípios, ao Fisco e, no campo do direito privado, a certas sociedades e fundações. No direito pós-clássico, as igrejas, mosteiros, hospícios, hospitais, e estabelecimentos de beneficência constituíam verdadeiras fundações denominadas corpora e que, segundo o direito romano, eram equiparadas às pessoas físicas, como também o era a herança jacente, ou seja, aquela que ainda não fora adjudicada aos herdeiros. Encontram-se no Digesto os princípios básicos que ainda hoje regem as pessoas jurídicas, distinguindo-se, já naquela época, o patrimônio social do patrimônio individual dos membros da sociedade. Devemos salientar, todavia, que, para o direito romano, a personalidade jurídica dependia de reconhecimento pelo Estado, que assim podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades a grupos sociais.

Portanto, diante da contribuição dos antepassados e da doutrina abalizada, pode-se conceituar a pessoa jurídica como a entidade a que a lei empresta personalidade e que tem como principal característica a reunião de pessoas naturais (ou jurídicas) ou de bens vinculados a certa finalidade prevista pelo Direito com existência distinta da dos seus membros. Tem patrimônio próprio, autônomo e independente das pessoas físicas (ou jurídicas) que a compõem.

Eis algumas das definições mais conhecidas no cenário brasileiro para a pessoa jurídica: Maria Helena Diniz (2004, p. 214) a conceitua como a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direito e obrigações. Três seriam seus requisitos: organização de pessoas ou de bens, liceidade de propósitos ou fins e capacidade jurídica reconhecida pela norma.

Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 233), por sua vez, apresenta definição bastante pragmática:

é o sujeito de direito personificado não-humano. É também chamada de pessoa moral. Como sujeito de direito, tem aptidão para titularizar direitos e obrigações. Por ser personificada, está autorizada a praticar atos em geral da vida civil – comprar, vender,

tomar emprestado, dar em locação etc. -, independentemente de específicas autorizações da lei. Finalmente, como entidade não-humana está excluída da prática de atos para os quais o atributo humanidade é pressuposto, como casar, adotar, doar órgãos e outros.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 182) afirma que as pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações, apontando como principal característica a atuação na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem:

Importante destacar que a denominação utilizada para indicar o instituto - artigo 40 e seguintes do Novo Código Civil – Lei 10.406/2002 não é a mesma em todos os países. Adotam essa denominação a Alemanha, a Itália e a Espanha. A França e a Suíça adotam o termo pessoas morais, enquanto Portugal utiliza a denominação pessoas coletivas.

Por fim, observa-se que nosso Código Civil deu tratamento mais simples à matéria, estabelecendo que as pessoas jurídicas podem ser de direito público, interno ou externo, e de direito privado e apresentando de forma mais clara as características de cada uma destas entidades.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

Em que pese a existência de diversas teorias que buscam explicar a existência da pessoa jurídica, neste tópico só serão abordadas as três principais teorias que afirmam a existência da pessoa jurídica e têm maior relevância para o presente estudo, quais sejam, a teoria da ficção legal, a da realidade objetiva e da realidade técnica.

Segundo a teoria da ficção legal, da qual se destaca o defensor SAVINGNY, por essência, só o homem poderia titularizar relações jurídicas. Dessa forma, a pessoa jurídica seria simples criação artificial da lei, tendo existência apenas na inteligência dos jurídicos.

Já a teoria da realidade objetiva, também dita teoria da realidade orgânica, de GIERKE e ZITELMAN, pregava que seriam as pessoas jurídicas organismos sociais com existência e vontade próprios, diversos de seus membros, tendo por fim realizar objetivos.

A teoria da realidade técnica, entendia a pessoa jurídica como ser real, contudo, a realidade atribuída à pessoa jurídica seria meramente técnica, uma vez que ficava restrita à satisfação dos seres humanos.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 266), adepto desta última teoria,

o jurista moderno é levado, naturalmente, à aceitação da teoria da realidade técnica, reconhecendo a existência dos entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os, contraindo obrigações, seja pela declaração de vontade, seja por imposição da lei. Sua vontade é distinta da vontade individual dos membros componentes; seu patrimônio, constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços dos criadores ou associados, é diverso do patrimônio de uns e de outros; sua capacidade, limitada à consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização, é admitida pelo direito positivo. E, diante de todos os fatores de sua autonomização, o jurista e o ordenamento legal não podem fugir da verdade inafastável: as pessoas jurídicas existem no mundo do direito e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real.

Para o nosso direito positivo, a pessoa jurídica é uma criação técnica e uma realidade objetiva. É o que se depreende do artigo 45 do Novo Código Civil que diz que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com sua inscrição no registro competente.

1.3 DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Considerando que o presente trabalho tem por fim avaliar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, mais especificamente nas licitações e contratos administrativos, apresenta-se conveniente estreitar o estudo para as pessoas

jurídicas que mais se relacionam com a Administração Pública, quais sejam, as sociedades empresárias.

Isso porque normalmente as atividades objeto das licitações e contratações públicas caracterizam exercício de atividades de empresa, de maneira que somente poderão ser admitidas nesses procedimentos sociedades empresárias.

Nosso código civil, em seu artigo 966, optou por conceituar o empresário e assim caracterizá-lo pelo exercício de uma atividade profissional, que demanda exploração organizada sob a forma de empresa, comportando despesas e custos, para obtenção de um resultado que poderá ser positivo ou negativo. Dois elementos caracterizam o empresário: a iniciativa e o risco.

Registre-se que a licitação é um procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios preestabelecidos num edital, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

Com o término do procedimento licitatório e consequente adjudicação do objeto ao vencedor, celebra-se o contrato administrativo, que é o instrumento primordial por meio do qual o Estado estabelece relacionamento com os particulares para obter bens e serviços de que necessita.

Portanto, para celebrar um contrato administrativo com a Administração Pública, uma sociedade empresária deve preencher os requisitos estabelecidos no edital e nas Leis regentes, além de apresentar a proposta mais vantajosa para o Poder Público. Em situações excepcionais, a contratação pode ser feita diretamente, desde que respeitados os procedimentos e requisitos legais.

Dando continuidade ao estudo, registra-se que as sociedades empresárias nascem do encontro de vontades de seus sócios, encontro este materializado por um contrato social no qual são estabelecidas as normas disciplinadoras da pessoa jurídica.

Contudo, para passar a existir no mundo jurídico, nos termos do artigo 45 do Código Civil brasileiro, a sociedade empresária deve ter seu ato constitutivo inscrito no respectivo regis-

tro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Observa-se, desse modo, que Registro do Comércio constitui função pública com a finalidade de dar autenticidade, validade e segurança aos negócios jurídicos, imprimir publicidade em tudo quanto constar de seus registros e conservar documentos.

