

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

SERGIO FOSTER PERDIGÃO

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE  
JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

RIO DE JANEIRO

2008

SERGIO FOSTER PERDIGÃO

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA  
ESFERA ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Professor – Orientador: Afonso Albuquerque  
Professor – Co-orientador: Marcos Juruena Villela Souto

Rio de Janeiro  
2008

Perdigão, Sergio Foster.

Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa / Sergio Foster Perdigão. – Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.  
64 f.

Orientador: Afonso Albuquerque.

Co-orientador: Marcos Juruena Villela Souto

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 63 – 64.

1. Pessoa Jurídica – Monografias. 2. Desconsideração da personalidade jurídica. I. Albuquerque, Afonso. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.119

SERGIO FOSTER PERDIGÃO

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA  
ESFERA ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Afonso Albuquerque – Orientador  
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

---

Nome completo do 2º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

---

Nome completo do 3º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

*Dedico este trabalho à minha namorada, meus amigos, e principalmente, aos meus familiares, cujo alicerce foi fundamental para que alcançasse este momento.*

## AGRADECIMENTOS

Este presente trabalho é fruto do apoio e do suporte de inúmeras pessoas que me auxiliaram neste longo período de Faculdade.

Agradeço ao meu orientador, Profº Afonso Albuquerque, pelo auxílio necessário neste final de curso, para a finalização deste trabalho.

Ao meu co-orientador, Profº Dr. Marcos Juruena Villela Souto, por ter aceitado esta tarefa, mesmo sendo uma pessoa ocupada e de enorme prestígio no mundo jurídico, e que apesar disso, sempre manteve a humildade e seriedade características, apenas, de seres humanos excepcionais. Além ter me acolhido desde o início de minha caminhada nas letras jurídicas, sempre incentivando os estudos e pronto para debates jurídicos, preocupado, principalmente, em disseminar o seu vasto e precioso conhecimento.

É necessário, também, agradecer à minha mãe, Patrícia, pai, Sergio (*in memorian*), irmã, Elizabeth e meu irmão Paulo que, desde que me conheço por gente estiveram sempre ao meu lado, tanto me incentivando quanto me criticando, participando de minhas vitórias e me levantando na hora dos tropeços, este trabalho, é para vocês.

Agradeço, também, aos meus tios Ivan, Egle, Márcio e Flávia, pois sempre que foi preciso, me deram palavras de incentivo e carinho, necessárias para a formação de cidadãos conscientes de suas responsabilidades.

Gostaria de agradecer, especialmente, aos amigos do escritório Juruena & Associados – Advogados, nas pessoas de meu co-orientador, aos Drs. Flávio Amaral Garcia, Aline Correa Braga C. de Almeida e Paulo César Melo da cunha, bem como a Carla Arminda, Rafael Veras de Freitas, Bernardo Brito Guerra e Laura Lancelloti, cuja presença foi fundamental para minha inspiração nos estudos e na batalha para vencer, objetivando sempre meu crescimento.

Aos meus amigos do QNH, que mesmo de maneira indireta, sempre estiveram presentes, me ajudando e me renovando o espírito quando foi necessário.

Aos amigos do Grupo Fofocas, que acabaram por trazer grandes debates acadêmicos, bem como grande descontração, necessárias neste árduo caminho, que apenas se inicia.

Aos amigos do Escritório Modelo, que me ajudaram nos trabalhos diários aos clientes, me dando forças quando esta me faltava, principalmente diante das mazelas do Fórum.

E a minha namorada, Roberta, que, mesmo diante de minha ausência, soube me entender, elemento mais do que necessário para o término deste presente trabalho.

À vocês, todo o meu carinho, admiração e agradecimentos, esperando sempre contar com vocês.

## RESUMO

PERDIGÃO, Sergio Foster. *Desconsideração da Personalidade Jurídica na esfera administrativa*. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisaremos a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, mas para isso será necessário abordar, em um primeiro momento, a personalidade jurídica considerando seu histórico e a natureza jurídica das sociedades empresárias. Depois, verificaremos a personalização, classificação, seus efeitos, bem como o início e término da personificação das sociedades empresárias. Num segundo momento, iremos avaliar acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ponderando sobre o seu início, desenvolvimento, suas espécies, que podem ser a teoria maior ou a menor da desconsideração. Iremos trabalhar em cima de sua formulação objetiva e subjetiva feita pela doutrina brasileira e examinaremos a inversão desta teoria, ou seja, a desconsideração inversa. Num terceiro momento, avaliaremos como esta teoria adentrou em nosso ordenamento jurídico, dissertando sobre a sua aceitação e aplicação nos Códigos de Defesa do Consumidor, Civil, Tributário Nacional, nas Sociedades Anônimas e no Direito trabalhista. Terminaremos este presente trabalho debatendo sobre a aplicação desta teoria na esfera administrativa, mais especificamente na Ordem Econômica, no Meio Ambiente e finalizando nas licitações administrativas.

Palavras-Chave: Direito Administrativo; Pessoa Jurídica; Desconsideração da Personalidade Jurídica.



## ABSTRACT

PERDIGÃO, Sergio Foster. *Disregard of Legal Entity in the Administrative Sphere*. 2008. 65 f. Monograph (Graduation in Law) - Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The theory of disregard of legal entity in the administrative sphere is analyzed, but first, it is necessary to broach its history and legal characteristics in a business company. Later, the personalization, classification, its effects and the beginning and ending of its personifications are analyzed. Then, we will evaluate the theory of disregard of the legal entity pondering on its beginning, its development, its types which could be the major or minor theory of disregard. After, we will work on its objective and subjective definition used in the Brazilian doctrine and examine the inversion of this theory, in other words, inverse disregard. Then, how this theory is placed in our legal system, discussing its acceptance and application in the Consumer Defense, Civil, and National Taxes Codes, Company and Labor Law. Finally, this work debates about this theory's application in the Administrative Area, more specifically in the Economic Order, the Environment and finishing with the administrative bids.

Word-Key: Administrative Law; Legal Entity, Disregard of Legal Entity.

## **Lista de Abreviatura**

Art. – Artigo

Inc. – Inciso

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTN – Código Tributário Nacional

STJ – Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ – Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES.....	13
2.1 Histórico e personalidade jurídica.....	13
2.2 Natureza Jurídica das Sociedades Empresárias.....	14
2.2.1 A teoria da ficção.....	15
2.2.2 A teoria da realidade.....	15
2.3 Personalização e personificação das sociedades empresárias.....	17
2.3.1 <u>Conceito de sociedade empresarial</u> .....	17
2.3.2 <u>Personificação das sociedades empresárias</u> .....	18
2.3.3 <u>Classificação das pessoas jurídicas</u> .....	19
2.3.4 <u>Efeitos da Personalização</u> .....	20
2.3.5 <u>Do Início e término da personificação</u> .....	21
3. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	22
3.1 Histórico.....	22
3.2 Desenvolvimento desta Teoria (Desconsideração propriamente dita).....	24
3.3 Espécies de Teoria da Desconsideração.....	26
3.3.1 <u>Teoria Maior da Desconsideração</u> .....	27
3.3.1.1 <i>Aplicação da Teoria da Desconsideração</i> .....	27
3.3.1.2 <i>Necessidade da licitude</i> .....	28
3.3.1.3 <i>Formulação subjetiva e objetiva da teoria da desconsideração</i> .....	29
3.3.2 <u>Teoria Menor da Desconsideração</u> .....	30
3.4 <u>Desconsideração Inversa</u> .....	30
4. DO ADVENTO DESTA TEORIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	32
4.1 <u>Aplicação desta teoria antes da aceitação em nosso ordenamento jurídico</u> .....	32
4.2 <u>Aplicação no Código de Defesa do Consumidor</u> .....	32
4.3 <u>Aplicação no Código Civil de 2002</u> .....	34
4.4 <u>Aplicação no Código Tributário Nacional</u> .....	35
4.5 <u>Aplicação na Lei de Sociedades Anônimas</u> .....	40
4.6 <u>Aplicação no Direito do Trabalho</u> .....	41

4.7 Relativização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.....	42
<b>5. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>44</b>
5.1 Aplicação na Ordem Econômica.....	44
5.2 Aplicação no Meio Ambiente.....	47
5.3 Aplicação nas Licitações Administrativas.....	50
5.3.1 <u>Conceito</u> .....	50
5.3.2 <u>Natureza Jurídica das Licitações</u> .....	51
5.3.3 <u>Previsão Legal</u> .....	52
5.3.4 <u>Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Licitações Administrativas</u> .....	54
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho de encerramento de curso pretende-se abordar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Esta teoria, que é largamente conhecida e amplamente utilizada no direito civil é, entretanto, parca ou pouco utilizada no âmbito da Administração Pública, criando-se uma discussão se esta teoria deveria ou não ser utilizada, devido a inexistência de norma legal expressa.

Na esfera civilista, esta teoria é bem conhecida e já possui entendimento pacificado quanto a sua admissibilidade. Restando, portanto, necessário analisar sua possível aplicação na esfera administrativa, sendo que, para isso, será indispensável uma visão transdisciplinar sobre o tema, analisando matérias de natureza civil e empresarial, para podermos, finalmente, discutir sob um enfoque administrativista.

Primeiramente, pretende-se avaliar a clássica distinção entre sócio e sociedade. Ultrapassado esta primeira noção, possuiremos conteúdo suficiente para entender a desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita. Pretende-se, também, debater a questão do “alargamento” deste entendimento pelos doutrinadores e legisladores brasileiros.

Após, analisar-se-á o advento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à luz da legislação brasileira, mais precisamente sob o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, o Código Tributário Nacional, na Lei de Sociedades Anônimas e no Direito do Trabalho. Por fim, objetiva-se discutir a aplicação desta teoria sob o enfoque do Direito Administrativo, necessariamente sob três vertentes: (i); um enfoque desta teoria sobre a ordem econômica; (ii) abordar esta teoria no que concerne ao direito ambiental; e (iii) ponderar sobre esta teoria e sua aplicação nas licitações administrativas.

O que nos é interessante e chama a atenção é o fato de, com relação à discussão sobre a sua aceitação ou não em nosso ordenamento jurídico no campo do Direito Administrativo, ainda não existir norma que aborde a matéria nesta esfera, tendo o tema sido pouco debatido até então. Além disso, propiciará uma discussão sobre algo que está em presente mudança no direito administrativo brasileiro.

Com base neste acontecimento, em que o tema da utilização da teoria da desconsideração é pouco debatido na esfera administrativa, foi necessário iniciar as pesquisas centralizadas, num primeiro momento, para a explicação desta teoria, que foi feita por meio de aporte doutrinário e jurisprudencial e, num segundo momento, examinando toda esta doutrina e a possibilidade de ser ampliada ao direito administrativo, analisando as novas sugestões que abordam o tema proposto.