O doutrinador Fábio Ulhôa Coelho (2000, p.30) afirma que a Junta Comercial, no exercício de suas funções registrais, está adstrita aos aspectos exclusivamente formais dos documentos que lhe são dirigidos, não lhe competindo negar a prática do ato registral, senão com fundamento em vício de forma, sempre sanável, sendo-lhe defeso exigir o atendimento de requisito formal não estabelecido no ordenamento jurídico em vigor.

Assim, diferentemente da pessoa natural, cujo registro civil tem natureza meramente declaratória, o registro dos atos constitutivos da pessoa jurídica tem natureza constitutiva, sendo verdadeiro instrumento de reconhecimento de sua personalidade jurídica, que inexiste antes disso.

Diante disso, é de se concluir que nosso ordenamento jurídico adotou, quanto ao processo de criação da pessoa jurídica, o sistema das disposições normativas, pelo qual a formação da pessoa jurídica se dá pela vontade humana, atendendo às condições legais. Sem a inscrição do ato no registro competente, não terá a entidade personalidade jurídica e, por consequência lógica, as pessoas naturais que a compõem responderão pessoalmente pelas obrigações assumidas, submetendo-se às normas dos artigos 986 a 990 do Novo Código Civil (sociedade de fato).

Feita essa rápida síntese dos passos para se constituir regularmente uma sociedade empresária, observa-se um regime excessivamente liberal para o seu registro nas Juntas Comerciais, uma vez que não são exigidas providências básicas como, por exemplo: a) presença dos sócios e apresentação de documento de identificação original; b) elaboração de auto de constatação de verificação material, quanto à existência dos diretores ou sócios-gerentes, dos bens, ou do próprio capital social; c) da verificação material da existência concreta e real do local de funciona-

mento do estabelecimento; d) da avaliação de compatibilidade entre capital social e atividade econômica; e) da capacidade financeira dos sócios; e f) origem do capital integralizado.

Essa observação é feita com a finalidade destacar que tal regime pode favorecer a constituição de sociedades empresárias de “fachada”, que acabam por atuar junto ao mercado de forma abusiva, trazendo prejuízos a terceiros e à Administração Pública como contratante.

2. DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A pessoa jurídica, como já dito, é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações (DINIZ, 2004, p. 222).

O artigo 1.024 do Código Civil alberga a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas¹. Pode-se inferir que tal ferramenta jurídica busca promover a atividade econômica e o progresso do país, já que nossa Constituição adotou o regime capitalista de mercado. Marçal Justen Filho (1987, p. 48) considera o reconhecimento da personalidade às pessoas jurídicas como uma sanção positiva através da qual o ordenamento jurídico busca incentivar os cidadãos a desempenharem determinadas atividades de interesse particular e estatal.

Contudo, seu uso abusivo contra credores e sua utilização em desrespeito ao interesse público, contornando obrigações e sanções que deveria cumprir, é uma realidade que não se adapta ao ordenamento jurídico e indica o cenário de crise em que se encontra o instituto da pessoa jurídica.

Como exemplo prático da utilização dessa teoria, podem ser citados os casos em que se verifica a constatação de fraude ou de simulação, situação em que a cobrança judicial poderá

¹ Artigo 1024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

ser direcionada contra o patrimônio privado dos sócios, uma vez constatada a inexistência de condições de solvência por parte da sociedade.

Assim, o Poder Judiciário, ante o fato de que a pessoa jurídica possa ser utilizada para fins contrários ao Direito, pode, em casos excepcionais, desconsiderar a personalidade jurídica, e equiparar o sócio à sociedade, para coibir o abuso de direito.

É bom que se diga que tal teoria não leva à dissolução da personalidade jurídica (despersonalização), mas, sim, à desconsideração pontual da personalidade, para responsabilizar as pessoas físicas ou jurídicas que tenham se desviado da função. Não resta dúvida que tal teoria foi criada visando justamente coibir abusos e injustiças.

Justificando a teoria, Caio Mario da Silva Pereira (2001, p. 58) conclui “que os integrantes da pessoa jurídica invocam o princípio da separação, como se tratasse de um véu protetor. Era preciso criar um instrumento jurídico hábil a ilidir os efeitos daquela cobertura”.

2.2 SÍNTESE HISTÓRICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sua origem em construção jurisprudencial norte-americana e inglesa (sistema do *common law*). A doutrina, de uma forma geral, aponta o célebre caso *Salomon vrs. Salomon & Co. Ltd.*, julgado em 1897 pela *House of Lords* (Casa dos Lordes), como determinante para a expansão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no mundo (*disregard of legal entity*) (REQUIÃO, 2003, P. 378).

No caso em destaque, a decisão de primeira instância desconsiderou a personalidade jurídica da *Salomon & Co. Ltd.*, ao considerar que o sócio Aaron Salomon pretendeu fraudar os credores. Isso porque Salomon, com a quebra da sociedade, reclamou os créditos que tinha com a sociedade em detrimento dos demais credores, o que foi considerado abusivo pelo juiz, que determinou a desconsideração da personalidade jurídica e o pagamento do crédito de Salomon após a satisfação do crédito dos demais credores.

Em sede de recurso, a Casa os Lordes reformou a decisão de primeira instância, por ter considerado que a sociedade fora constituída validamente e que, portanto, deveria ter

preservada sua personalidade jurídica. Como consequência, Salomon teve seus créditos reconhecidos em prejuízo dos demais credores. Apesar disso, a tese da decisão judicial que decretou a desconsideração da personalidade jurídica acabou por formar jurisprudência e se expandir para os Estados Unidos e outros países.

Portanto, por ser produto de jurisprudência e do sistema jurídico anglo-americano (*common law*), a teoria acabou por trazer dúvidas em sua aplicação, principalmente em face do nosso sistema (*civil law*), que pressupõe a sistematização dogmática dos institutos. Marçal Justen Filho (1987, preâmbulo) observou muito bem essa questão:

Esta obra não representa modelo acabado da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Trata-se de uma formulação experimental, objetivando enquadrar a chamada *disregard doctrine* dentro de parâmetros de nossa dogmática jurídica. Por isso, há uma consciente intenção de afastar o modelo de enfoque consagrado no direito comparado. Tanto os estudos norte-americanos quanto a obra alemã se identificam por uma abordagem indutiva. Os doutrinadores costumam examinar a jurisprudência e catalogar os casos de aplicação da doutrina da penetração. E, buscando aproximar os casos semelhantes, julgam descobrir as regras genéricas em que se fundaria a desconsideração. Modelo de todas as obras sobre a matéria é, então, o trabalho de Serick. Julgamos, sem desmerecer a validade desse tipo de enfoque, que não é o mais adequado à forma de trabalho da nossa dogmática jurídica. Os juristas nacionais, tradicionalmente, adotam um método sistemático para tratar os institutos jurídicos. Isso significa adoção do método dedutivo. Buscam organizar as questões de modo geral e abstrato, segundo sua natureza jurídica. A grande dificuldade para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade reside precisamente nas suas fórmulas fragmentárias. Não se encontram indicadores seguros nem precisos acerca de quando se deve aplicar a dita teoria. Nem se sabe em que consiste exatamente ela. Se há algo de original nesta obra é justamente a proposta: abordar a *disregard doctrine* segundo o método tradicional de nosso direito.

2.3. TEORIAS DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO

Como visto, a teoria da desconsideração surgiu fundamentalmente da crise da função verificada em relação às sociedades empresárias e elegeu como pressuposto para afastamento da autonomia patrimonial o uso fraudulento ou abusivo do instituto, ou seja, deu ênfase para a intenção do sócio ou administrador, voltada à frustração de legítimo interesse do credor (formulação subjetiva).

Observando as dificuldades que essa formulação subjetiva trouxe para o campo das provas, Fábio Konder Comparato (1977, p. 283) elaborou a formulação objetiva, cujo pressuposto da desconsideração se encontra na confusão patrimonial.

Em feliz síntese, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 46) arremata:

Em suma, entendo que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude.

Com relação à formulação subjetiva, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 35) distinguia a teoria maior, baseada no fato pelo qual o juiz estaria autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraude e abuso praticados através dela e da teoria menor, quando o simples prejuízo do credor já possibilitaria o afastamento da autonomia patrimonial. Observa-se que o autor considerava a “teoria menor” uma aplicação incorreta da teoria da desconsideração.

Contudo, atualmente, com a evolução do tema na jurisprudência brasileira, em edição mais recente de seu curso de direito comercial, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 35) passou a entender não ser mais possível falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual os conceitos “maior” e “menor” mostram-se ultrapassados.

2.4 POSITIVAÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

No ano de 1990 o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi explicitamente regulamentado por Lei com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). É o que se extrai da leitura do artigo 28 do referido código:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do 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.

§ 1º Vetado.

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

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

§ 4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Não custa lembrar que nosso Código de Defesa do Consumidor tem por princípio regular e proteger a parte mais fraca na relação jurídica consumerista, qual seja, o consumidor, evitando abusos do poder econômico e as práticas negociais onerosas.

Analisando o referido artigo 28, Oksandro Gonçalves (2011, p. 101) observa que ele aborda, além da desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização do sócio por ato ilícito na condução da sociedade, de maneira que não há que se falar em desconsideração diante da imputação direta da responsabilidade ao sócio ou administrador. O mesmo autor (2011, p.101), agora com relação ao § 5º do 28, aponta:

que o critério utilizado pelo legislador para desconsiderar a personalidade foi o de prejuízo aos consumidores. Apesar de não se referir à fraude ou abuso de direito, é possível admitir a desconsideração no caso do dispositivo legal, por se tratar de hipótese expressamente prevista em lei.

Na sequência, no ano de 1994, a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a repressão às infrações à ordem econômica, também regulamentou a aplicação da teoria nesse âmbito no seu artigo 18. No ano de 2012, a Lei 12.529/12 estruturou o Sistema de Defesa da Concorrência – SBDC, com a revogação da Lei 8.884/94, tendo a teoria da desconsideração sido tratada nos mesmos moldes, mas no seu artigo 34:

“Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração à 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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Em 1998, foi editada a Lei 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais, tendo o legislador mais uma vez regulamentado o tema. Nesses termos o artigo 4º da Lei:

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

André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, 253) destaca que:

essas três Leis, não obstante não servirem de regra geral para aplicação da teoria, receberam duras críticas da doutrina, sobretudo dos comercialistas. Isso porque tais disposições não condizem com as formulações doutrinárias que deram origem à *disregard doctrine*, prevendo a sua aplicação em casos para os quais o ordenamento jurídico já contém remédios eficientes, como acontece nas situações de ato ilícito ou infração da Lei, dos estatutos ou do contrato social.

O Código Civil de 2002, Lei 10.406/2002 – também consagrou em norma expressa a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, dessa vez, abordou o instituto de maneira mais técnica e próxima da doutrina original (*disregard doctrine*), que deve ser utilizada de forma excepcional. É o que dispõe o artigo 50 do CC:

“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”.

Desse modo, o artigo 50 do Código Civil pode ser considerado hoje a regra matriz acerca da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Nesse sentido é o que dispõe o enunciado no. 51 do Conselho da Justiça Federal: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

2.5 DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União - TCU - recebeu da Constituição Federal de 1988 poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. (artigo 70 da CRFB).

Além disso, a Carta Magna estabeleceu que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas as obrigações de natureza pecuniária, tem o dever de prestar contas ao TCU.

Desse modo, dentre as competências institucionais do TCU, inclui-se a aplicação de penalidades administrativas aos responsáveis por ilegalidades ou irregularidades nos atos de gestão. As sanções previstas nas normas constitucionais, legais e regimentais incluem a aplicação de multas e devolução de débitos apurados, afastamento provisório do cargo, declaração de inidoneidade de licitantes e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal.

É de se destacar que o TCU não é órgão jurisdicional, de maneira que sua existência não consiste em compor litígios nem em dizer o direito para o caso concreto. Por exercer função de controle, não se caracteriza pela imparcialidade funcional inerente ao Poder Judiciário. É órgão eminentemente técnico-administrativo.

Visando aclarar suas atribuições, Benjamim Zimler (2005, p. 255) divide as competências constitucionais do TCU em parajudiciais e fiscalizadoras. A função parajudicial, que interessa para esta análise, seria desempenhada quando o Tribunal julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nos processos de prestação de contas anual ou tomada de contas especial, bem assim quando aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares, para fins de registro.

Feita essa introdução observa-se, em pesquisa em seu sítio, que o TCU no ano de 2004, por iniciativa do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, formou processo com a finalidade de elaboração de norma a respeito da responsabilidade de pessoas jurídicas de direito privado e da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (TC 005.552/2002-3)².

Aprofundando nas pesquisas, foi possível verificar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de entes privados pelo TCU em sua função parajudicial em duas situações: 1º) nos casos de ressarcimento ao erário e 2º) no caso de extensão de penalidade de declaração de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei Orgânica do TCU a outras pessoas jurídicas, de maneira a impedi-las de licitar e contratar com a Administração Pública Federal.

Para ilustrar a primeira situação, destaca-se o Acórdão 2.089/2012, no qual a Primeira Câmara do TCU julgou uma Tomada de Contas Especial e considerou provado que a empresa SOMAR CONSTRUTORA LTDA, contratada pelo município de Malta-PB para execução de

² Acórdão 516/2004 – Plenário TCU (...) 9.2. determinar à SEGECEX que constitua grupo de trabalho com a finalidade de examinar a proposta do Sr. Procurador-Geral junto a esta Corte de Contas, no sentido de elaboração de Decisão Normativa e/ou Enunciado de Súmula que contemple, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

uma obra com recursos federais (convênio) era, na verdade, uma empresa de “fachada”, sem existência fática e sem qualquer capacidade operacional, a qual servia para dar aparência de legalidade às licitações para a consecução dos objetos pactuados e, ao final, para lesar os cofres públicos.