## 2. PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES

### 2.1 Histórico e personalidade jurídica

As pessoas, ao longo do tempo, foram se unindo, inicialmente em tribos, depois em reinos e chegando hoje, em um determinado estágio de complexidade, a vivermos em cidades, estados, países e mais recentemente, em comunidades. Isso vem demonstrar o caráter social do ser humano, ou seja, este não consegue viver só, sendo necessário estar sempre presente a outras pessoas, constituindo uma vida em comum, uma vida em sociedade.

É para isso que o direito existe, para permear a relação entre determinadas pessoas em sociedade, em outras palavras, para disciplinar a vida e para que as pessoas consigam sobreviver em sociedade, respeitando precipuamente umas as outras.

Esta evolução não se absteve, apenas, à sociabilidade do ser humano; acabou por criar uma cadeia completa de atos, fatos, normas, regras e princípios, disciplinando a vida dos demais seres.

Não ocorreu diferente em relação à área econômica. Inicialmente, as pessoas sobreviviam de monoculturas e de pequenos comércios. Com o desenvolvimento, iniciaram-se os latifúndios, e com isso, um aumento na prática do comércio. Com as revoluções industriais vieram a modificações introduzidas pelas indústrias e atualmente, vivemos em uma nova era, com a difusão dos meios de comunicação, sendo o principal exemplo, a internet.

Essas evoluções foram mudando as formas de interação entre as pessoas no meio econômico e social. Antigamente, como vimos, as pessoas trabalhavam sozinhas, ou de forma familiar, com o passar do tempo, foram se aglomerando, e atualmente existem verdadeiras indústrias que transcendem os continentes.

Percebemos, com isso, a mudança nas pessoas e no direito que as disciplina, mais precisamente, o direito civil.

Com isso, a pessoa, que antes era física, passou a existir no mundo jurídico, entidades que não são possíveis de se ver, mas que sabemos que existem. Essas pessoas jurídicas são as sociedades, oriundas da manifestação de vontade de duas ou mais pessoas que visam atingir um fim em comum.

Essas sociedades, para existirem, precisam ser personificadas, ou seja, necessitam de personalidade jurídica para que possam atuar. Pessoa jurídica é a comunhão dos bens e pessoas que compõe uma determinada sociedade empresária regida e constituída de acordo com o ordenamento jurídico. Confira-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A personificação "do ente abstrato destaca a vontade coletiva do grupo, das vontades individuais dos participantes, de tal forma que o seu querer é uma "resultante" e não mera justaposição das manifestações volitivas isoladas".

A pessoa jurídica é, portanto, proveniente desse fenômeno histórico e social. Consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns.<sup>1</sup>

Portanto, para uma sociedade empresária existir, é necessário a união dos bens e das pessoas, e também de sua constituição legal, juntamente com os fins em comum, para que estejam aptos e possam buscar seus desejos e finalidades econômicas.

Mas não é só isso, é mais, e para o entendimento deste instituto, mister reconhecer a natureza jurídica das sociedades empresárias.

## 2.2 Natureza Jurídica das Sociedades Empresárias

Rubens Requião<sup>2</sup> entende que o tema da natureza jurídica não é imprescindível à compreensão do direito aplicável à sociedade. Com a devida vênia, ousa-se discordar e seguir um outro entendimento, explicando, de forma sucinta, as teorias que foram criadas para tentar explicar a natureza jurídica, para uma melhor inteligência sobre o tema.

Existem teorias que negam a existência de pessoa jurídica (teorias negativistas) e teorias que aceitam a associação de pessoas para consecução de

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 182.

<sup>2</sup> O referido autor assim entende: *O problema da personalidade jurídica das sociedades comerciais comporta um tratamento prático. Daí por que nos afastamos das abstratas preocupações científicas e doutrinárias, a respeito das teorias, dissertação imprópria em um compêndio de direito comercial. Valemo-nos, por isso, da destemida afirmativa de Messineo, que, alheando-se nas querelas que tanto afadigaram os juristas, considerou de somenos importância o problema sobre a realidade ou ficção das pessoas jurídicas, satisfazendo-se com a circunstância de possuírem elas uma realidade no e para o mundo jurídico.* (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. vol. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 278-279)



um determinado fim, com autonomia, ou seja, tendo personalidade própria. (teorias afirmativistas).

As teorias afirmativistas são preponderantes às negativas e estão subdivididas em outras duas: a teoria da ficção e a teoria da realidade.

### 2.2.1 A teoria da ficção

As teorias da ficção gozaram de grande importância no século XIX, podendo ser divididas em dois grupos: teoria da ficção legal e teoria da ficção doutrinária.

A teoria da ficção legal, tendo sido criada por SAVIGNY, afirmava que a pessoa jurídica era uma artificialidade da lei, não existindo propriamente dita, pois somente as pessoas naturais é que podem ser sujeito e objeto de relação jurídica. Prima por defender que o homem é capaz de obter direitos e obrigações na ordem civil, por isso, a pessoa jurídica residiria em criação do legislador, sendo que a personalidade da sociedade se confundiria com a de seus membros.

A teoria da ficção doutrinária decorre da primeira, e seus defensores afirmam que ela é uma criação dos juristas, ou seja, uma mera criação da doutrina, e em decorrência disto, não existiria na vida real.

Essas teorias não são aceitas atualmente, e o principal motivo é pelo fato de não explicarem a existência dos Estados como pessoa jurídica, sendo que este decorre do direito, então, analogicamente, por afirmar que o que se encontra dentro do direito seria uma ficção, inclusive, o próprio Estado, que cria as regras e disciplinam a vida em sociedade.

### 2.2.2 A teoria da realidade

A teoria da realidade representa uma reação à doutrina da ficção, afirmando que a pessoa jurídica é concreta, existe, e não mera abstração, seja da lei, seja do legislador. Seus seguidores<sup>3</sup> discutiam quanto a forma de perceber esta realidade,

---

<sup>3</sup> Dentre alguns de seus adeptos, encontram-se: GIERKE, ZITELMANN, HAURIOU, SALEILLES, COLIN e CAPITANT.

dando origem a três outras teorias: (i) teoria da realidade objetiva ou orgânica; (ii) teoria da realidade jurídica ou institucionalista; e (iii) teoria da realidade técnica.

(i) teoria da realidade objetiva ou orgânica – defende uma posição mais sociológica, como a pessoa jurídica sendo fruto de uma imposição social, em que a vontade de pessoas naturais é capaz de criar algo com personalidade própria, distinta da de seus membros. Critica-se o fato desta teoria não conseguir explicar como os grupos sociais que não possuem personalidade, que é inerente à pessoa, se transformam em sujeitos de direito.

(ii) teoria da realidade jurídica ou institucionalista – parecida com a primeira quanto à visão sociológica, parte das relações sociais, e não da vontade, afirmando que existem grupos socialmente organizados, dotados de organização própria, para a realização de uma idéia, as instituições, ou seja, defendem as pessoas jurídicas como órgãos sociais que se destinam a um determinado serviço, e por conta disso, seriam personificadas. Possui a mesma crítica oferecida à teoria anterior, qual seja, não explica aquelas organizações que não possuem como determinada finalidade a prestação de serviços.

(iii) teoria da realidade técnica – seus defensores afirmam que personificar grupos sociais é uma ordem técnica, sendo a forma encontrada pelo direito de reconhecer a existência de grupos que se unem para determinado fim. A personificação é atribuída pela lei quando esta reconhece vontade e objetivos próprios. A personalidade jurídica seria, portanto, deferida pelo Estado para certas entidades que entendesse serem beneficiárias de tal regalia, sendo que este não se aplica de forma arbitrária, somente recebendo este “título” após cumprir determinados requisitos por ele estabelecidos.

Esta é, para nós, a melhor teoria que se encaixa na explicação da personalidade jurídica, em que um grupo com determinados fins em conjunto recebe personalidade própria, sendo esta personalidade diferente da de seus membros. Neste mesmo sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Malgrado a crítica que se lhe faz, de ser positivista e, assim, desvinculada de pressupostos materiais, é a que melhor explica o fenômeno pelo qual um grupo de pessoas, com objetivos comuns, pode ter personalidade própria, que não se confunde com a de cada um de seus membros e, portanto, a que melhor segurança oferece.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 186.

Portanto, quando se fala em personalidade jurídica das sociedades empresárias, estar-se-á adotando a teoria da realidade técnica, por se entender que esta é, a despeito de determinadas críticas, a melhor que explicita a natureza deste instituto jurídico.

## 2.3 Personalização e personificação das sociedades empresárias

### 2.3.1 Conceito de sociedade empresarial

Sociedade empresária é toda pessoa jurídica que explora uma empresa, ou seja, é a sociedade que exerce profissionalmente atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, assim conceituada pelo art. 982 do Código Civil (CC/02):

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Sobre o conceito de sociedade, nos ensina de Fábio Ulhoa Coelho:

A sociedade é a forma jurídica que corresponde ao mais elevado grau de comprometimento entre dois agentes econômicos. Como pessoa jurídica, ele possui patrimônio próprio, créditos a realizar. Negócios com terceiros, responsabilidades perante empregados e fisco, aspectos que não podem ser desconsiderados ao término da parceria.<sup>5</sup>

Isto significa dizer que é a sociedade empresária é quem responde pelos seus atos, e não os seus membros, visto que ela é a titular da empresa.

Importante registrar que antes da entrada do Novo Código éramos regidos pelo sistema francês dos Atos de Comércio. Sendo a atividade um ato de comércio, era regido pelo direito comercial, e caso não fosse considerado como tal, era regido pelo direito civil. Atualmente, nos submetemos ao sistema italiano da teoria da empresa. Com isso, a sociedade significa algo maior, não mero ato de comércio, abarca os investimentos na empresa e sua atividade econômica, ou seja, algo totalmente diferente e muito mais amplo que o antigo sistema. Contudo, apesar da

---

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 04.

mudança de sistema, o legislador preferiu continuar adotando o sistema bipartite, dividindo o direito privado em direito civil e direito empresarial.

### 2.3.2 Personalização das sociedades empresárias

Personalizar uma pessoa jurídica significa justamente dar vida jurídica a esta pessoa, e tendo ela adquirido personalidade, acaba por possuir direitos e responder por suas obrigações.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho<sup>6</sup>: *as sociedades empresárias são sempre personalizadas, ou seja, são pessoas distintas dos sócios, titularizam seus próprios direitos e obrigações.*

Já Rubens Requião, ao tratar do assunto, leciona:

Salandra reconhece a filiação ao sistema germânico, análogo à propriedade de mão comum, que nenhuma similaridade apresenta com a tradição romana. Brunetti sintetiza, por outro lado, o sistema atualmente vigente em seu país: "O âmago da reforma está então na abolição do sistema unitário e na adoção do binário, que dá origem, de um lado, à autonomia e, de outro, à personalidade. Dois sistemas que se contrapõem nitidamente como objeto e como sujeito. Os bens que compõem o patrimônio da sociedade de pessoas pertencem ao grupo dos sócios em regime de mão comum, o que implica uma separação da cota conferida ao patrimônio geral dos participantes e a formação de um núcleo patrimonial de que aqueles são titulares, mas como grupo, não como indivíduo. Nas sociedades (pessoas jurídicas), ao revés, nenhuma separação se opera porque os bens conferidos afluem ao patrimônio da sociedade que deles se torna a única titular".<sup>7</sup>

É por isso que a personalidade das sociedades empresárias e a de seus sócios não se confundem, pois cada um possui personalidade distintas.