Neste caso específico, o TCU aplicou a teoria da desconsideração e condenou a empresa Somar Construtora Ltda. e seu sócio de fato, sr. Marcos Tadeu Silva, ao ressarcimento dos valores devidos aos cofres públicos, acrescidos dos encargos legais cabíveis, por ter ficado comprovado o fim ilícito e abusivo da constituição da referida sociedade. Abaixo, a ementa desse julgado:

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXECUÇÃO PARCIAL APURADA EM FISCALIZAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DA EXECUÇÃO DO OBJETO. INDÍCIOS DE FRAUDE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO.

1. Havendo fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, presente requisito para desconsideração da personalidade jurídica com alcance dos responsáveis.
2. A desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de abuso de direito, será decidida pelo colegiado competente para julgar o processo em que ocorrer a questão incidental.
3. Somente se procederá à citação dos sócios ou administradores responsáveis pelo abuso de direito, após a deliberação do Tribunal acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa responsável pelo dano ou beneficiada com pagamentos irregulares. (TC 025.459-2009-3 – Min. Relator Walton Alencar Rodrigues – 1ª. Câmara do TCU)

Para ilustrar a segunda situação – extensão de penalidade administrativa - aborda-se o Acórdão 1.209/2009 – Plenário, que teve início com uma representação formulada pelo Ministério Público Federal, em virtude de irregularidades constatadas na concorrência nº 03/2004, realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Abaixo a ementa do Acórdão:

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE.

1. A constatação de ocorrência de fraude à licitação, com configuração de dano ao Erário, enseja a condenação dos responsáveis em débito, julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa.
2. A existência de fraude em procedimento licitatório enseja a declaração de inidoneidade dos licitantes envolvidos para participarem de licitação na Administração Pública Federal

3. Acolhida a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, respondem os sócios das empresas envolvidas pelo prejuízo causado ao erário. (TC 001.323-2006-5 – Min. Relator José Jorge – Plenário do TCU)

Pela leitura do longo Acórdão, observa-se que a empresa CONDOR Administração de Serviços Ltda. e seus sócios foram acusados de conluio com as demais empresas habilitadas na Concorrência 03/2004 - UFRN, com o intuito de sair vencedora da licitação, por meio de acerto de preços com suas concorrentes com pagamentos de valores, o que frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório. Vários foram os indícios considerados pelo Tribunal nesse sentido (apreensão de comprovantes de depósitos feitos pela empresa CONDOR na sede das empresas concorrentes, documentos com datas próximas ao procedimento licitatório, etc.).

Contudo, o que chamou a atenção neste julgado administrativo foi a forte dúvida acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica com o fim de estender a penalidade de declaração de inidoneidade aos sócios. Ressalta-se que o Ministério Público opinou pela sua não extensão. O Ministro Relator, porém, entendeu por estender a penalidade às sociedades que forem constituídas com o mesmo objeto social e compostas pelo mesmo quadro societário daquelas fraudadoras do certame da UFRN, no que foi acompanhado pelos demais Ministros. Por sua clareza, apresento trecho do Voto que aborda a questão:

“3.9 No tocante à declaração de inidoneidade das empresas, acolho o encaminhamento da Unidade Técnica com o adendo feito pelo *Parquet*. Acato, também, o entendimento desse órgão especializado no que se refere a não-extensão da declaração de inidoneidade aos sócios da Condor, por entender que o objetivo pretendido com a aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica é o ressarcimento do prejuízo, não sendo *compatível*, como asseverou o Ministério Público, *o seu manejo para a extensão de penalidade administrativa a sócio de empresa licitante*.

3.9.1 Registro, nessa mesma linha, trecho do voto proferido pelo Ministro Valmir Campelo quando da apreciação do TC 013.976/2006-4:

“(…)

É cediço que a imputação de débito a pessoa jurídica de direito privado deve ocorrer quando comprovada sua participação na prática de ato lesivo ao patrimônio público. Nesta linha é o inciso II do art. 71 da Constituição Federal, ao dispor que compete ao controle externo julgar as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra impropriedade de que resulte prejuízo ao erário público.

10. Entendo, contudo, que o objetivo da aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica tem por fim o ressarcimento do prejuízo causado. Em apoio, destaco partes do disposto no art. 50 do Código Civil: “Em caso de abuso (...), pode o juiz decidir, (...) que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (grifos meus).

11. Implica dizer, assim, que o uso do instituto mencionado visa alcançar pessoas físicas que, também, poderiam ter se beneficiado com recursos oriundos de desvio. No caso ora em exame, o chamamento dos sócios-gerentes, via audiência, decorre, exclusivamente, do entendimento da ocorrência de abuso dos poderes que lhes foram conferidos, não tendo por fim ressarcimento de valores.

12. Desta forma, as considerações acima me levam a entender necessário, então, pequeno ajuste, no sentido de restringir as audiências aos agentes públicos e às empresas envolvidos, deixando de incluir seus sócios-gerentes, posto que não se destinam a ressarcimento de valores aos cofres públicos.

(...)”.

3.9.1.1 E, ainda, excerto do voto do Ministro Ubiratan Aguiar, no TC 001.474/2000-0 (Acórdão 143/2006-P), no sentido de que “tais considerações apenas demonstram que o emprego da citada teoria, que ultrapassa a personalidade jurídica da empresa para alcançar seus mandatários, visou resguardar o interesse público com o objetivo de ressarcimento ao erário. Cabe enfatizar que a medida foi adotada nestes autos de modo excepcional, somente quando a presença dos fortes indícios de fraude e má-fé justificaram a prolação das Decisões n.º 496/2002 e 497/2002, ambas do Plenário” (grifo nosso).

3.10 Penso, porém, que esta Corte de Contas deva, na esteira do precedente trazido pela Secex/RN (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Relator Min. Castro Meira, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Data de Julgamento 07/08/2003, Data da Publicação DJ 08/09/2003), estender a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal às futuras sociedades que forem constituídas com o mesmo objeto social e compostas pelo mesmo quadro societário daquelas fraudadoras do certame da UFRN.”