Cabe ressaltar que foram muitas as teorias que surgiram para explicar a situação das pessoas jurídicas, tendo se sobressaído a teoria normativa, que sustenta, basicamente, a pessoa jurídica como sendo criação do direito<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Ibid. p. 07.

<sup>7</sup> REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 279.

<sup>8</sup> Existem na verdade, duas teorias, uma que afirma ser a pessoa jurídica pré-normativa, ou seja, esta figura antecederia o direito, seria uma figura parecida com a dos homens, e outra, normativa, afirmando ser ela uma criação do direito. Fábio Ulhoa Coelho defende: Muitas foram as situações criadas pelos teóricos para explicar a pessoa jurídica, dividindo-se, fundamentalmente em duas. De um lado as teorias pré-normativistas, que consideram as pessoas jurídicas seres de existência anterior e independente da ordem jurídica. Para os seus adeptos, a disciplina legal da pessoa jurídica é mero reconhecimento de algo preexistente que a ordem positiva

### 2.3.3 Classificação das pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas são, classicamente, divididas entre públicas ou privadas<sup>9</sup>. Mas é certo que este instituto encontra-se relativizado atualmente. Independente disso, o referencial da diferenciação das pessoas jurídicas de direito público e privado consiste em seu regime jurídico.

As pessoas jurídicas de direito público estão disciplinadas no regime jurídico de direito público, gozando de maiores prerrogativas jurídicas, pois estão amparadas pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, corolários do direito administrativo.

As pessoas jurídicas de direito privado são as associações, as sociedades<sup>10</sup>, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

Em nosso estudo, prioriza-se as sociedades, sendo que estas podem ser simples ou empresárias. As sociedades simples exploram atividades econômicas específicas e a sociedade empresária<sup>11</sup> explora a empresa.

### 2.3.4 Efeitos da Personalização

---

não teria como ignorar. (...) De outro lado, encontram-se as teorias normativas sustentando o oposto, isto é, as pessoas jurídicas como criação do direito. Fora da previsão legal correspondente, não se as encontram em lugar nenhum. (COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 08). A teoria normativa, conforme dito, se logrou maior êxito, tendo como um de seus defensores mais históricos Túlio Ascarelli e Hans Kelsen.

<sup>9</sup> Note-se, por oportuno, a diferença que estipula FÁBIO ULHOA COELHO: *As pessoas jurídicas são classificadas, inicialmente, em dois grandes grupos, as de direito público e as de direito privado (CC/02, art. 40; CC/16, art. 13). O critério distintivo não reside, como poderia parecer à primeira vista, na origem dos recursos empregados em sua constituição. Há pessoas jurídicas de direito privado constituídas exclusivamente por recursos públicos, como as empresas públicas, e há pessoas jurídicas de direito público constituídas apenas por recursos particulares, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil ou os conselhos profissionais. De fato, as empresas públicas têm o seu capital inteiramente composto por recursos fornecidos pelo Poder Público, na forma da lei que autoriza a sua criação, mas é pessoa jurídica de direito privado. Por seu turno, os conselhos profissionais, encarregados da disciplina e fiscalização do exercício de profissões regulamentadas, têm a respectiva organização e funcionamento financiados só pelas contribuições compulsórias dos profissionais inscritos.* (Ibid. p. 11)

<sup>10</sup> Na fundação não existem pessoas agregadas com um mesmo objetivo, com um mesmo fim. Quem institui uma fundação utiliza o patrimônio nela incorporado para que os frutos de sua administração sejam empregados em obras geralmente, de cunho social. A Associação, e a sociedade, por outro lado, possuem a congregação de esforços, só que na associação esta agregação não possui finalidade econômica, e sim social, cultural, etc. Já nas sociedades, o objetivo dos sócios é puramente econômico, visando o lucro.

<sup>11</sup> Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

Com efeito, decorrem conseqüências após a pessoa jurídica conquistar sua personalidade.

Primeiramente, a própria pessoa jurídica adquire direitos e contrai obrigações, ou seja, é um sujeito capaz de “direito e obrigações”, e por este motivo, surgem determinadas conseqüências, tais como ser titular de obrigação, titular processual e responsabilidade patrimonial.

Por ser titular de vínculo obrigacional, passa a responder contratual e extracontratualmente pela exploração da atividade economicamente organizada e por tudo que isto venha a acarretar.

Por ser titular processual, a pessoa jurídica é a legítima para demandar e ser demandada, ou, simplesmente, autor e réu perante Juízo.

Quanto à responsabilidade patrimonial, significa dizer que a sociedade possui patrimônio próprio, sendo que esta dissocia-se do patrimônio do sócio. Isso decorre do fato de sócio e sociedade não serem a mesma pessoa, e, por isso, a responsabilidade de uma sociedade não pode ser imputada a outrem. É também conhecido como o princípio da *autonomia patrimonial*, assim definido por Fábio Ulhoa Coelho:

Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade.<sup>12</sup>

Por este fato, as sociedades podem modificar sua estrutura, juridicamente, mudando seu tipo societário, ou economicamente, retirando ou ingressando com novos sócios.