O Acórdão ficou assim redigido no que toca a essa temática:

“9.12 **declarar, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/92, a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal, por 5 (cinco) anos, das empresas CONDOR – Administração de Serviços Ltda., CNPJ 70.309.943/0001-86; Solução Serviços Comércio e Construção Ltda., CNPJ n.º 05.531.239/0001-01; Mult Service Construções e Serviços Ltda., CNPJ n.º 02.648.969/0001-07; Conecta Serviços Terceirizados Ltda., CNPJ n.º 02.477.341/0001-88; CM – Conservadora Mundial Ltda., CNPJ n.º 03.691.720/0001-39; TÁLER Service - Recursos Humanos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 05.539.867/0001-33; STAFF-Assessoria Empresarial, Empreendimentos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 05.562.351/0001-00; Daniel Carvalho Leite-ME, CNPJ n.º 00.454.059/0001-50; L&M-Serviços de Conservação de Bens Ltda., CNPJ n.º 00.454.059/0001-50; A.J. Serviços Ltda., CNPJ n.º 02.633.573/0001-88; Ação**

Empreendimentos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 42.104.869/0001-26; TC3 – Terceirização de Serviços Meios Ltda., CNPJ n.º 03.350.200/0001-62; SGP – Serviços Gerais Personalizados Ltda., CNPJ n.º 02.751.637/0001-45; TGS – Tecno Global Service Ltda., CNPJ 03.898.917/0001-43; Control Service Ltda., CNPJ n.º 02.201.611/0001-23; GEL Comércio e Serviços Ltda., CNPJ n.º 03.932.006/0001-95; e Construtora Solares Ltda., CNPJ n.º 02.773.312/0001-63;

9.13 declarar, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/92, a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal, por 5 (cinco) anos, **às futuras sociedades constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário das empresas CONDOR** – Administração de Serviços Ltda., CNPJ 70.309.943/0001-86; Solução Serviços Comércio e Construção Ltda., CNPJ n.º 05.531.239/0001-01; Mult Service Construções e Serviços Ltda., CNPJ n.º 02.648.969/0001-07; Conecta Serviços Terceirizados Ltda., CNPJ n.º 02.477.341/0001-88; CM – Conservadora Mundial Ltda., CNPJ n.º 03.691.720/0001-39; TÁLER Service - Recursos Humanos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 05.539.867/0001-33; STAFF-Assessoria Empresarial, Empreendimentos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 05.562.351/0001-00; Daniel Carvalho Leite-ME, CNPJ n.º 00.454.059/0001-50; L&M-Serviços de Conservação de Bens Ltda., CNPJ n.º 00.454.059/0001-50; A.J. Serviços Ltda., CNPJ n.º 02.633.573/0001-88; Ação Empreendimentos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 42.104.869/0001-26; TC3 – Terceirização de Serviços Meios Ltda., CNPJ n.º 03.350.200/0001-62; SGP – Serviços Gerais Personalizados Ltda., CNPJ n.º 02.751.637/0001-45; TGS – Tecno Global Service Ltda., CNPJ 03.898.917/0001-43; Control Service Ltda., CNPJ n.º 02.201.611/0001-23; GEL Comércio e Serviços Ltda., CNPJ n.º 03.932.006/0001-95; e Construtora Solares Ltda., CNPJ n.º 02.773.312/0001-63;” (grifos acrescentados)

Continuando nessa pesquisa, foram encontrados, também, diversos julgados em que o TCU deixou de aplicar a teoria da desconsideração. No Acórdão nº 2.435/2006, por exemplo, a empresa JUPITER VIDEO PRODUÇÕES LTDA recebeu recursos públicos sob a forma de patrocínio e não prestou contas. Apesar de tal fato ser ilícito (omissão no dever de prestar contas dos recursos recebidos), o Ministério Público do TCU argumentou que não havia nenhuma comprovação nos autos de conduta culposa ou dolosa que pudesse alicerçar a responsabilização do sócio-cotista, já que a responsabilidade de cada sócio estaria restrita ao valor de suas cotas e uma vez integralizado o capital, a responsabilidade de cada sócio ficaria adstrita ao valor equivalente às suas cotas ³.

O Ministro Relator trouxe doutrina civilista acerca da teoria da desconsideração, destacando que a separação entre o patrimônio da sociedade e dos seus sócios é o maior atrativo da sociedade limitada. Por fim, considerando que a extinção da sociedade se deu de forma

³ processo .017.031-2004-5 – 2ª. Turma do TCU, Ministro Relator. Marcos Bemquerer Costa

regular, o TCU rechaçou a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade no caso, porém que se poderia exigir dos sócios, inclusive do cotista, o débito imputado à JUPITER VIDEO PRODUÇÕES LTDA até o total da quantia recebida por cada um em virtude da partilha do saldo patrimonial, quando da liquidação da sociedade. Nesses termos a ementa do acórdão:

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. REVELIA. FIM DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE. CONTAS IRREGULARES.

1. Julgam-se irregulares as contas e em débito o responsável, em virtude da omissão no dever de prestar contas.
2. O sócio-cotista responde pelos valores recebidos em decorrência da partilha do saldo patrimonial apurado na liquidação da sociedade, após o pagamento dos credores.
3. Inviável o julgamento das contas de pessoa jurídica extinta antes da citação ante a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo.

Já com relação ao Acórdão nº 2.425/2012, observa-se que o Plenário do TCU aplicou a sanção de declaração de inidoneidade à empresa MICROSENS LTDA em virtude de ter considerado sua atuação ilícita em diversos pregões eletrônicos, manipulando o resultado dos certames com outra empresa do mesmo grupo familiar (VALE TECNOLOGIA LTDA), ambas beneficiadas pela Lei Complementar 123/2006 (microempresa). Nesses termos a ementa:

Sumário: DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. COMPRA DE EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA. INDÍCIOS DE OCORRÊNCIA DE FRAUDE RESULTANTE DO CONLUIO ENTRE LICITANTE. REVOGAÇÃO POSTERIOR DO CERTAME OPERADA PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE. PERDA DE OBJETO EM RELAÇÃO À ADOÇÃO DE MEDIDAS QUANTO À LICITAÇÃO. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. PROCEDÊNCIA. OITIVA DAS EMPRESAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA AFASTAR OS INDÍCIOS DE CONLUIO APURADO NO PROCESSO. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PREVISTA NO AR. 46 DA LEI 8.443/1992.

Contudo, o Ministro Relator, apesar de considerar pertinente a argumentação da unidade técnica (3ª Secex) acerca da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar também outras empresas do mesmo grupo familiar, optou por não aplicar a teoria. A seguir trecho do voto:

“18. No caso deste Tribunal, da mesma forma que ocorre com as sanções administrativas da lei de licitações e contratos, a legislação específica, art. 46 da Lei 8.443/1992, limitou-se a afirmar, que a Corte de Contas declarará a inidoneidade do licitante fraudador. A interpretação deste dispositivo, leva ao entendimento de que o licitante seria uma pessoa jurídica ou mesmo física que tenha participado do procedimento, não abrangendo o sócio, o gerente ou o administrador, que efetivamente tenha perpetrado a fraude.

19. É fato que 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 configuraria burlar a aplicação da sanção administrativa. Porém, mesmo diante deste entendimento, no meu entender, não haveria fundamento legal para extensão dos efeitos da sanção administrativa disposta no aludido art. 46 da Lei 8.443/1992, preventivamente, à nova sociedade que possa vir a ser constituída para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa, ou, ainda, aos sócios da entidade participantes da nova composição societária.