Por este motivo, possuem nome próprio e distinto de seus sócios – que pode vir a ser um nome fantasia – domicílio próprio, que é a sua sede social, que deverá constar do contrato social e nacionalidade própria, sendo que esta independe da de seus sócios.

### 2.3.5 Do Início e término da personificação

---

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. 15.

A aquisição da personificação se inicia com a inscrição desta no regime próprio dos seus atos constitutivos.

No caso de sociedade empresária, passa-se a iniciar com o arquivamento de seu contrato ou estatuto social na Junta Comercial<sup>13</sup>. Esta atitude é necessária para estar em conformidade com os princípios da publicidade e da segurança jurídica, visto que o registro torna público o nascimento do novo sujeito de direito, determinando, caso seja necessário, o controle de seus atos<sup>14</sup>.

O término da sociedade pode advir do consentimento dos sócios, meio pelo qual ocorrerá a dissolução da sociedade através do distrato social. Pode ocorrer, também, por liquidação judicial ou extrajudicial, que ocasionará o fim da sociedade.

---

<sup>13</sup> Caso a empresa seja uma sociedade simples, esta adquire a personalidade com a inscrição de seu contrato social no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

<sup>14</sup> Confira-se Fábio Ulhoa Coelho: *Em outros termos, a melhor sistemática de disciplina da matéria não é a legal, que identifica no registro o ato responsável pela personalização da sociedade empresária, mas a compreensão de que o encontro de vontade dos sócios já é suficiente para dar origem a uma nova pessoa, no sentido técnico de sujeito de direito personalizado. Note-se que a regularidade da situação da sociedade empresária depende – isto é indiscutível – do registro na Junta Comercial. Quer dizer, enquanto o acordo entre os sócios no sentido de formação da sociedade não é escrito, com a adoção das formalidades próprias do respectivo instrumento (contrato social ou estatuto), a pessoa jurídica não poderá ser registrada e, em decorrência, estará em situação irregular.* (COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 16).

### 3. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

#### 3.1 Histórico

As sociedades, como visto, adquirem sua personalidade através dos bens que compõe seu patrimônio e da presença de seus sócios – sendo que o patrimônio destes não se confunde com o da sociedade – em gerir o empreendimento, e, principalmente, com o registro desta entidade na Junta Comercial<sup>15</sup>.

Ocorre que, muita das vezes, os sócios desvirtuam a finalidade da sociedade, desviando do caráter legal, e praticando atividades ilícitas, à parte da lei, com vistas ao enriquecimento, só que de maneira injusta<sup>16</sup>.

Essas atividades ilícitas praticadas pelas empresas, são justamente a fraude à lei e o abuso que causam prejuízos à terceiros.

Procurando uma maneira de combater estes ilícitos, foi visualizada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que procura justamente proibir a utilização da personalidade jurídica de forma desvirtuada, ou seja, que se desvie do motivo para qual a sociedade foi criada.

Esta teoria é originária no Direito anglo-saxônico e visa, justamente, coibir esses desvios de finalidade em que a pessoa jurídica existe apenas para fraudar a lei. Neste sentido, lecionam Ricardo Watanabe e Fabio Kondrat:

A teoria da despersonalização da pessoa jurídica tem origem no Direito anglo-saxônico, como remédio contra os abusos e os desvios de finalidade de uma associação, no intuito de combater a fraude à lei e prejuízos a terceiros. A doutrina da “disregard of legal entity”

---

<sup>15</sup> Importa salientar aqui que certas sociedades não possuem personalidade jurídica, pois não se encontram devidamente inscritas nos respectivos registros, mas são sociedades comerciais. Acerca do tema, afirma Rubens Requião: *Tanto as sociedades de fato como as irregulares não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no "registro peculiar", que é o Registro do Comércio. Mas convém esclarecer que essas entidades não perdem a sua condição de sociedades comerciais, valendo a advertência de Pedro Lessa de que "a sociedade irregular é menos que a sociedade regular e mais que a comunhão de bens, tomada esta expressão em sentido restrito". A responsabilidade dos sócios, no caso, é ilimitada, porém subsidiária. Os credores particulares dos sócios só podem executar os fundos líquidos que o devedor possuir na sociedade se não tiver outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiverem não forem suficientes para o pagamento (Cód. Com., art. 292). E, por igual, o credor da sociedade deve primeiro, pelas dívidas sociais, executar a sociedade, para, na falta de bens, realizar a responsabilidade ilimitada do sócio, que por isso é subsidiária (art. 350).* (REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 286).

<sup>16</sup> Neste sentido, explica Rubens Requião: *Partindo das premissas rigidamente estabelecidas pela teoria da personalidade, de que a pessoa dos sócios é distinta da pessoa da sociedade, e de que os patrimônios são inconfundíveis - pois apenas ocorre a responsabilidade subsidiária, pessoal, do sócio solidário - não se poderia compreender, dentro dos ditames da lógica, pudessem fatos da sociedade envolver a pessoa física do sócio, ou, ao revés, vicissitudes dos sócios comprometer a vida social.* (Ibid. p. 281-282)



(desconsideração da entidade legal) é aplicada, pois, nos casos em que a pessoa jurídica é mero instrumento para cometer fraude.<sup>17</sup>

Defendendo este mesmo posicionamento, assinala Rubens Requião:

Recentemente, porém, tendo em vista fraudes promovidas através da personalização de sociedades anônimas, seja em problemas de âmbito privado, seja em relações de direito público, se foi elaborando por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados. Surgiu, assim, a doutrina do Disregard of Legal Entity no direito anglo-saxão, espraiando-se para o direito germânico e mais recentemente repercutindo na literatura jurídica da Itália.<sup>18</sup>

O primeiro caso na jurisprudência mundial que ensejou tal discussão foi o *leading case* *Salomon versus Salomon & Co.* ocorrido na Inglaterra.