20. Entretanto, entendo ser viável, quando este tribunal se deparar, na análise do caso concreto, com empresa constituída com nítida intenção de fugir da sanção administrativa aplicada, a extensão a essa nova pessoa jurídica da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, a exemplo do ocorrido no Acórdão 928/2008-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, e precedente do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RMS 15166/BA, Relator Ministro Castro Meira.”

Apesar de ter certa semelhança – atuação visando fraudar a competitividade da licitação - a solução jurídica adotada neste acórdão pelo TCU foi totalmente diversa do entendimento pautado no acórdão 1.209/2009 anteriormente destacado, o que mostra que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa, com a finalidade de estender a penalidade administrativa a outras pessoas jurídicas, é bastante casuística, o que traz grande insegurança jurídica para aos administrados.

Assim, apesar de serem observadas situações muito diversas, tornando difícil a tarefa de identificar critérios genéricos que permitam a aplicação segura da doutrina da desconsideração no âmbito administrativo, o TCU, coerente com a melhor doutrina do abuso da personalidade jurídica, vem seguindo a lição de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p.57) na aplicação da teoria, de maneira a prestigiar a contribuição doutrinária, respeitando o instituto da pessoa jurídica, reconhecendo sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e admitindo a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição de mau uso da forma da pessoa jurídica.

2.6 DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NA SEARA ADMINISTRATIVA – LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O Tribunal de Contas da União, como visto, há vários anos vem admitindo a teoria da desconsideração da personalidade em seu âmbito, com a finalidade de fomentar o ressarcimento do erário e de combater a burla a penalidades administrativas aplicadas pelo próprio Tribunal, mesmo não tendo dispositivo legal explícito permitindo sua utilização. Em pesquisa nos sítios dos Tribunais Superiores (STJ e STF), não foi encontrada qualquer decisão judicial que tenha anulado essas atuações do Tribunal de Contas da União na seara administrativa.

Ressalta-se que muitos julgados do TCU fazem referência a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15166/BA, que considerou legítima a aplicação da desconsideração da personalidade na sede administrativa, por ato de autoridade administrativa.

Essa decisão judicial pode ser considerada como um caso modelo acerca da possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, pois enfrentou de forma explícita a falta de previsão legal e a questão da desnecessidade de intervenção do Poder Judiciário nessa atuação.

Por essa razão faz-se importante adentrar nas minúcias desse caso. Do relatório apresentado pelo Ministro Relator, observa-se que a pessoa jurídica G E G Móves, Máquinas e Equipamentos Ltda. impetrou Mandado de Segurança contra ato do Secretário de Administração de Estado da Bahia, pelo fato de ele, após o devido processo administrativo, ter estendido à referida pessoa jurídica os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar anteriormente aplicada em desfavor da empresa COMBAIL LTDA., sob o argumento de que a G E G era composta pelo mesmo quadro societário, mesmo objeto social e com o mesmo endereço desta última, com o nítido objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa.

A empresa, em seu Recurso Ordinário, alegou que o Estado da Bahia não poderia ter adotado tal decisão de desconsiderar a personalidade jurídica em virtude da ausência de Lei que lhe autorizasse assim atuar. Além disso, aduziu que somente o Poder Judiciário nas relações de consumo é que poderia desconsiderar a figura da pessoa jurídica para atingir os sócios.

Em magistral Voto, o Ministro Relator enfrentou todos os argumentos trazidos pela empresa e considerou legítima a atuação da Administração Pública de desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças a executoriedade dos atos administrativos, desde que observado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular. Nesses termos ficou a ementa desse julgado:

“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 à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

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

- Recurso a que se nega provimento.”

(RMS 15166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262)

Essa decisão passou a ser a bússola de orientação dos órgãos administrativos, já que estabeleceu alguns pressupostos e parâmetros para a admissão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, nos termos da doutrina civilista e empresarial e no dever de atuação da Administração Pública frente a uma situação ilícita (autoexecutoriedade).

Destaca-se que o pressuposto para aplicação do instituto é a fraude à lei e o abuso de forma na constituição da nova sociedade. A decisão judicial considerou as seguintes situações como abusivas: constituição da nova sociedade em data posterior à aplicação da penalidade administrativa à sociedade anterior; quadro societário da nova sociedade era mesmo da sociedade punida; o endereço da nova sociedade era mesmo da sociedade punida.

Contudo, o grande dilema enfrentado pela decisão judicial foi o princípio da legalidade, uma vez que não há até o presente momento dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública. Por sua completude, vale a transcrição do trecho do voto acerca desse tema:

“A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenauta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

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.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão somente, a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.”

Diógenes Gasparini (2004, p. 204) observa que “a desconsideração da pessoa jurídica é mecanismo jurídico aplicável no Direito Administrativo, ainda que não haja qualquer

disposição legal autorizadora, pois não cabe à Administração Pública pactuar com a fraude ou o abuso de direito praticados por *sociedade de fachada*”.

Luciano Chaves de Farias (2007, n.8), em artigo sobre o tema, também defende a aplicação da teoria na esfera administrativa e em licitações e acrescenta que

havendo inequívoca intenção de fraudar a lei, é perfeitamente plausível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que também sejam estendidas as sanções aos sócios, de modo que respondam solidariamente pela lesão patrimonial e sejam punidos conforme prevê a lei. Não se justifica favorecê-los com a intangibilidade de seu patrimônio pessoal, como se já tivessem sendo beneficiados apesar de terem afrontado o ordenamento jurídico

Destaca-se que a Controladoria-Geral da União (CGU) já teve oportunidade de avaliar se uma penalidade administrativa aplicada a uma pessoa jurídica, após o devido processo administrativo, estava sendo burlada por sociedade empresária do mesmo grupo familiar. Tal situação chegou ao conhecimento da CGU por provocação do TCU. Abaixo a transcrição da ementa e do item 9.5 do Acórdão 2.304-2009 *ipsi litteris*:

SUMÁRIO: LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE BURLA À SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR. IRREGULARIDADES TENDENTES A RESTRINGIR A COMPETITIVIDADE. DETERMINAÇÕES.

(...)

9.5. encaminhar cópia do presente acórdão, bem com do relatório e do voto que o fundamentam, à Controladoria-Geral da União, para que avalie a conveniência e oportunidade da extensão da inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública da Construtora Gautama Ltda. à Construtora Mandala Ltda.;

A CGU verificou que o TCU decidiu de forma correta e fundamentada ao não estender a declaração de inidoneidade da Construtora GAUTAMA à Construtora MANDALA, já que a Construtora MANDALA fora constituída bem antes da penalização da Construtora GAUTAMA e ambas sempre tiveram sócios diversos (apesar da ligação parental: os sócios da GAUTAMA são pais dos sócios da MANDALA).