O empresário Aaron Salomon constituiu uma companhia juntamente com outros 6 parentes e cedeu seu fundo de comércio à sociedade e, por conta disso, recebeu milhares de ações em consequência de sua contribuição, restando para cada um dos membros da sociedade uma ação para a integralização do fundo de comércio nesta nova sociedade.

Por conta disso, Salomon recebeu obrigações como garantia do feito que chegaram à ordem de 10 mil libras esterlinas.

Logo, a sociedade demonstrou-se incapaz de seguir com suas atividades, restando incapacitada de satisfazer suas obrigações, o que acabou por frustrar a pretensão de seus credores de receber o que lhes fosse devido.

O liquidante, portanto, ingressou em juízo a favor dos credores, afirmando que as atividades exercidas por Salomon e as atividades da companhia eram idênticas, sendo que aquele apenas se aproveitou da companhia para reduzir a sua responsabilidade.

Aduziu, ainda, que por esse motivo Salomon deveria ser condenado à pagar os débitos da companhia, devendo esta quantia ser utilizada para satisfazer os credores da sociedade.

O juiz da primeira instância, bem como na Corte, aceitaram este argumento, julgando que a companhia era uma extensão das atividades de Salomon, e que, por conta deste artifício, ele continuava a ser o real proprietário do fundo de comércio.

---

<sup>17</sup> WATANABE, Ricardo. KONDRAT, Fábio. *Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/27/46/2746/>. Acesso em: 09 de jan. 2008.

<sup>18</sup> REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 283.

Com efeito, acabou-se por desconsiderar a personalidade jurídica da companhia para alcançar a pessoa jurídica de Salomon.

Posteriormente, a Casa dos Lordes, em instância recursal, veio, em votação unânime, a reformar tal decisão, validando a constituição da companhia, julgando que no momento de seu aparecimento, a lei só exigia a participação de sete pessoas para a criação de uma pessoa diferente da dos mesmos. Alegaram que não existia responsabilidade pessoal de Aaron Salomon diante dos credores de Salomon & Co.

Porém, esta nova teoria, apesar da decisão reformulada, veio a repercutir nas instâncias inferiores, dando origem à doutrina da *disregard of legal entity* – desconsideração da personalidade jurídica – expandido-se principalmente para os Estados Unidos, e também para a Europa.<sup>19</sup>

### 3.2 Desenvolvimento desta Teoria (Desconsideração propriamente dita)

Como cediço, alguns motivos levam ao desvirtuamento do princípio da autonomia jurídica, quais sejam, a sua utilização de modo fraudulento e as obrigações creditadas a certas pessoas.

Determinados empresários se aproveitam desta situação não para buscar o fim econômico desejável à suas sociedades, mas para enriquecer-se ilicitamente com o descumprimento de suas obrigações.

Por este motivo, o ordenamento jurídico, após perceber a ocorrência deste desvio de finalidade por parte do sócio, acaba por relativizar o princípio da autonomia patrimonial, visando atender as pessoas que cumpriram com suas obrigações e possuem direito ao crédito, mas que não receberam o que lhe é devido.

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas não é prestigiado nas hipóteses de uso fraudulento ou abusivo do instituto, e para a tutela dos credores com direito não proveniente de negociação.

E seguindo esta mesma lição, afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Permite tal teoria que o juiz, em casos de fraude e de má-fé, desconsidere o princípio de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros e os efeitos dessa autonomia, para

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 284.

atingir e vincular os bens particulares dos sócios à satisfação das dívidas da sociedade (lifting de corporate veil, ou seja, erguendo-se o véu da personalidade jurídica).<sup>20</sup>

Por conta do princípio da autonomia patrimonial, a pessoa dos sócios não se confunde com a pessoa da sociedade, e muitas das vezes acaba por frustrar as pretensões de credores devido a manipulações feita pelos sócios na constituição da pessoa jurídica.

Portanto, este princípio, quando utilizado de forma fraudulenta ou que vise frustrar a pretensão de credores, impossibilita qualquer ação que tenha por finalidade cessar estes atos ilícitos.

A sociedade empresária, assim, acaba por se tornar um instrumento de abuso de direito, já que o sócio fica resguardado pela pessoa jurídica quando comete o ilícito.

A maneira que se encontrou para se coibir essas ações fraudulentas foi a instituição desta teoria. Ela não visa acabar com a autonomia da pessoa jurídica, muito pelo contrário, visa dar efetividade a esta pessoa jurídica criada, para que ela se destine para os fins a qual fora criada, e não como mero instrumento de desvio da lei, além de se preocupar com a situação de desabrigo que poderia envolver possíveis vítimas dessas fraudes<sup>21</sup>.

A solução para se evitar as manipulações como estas não é a abolição da autonomia da pessoa jurídica. O objetivo da teoria é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica. Em outros termos, a teoria possui o intuito de preservar a pessoa jurídica e a sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraudes.

Na lição de Sergio Campinho:

Tal doutrina, como esclarece o mesmo autor, não cuida de declarar nula a personificação, mas torná-la episodicamente ineficaz para a apuração de determinados atos. Autoriza, assim, ao juiz, no caso concreto sob sua análise, que desconsidere a personalidade jurídica

---

<sup>20</sup> Carlos Roberto. Op. cit., p. 214.