Não obstante, o Ministro Relator entendeu razoável imaginar que, diante da impossibilidade de a GAUTAMA desempenhar suas atividades junto ao Poder Público, os pais tenham feito aporte financeiro na empresa de seus filhos, para que estes pudessem aumentar o volume de negócios dentro do ramo em que já atuavam, ou seja, celebração de contratos administrativos.

Diante dessas informações e seguindo os parâmetros da decisão do STJ, a CGU entendeu não ser possível estender a penalidade à CONSTRUTORA MANDALA, razão pela qual, em sede de juízo de admissibilidade, decidiu por não instaurar processo administrativo regular e autônomo em desfavor da referida pessoa jurídica. Contudo, considerou importante comunicar o aporte financeira feito na Construtora MANDALA (7ª Alteração Contratual, de 28.11.2008) ao Ministério Público Federal, já que tal situação poderia representar grave ilícito penal, com consequências na esfera administrativa, uma vez que os sócios da GAUTAMA estavam à época sendo investigados pela prática do crime de corrupção.⁴

Portanto, é de se concluir que, para decretar a desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, a Administração Pública deve respeitar o devido processo administrativo (LIV, do artigo 5º da Constituição Federal), ou seja, deve se utilizar de um processo formal, regular e autônomo que permita à pessoa jurídica o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, a desconsideração deve ser feita por meio de um ato administrativo, materializado numa decisão escrita, fundamentada, motivada e devidamente publicada em órgão de imprensa oficial.

Porém, a maior dificuldade na aplicação da teoria da desconsideração na seara administrativa será no âmbito probatório, uma vez que nosso sistema jurídico exige subjetivismo na aplicação da teoria, de maneira a verificar a vontade do agente em causar dano ou burlar a aplicação de uma sanção administrativa, por exemplo. A formulação objetiva da teoria não deve ser deixada de lado nessa tarefa, pois, na ótica de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 33) , auxiliará na

⁴ Processo administrativo CGU nº 00190.034683/2009-55

facilitação da prova, pois deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios, conforme abordado no capítulo 2 do presente estudo.

Por fim, observa-se a importância de conhecimentos técnicos e da compreensão da realidade que se espera de uma autoridade administrativa que deva decidir um caso de desconsideração, uma vez que se exige para a boa consecução da teoria um amplo domínio dos princípios informadores do direito para adequar o caso concreto ao nosso sistema jurídico. O professor Osmar Vieira da Silva (2002, p.123) apresenta importante alerta: “Olvidado o bom senso, antes de configurar um avanço na busca da justiça, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica será um caminho aberto para a arbitrariedade”.

3. DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Antes de adentrar especificamente neste tema, importante frisar que o Estado brasileiro está pautado em alguns princípios liberais, que garantem uma esfera de isenção do particular em relação ao Poder Público, como, por exemplo, a livre iniciativa econômica e o direito de propriedade.

Desse modo, as operações societárias devem ser vistas sob esse prisma, uma vez que estão à disposição da iniciativa privada, voltadas para a estratégia operacional da empresa e sua racionalização ou expansão. Em última instância, visam a produtividade e a competitividade.

Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 493) conceitua operações societárias como

mutações no tipo ou na estrutura da sociedade empresária e compreendem a transformação, incorporação, fusão e cisão. Se envolverem uma sociedade anônima, essas operações seguem a Lei das S.A. (arts. 220 a 234); caso a operação não envolva sociedade desse tipo, aplica-se o Código Civil (arts. 1.113 a 1.122)

A transformação pode ser conceituada como a operação pela qual a sociedade de determinada espécie para a pertencer a outra, sem que haja sua dissolução, uma limitada se torna anônima ou vice-versa.

A incorporação, por sua vez, é a operação pela qual uma sociedade (incorporada) é absorvida por outra (incorporadora), que lhe sucede em todos os direitos e obrigações. A fusão é a união de duas ou mais sociedades, para a formação de uma nova.

A cisão de sociedade ocorre quando uma sociedade empresária transfere para outra ou outras, constituídas para essa finalidade ou já existentes, parcelas do seu patrimônio ou sua integralidade.

No âmbito civil, as operações societárias são bem reguladas de maneira que não podem lesar credores anteriores à formalização da nova sociedade. Ademais, o credor que se

sentir prejudicado com as operações, poderá, dentro de noventa dias, contados da publicação desse atos, pleitear em juízo anulação dos negócios reorganizativos (DINIZ, 2004, P. 275)

Contudo, na esfera administrativa sancionadora a questão muda de figura, já que as sanções são regularmente aplicadas a determinadas pessoas jurídica e não há qualquer dispositivo legal ou doutrina que aborde as consequências jurídicas na seara administrativa com relação a essas reorganizações societárias.

Ora, imagine a seguinte situação: a CGU aplica uma penalidade de declaração de inidoneidade a uma sociedade empresária, que a impede de licitar e contratar com o Poder Público no mínimo por dois anos (arts. 87 e 88 da Lei 8.666/93).

Contudo, chegam notícias de que a referida sociedade fora incorporada por outra que vem participando de licitações e celebrando contratos com o Poder Público após a referida penalidade. E fica a questão: é possível estender a penalidade aplicada a esta pessoa jurídica incorporadora?

A resposta só pode ser sim. Contudo, como dito, não há legislação, até o presente momento, que aborde o assunto na esfera administrativa.

Avaliando as reorganizações societárias sob o viés administrativo, apesar de permitidas pelo ordenamento jurídico, devem ser analisadas pelo Poder Público com certa cautela principalmente quando envolvem empresas que participam de licitações públicas e mantém contratos milionários com o Poder Público. Isso porque podem representar burla à penalidade administrativa regularmente aplicada, bem como afronta ao princípio da moralidade, que também deve ser observado pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

Desse modo, observada uma situação em que as sociedades empresárias adotam uma operação societária, mas com objetivo ilícito, qual seja, evadir-se de sanção administrativa regularmente aplicada pela Administração Pública, observa-se a figura do abuso de direito, o que comportará a medida de extensão da penalidade administrativa para essa sociedade, sob pena de se permitir a perpetuação da fraude.

Porém, antes dessa decisão administrativa, as empresas envolvidas na operação societária deverão ser notificadas para que apresentem suas razões de defesa, em atenção ao

princípio do devido processo legal, previsto em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Além disso, nossa Constituição prescreve no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Tais princípios são regulados também pela Lei Federal 9.784/99 – Lei Geral do Processo Administrativo, que consiste no direito de dar conhecimento à parte da situação supostamente ilícita, para apresentar suas razões e suas provas. Ao final, a autoridade administrativa decidirá acerca da existência ou não de situação abusiva capaz de justificar a extensão da penalidade administrativa ao novo ente resultado da reorganização societária.

4. DO PROJETO DE LEI SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

O projeto de Lei 6.826/2010, de autoria do Poder Executivo, foi gestado no âmbito da Controladoria-Geral da União e visou atender compromissos assumidos pelo Brasil em tratados antissuborno e anticorrupção, como as Convenções da ONU, da OCDE e da OEA, nos quais o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídica que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais.

De uma forma geral, o projeto dispõe que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas pelos atos praticados por qualquer agente ou órgão que as represente, em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, sendo seu alcance estendido às sociedades empresária e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associação de entidades ou pessoas ou sociedades estrangeiras, que tenha sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Na exposição de motivos, assinada pelos Ministros da Controladoria-Geral da União, da Advocacia-Geral da União e da Justiça, é informado que o projeto de Lei optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, uma vez que o Direito Penal não oferecia mecanismos efetivos ou céleres para punir sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção.

No que interessa para essa análise, com relação à responsabilização na esfera administrativa das pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública nacional, a exposição de motivos informa que o projeto prevê meios para impedir que novas pessoas jurídicas constituídas no intuito de burlar sanções impostas administrativamente mantenham relações com a Administração Pública. Tal prática gera uma cadeia de empresas constituídas com o propósito único de fraudar e lesar a Administração Pública, o que deve ser impedido. Ademais,

o anteprojeto cria mecanismos para combater a utilização de terceiros para ocultar os reais interesses da pessoa jurídica ou os verdadeiros beneficiários de determinadas condutas ilícitas.

Entre as medidas criadas para combater tais práticas ilícitas, destaque-se a previsão da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, na hipótese de se verificar abuso do direito para encobrir, dissimular ou facilitar a prática de infrações previstas pelo normativo ou para provocar confusão patrimonial entre os bens dos sócios e da empresa.

Além disso, com relação às operações societárias, o projeto prevê que a responsabilidade da pessoa jurídica subsiste na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.. A seguir, transcreve-se os artigos que abordam explicitamente a admissão da desconsideração da personalidade jurídica e da subsistência da responsabilidade da pessoa jurídica em caso de operação societária:

“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

(...)

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e ampla defesa.”

Assim, com relação à desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa, especificamente com o fim de evitar a burla de penalidades aplicadas no âmbito administrativo, o ordenamento jurídico contará com um importante avanço, que demandará novos estudos e aprimoramentos da doutrina.

Contudo, considerando que nosso sistema jurídico é de tradição escrita (*civil law*), tais dispositivos facilitam a aplicação dos institutos em todas as esferas administrativas que trabalhem diretamente com sociedades empresárias, principalmente nas licitações e contratações públicas, de maneira a dar mais segurança jurídica aos agentes públicos que militam na área e às sociedades empresárias que se relacionam com o Poder Público.

CONCLUSÃO

No direito brasileiro, a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros. Tem patrimônio próprio, autônomo e independente das pessoas físicas (ou jurídicas) que a compõem. Sua existência se justifica para ser usada segunda suas finalidades e na conformidade do Direito.

Não resta dúvida que tal teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi criada visando coibir abusos e injustiças na utilização da pessoa jurídica e deve ser aplicada excepcionalmente. Apesar de prevista em nosso sistema legal, não há normativo expresso que regule sua aplicação no âmbito administrativo.

Porém, sua aplicação na seara administrativa é plenamente admitida, desde que observadas algumas cautelas pela Administração Pública, como respeito ao devido processo administrativo (inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal), ou seja, deve-se utilizar de um processo formal, regular e autônomo que permita à pessoa jurídica o contraditório e a ampla defesa.

Destaca-se que na esfera administrativa a aplicação da desconsideração é bastante peculiar, uma vez que visa estender uma sanção administrativa a uma outra pessoa jurídica (composta pelos sócios da pessoa jurídica punida), de maneira que a desconsideração tem a finalidade de não permitir que uma pessoa jurídica participe de licitações ou contrate com o Poder Público. Com relação ao TCU, além da extensão da penalidade, visa também alcançar o patrimônio dos sócios, para o ressarcimento dos cofres públicos.

Desse modo, a pessoa jurídica que sofre essa ação da administração pública continua plenamente apta a manter relação jurídica no âmbito privado, já que a penalidade administrativa ou sua extensão é restrita à esfera administrativa. Isso porque tal teoria não leva à dissolução da personalidade jurídica (despersonalização), mas, sim, à desconsideração pontual da personalidade, para responsabilizar as pessoas físicas ou jurídicas que tenham se desviado da função ou estender uma sanção administrativa a uma outra pessoa jurídica (composta pelos sócios da pessoa jurídica punida).

Para decretação da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, a Administração Pública deve respeitar o devido processo administrativo (LIV, do artigo 5º da Constituição Federal), ou seja, deve se utilizar de um processo formal, regular e autônomo que permita à pessoa jurídica o contraditório e a ampla defesa. O mesmo raciocínio jurídico deve ser estendido para as reorganizações societárias, no sentido de se respeitar o devido processo administrativo, caso a Administração observe uma situação de burla à sanção administrativa.

Ademais, a desconsideração deve ser feita por meio de um ato administrativo, materializado numa decisão escrita, fundamentada, motivada e devidamente publicada em órgão de imprensa oficial.

Por fim, na aplicação da teoria deve-se prestigiar a contribuição doutrinária, respeitando o instituto da pessoa jurídica, reconhecendo sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e admitindo a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição de mau uso da forma da pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 12ª ed. Rev. Atual. São Paulo, Saraiva, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. V. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. V. 2: direito de empresa – 14ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 1a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1, 21ª ed. Revista, aumentada e atualizada de acordo com novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil Teoria Geral. 9ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumn Juris, 2011.

FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, out. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=47766>>. Acesso em: 20 agosto 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral – 13ª. Edição São Paulo: Saraiva, 2011

GASPARINI, Diógenes. Disregard Administrativa. Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 1ª. Edição, Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral 7ª. Edição rev. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2009

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: RT, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14ª. Edição – São Paulo: Dialética, 2010.

MORAES, José Luciano Jost de. O princípio da personalidade da pena, a incorporação societária e o direito administrativo sancionador. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10. N. 39, p-229-246, jan./mar. 2010.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. 1ª. Edição. Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. Responsabilidade tributária dos sócios – sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 1ª. Edição; Del Rey; Belo Horizonte, 2001.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Reorganização Societária, Cisão Empresarial e Contrato Administrativo. BDA – Boletim de Direito Administrativo,

NAHAS, Thereza Christina. Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho – São Paulo: Atlas, 2004 1ª. Edição.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Direito Civil – Alguns aspectos de sua evolução – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial – O novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 3ª. Ed. Salvador: Jus podium, 2009.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnold. Direito Civil: introdução e parte geral. 10ª. Ed. Rev. Atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZYMLER, Benjamin. Direito administrativo e controle. 1ª. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2005.