<sup>21</sup> Na verdade, caso acabasse com a autonomia da sociedade, esta ficaria despersonalizada. Desconsiderar é diferente de despersonalizar. Carlos Roberto Gonçalves explicita bem esta idéia: *Cumpra distinguir, pois, despersonalização de desconsideração da personalidade jurídica. A primeira acarreta a dissolução da pessoa jurídica ou a cassação da autorização para seu funcionamento, enquanto na segunda "subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes, mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto".* (Loc. cit.)

para reprimir a fraude ou abuso, sem que isso importe na dissolução da pessoa jurídica.

Não se nega, com sua aplicação, a autonomia de personalidade jurídica da sociedade; ao revés, reafirma-se o princípio. Somente não se a admite de modo absoluto e inflexível, como forma de abrigar a fraude e o abuso de direito. Não se nulifica a personalidade a qual apenas será episodicamente desconsiderada, isto é, no caso sub judice tão-somente, permanecendo, destarte, válida e eficaz em relação a outros negócios da sociedade.<sup>22</sup>

Portanto, o que se pretende é proteger terceiros de possíveis danos, bem como coibir as fraudes, mas sem extinguir a autonomia da pessoa jurídica.

### 3.3 Espécies de Teoria da Desconsideração

A teoria da Desconsideração é gênero da qual se subdivide em duas espécies. A primeira é conhecida como Teoria maior da desconsideração, tendo como característica ser uma teoria mais complexa, de mais consistência, em que só ocorre a desconsideração da autonomia patrimonial da pessoa jurídica caso seja comprovado a utilização de modo fraudulento ou abusivo deste instituto. Fica fácil distingui-la de outros institutos jurídicos em que também acabam por alcançar o patrimônio dos sócios devido a obrigação da sociedade.

A segunda é a Teoria menor da desconsideração, sendo menos complexa, que irá se referir a todo e qualquer modo de afetação do patrimônio do sócio, por determinada obrigação, visando afastar o princípio da autonomia patrimonial à qualquer tipo de descumprimento de obrigação que venha gerar um crédito perante a a sociedade. Esta preocupa-se apenas com a demonstração pelo credor da insolvência da sociedade e solvência de qualquer sócio, para que se alcance o patrimônio do sócio diante da obrigação da pessoa jurídica.

Na teoria maior, é necessário a confirmação de fraude ou abuso praticado pelo sócio por trás da sociedade para que se afaste a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, estando o juiz apto a afetar o patrimônio do sócio.

Na teoria menor, somente o fato do credor sofrer algum tipo de prejuízo, já ensejaria a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade, restando afastado, assim, a sua autonomia patrimonial.

---

<sup>22</sup> CAMPINHO, Sergio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64-65.

### 3.3.1 Teoria Maior da Desconsideração

Ao contrário do que se possa imaginar, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é contra à pessoa da sociedade empresária e nem à sua autonomia perante seus sócios, mas visa sim coibir as fraudes e abusos que determinados sócios se aproveitam, em outros termos, esta teoria pretende conservar este instituto jurídico.

Sobre o princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias, este visa dividir as perdas que decorrem do malogro da empresa entre sócios e credores, visando uma divisão igualitária com relação ao aporte dos investimentos injetados na sociedade.

Pela importância do princípio da personalização das sociedades empresárias, na economia atual, principalmente nas atividades econômicas, e por limitar a responsabilidade dos sócios, é que a desconsideração deve ser entendida como de índole excepcional.

Percebemos, portanto, que a regra é a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sendo exceção a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

#### 3.3.1.1 *Aplicação da Teoria da Desconsideração*

Sendo, portanto, a regra a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, em que a pessoa dos sócios não se confunde com a da sociedade, a exceção será justamente o oposto, isto é, não será aplicável o princípio da autonomia patrimonial.

É a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

Pela teoria da desconsideração, o juiz pode deixar de aplicar as regras da separação patrimonial entre os sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças a manipulação de tais regras. Não seria possível a coibição se respeitada a autonomia da sociedade. Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, da suspensão episódica da eficácia deste ato. Quer dizer que a, a

constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e eficaz para todos os outros fins.<sup>23</sup>

Importa ressaltar que esta decisão do juiz que desconsidera a pessoa jurídica é *inter partes*, ou seja, o ato constitutivo continua válido para todas as outras ações da empresa, ineficaz apenas neste determinado caso.

Logo, a desconsideração não acaba por dissolver a sociedade. Somente em determinados casos, em que a personificação foi utilizada para fins ilícitos, é que ocorre a desconsideração.

É necessário possuir este discernimento, pois antes do reconhecimento e propagação desta teoria, a desconsideração da pessoa jurídica importava, na maioria das vezes, na dissolução da pessoa jurídica.

No caso das sociedades empresárias, ocorria a dissolução desta sociedade, acarretando diversos ônus, tanto econômicos como sociais, pois acabava com a exploração da atividade econômica, bem como o fim dos empregos, etc.

Atualmente, isto não ocorre, a desconsideração visa reprimir os abusos e fraudes, mas sem prejudicar terceiros que se encontram nesta relação, tais como empregados, terceiros que prestam serviços para a empresa, etc.

### 3.3.1.2 *Necessidade da licitude*

O ato será lícito quando for imputável, de acordo com a lei, à sociedade. Será ilícito quando for imputado ao sócio.

A desconsideração adentra neste momento, devendo a sociedade empresária ser desconsiderada caso seja uma barreira para que se atribua o ato a outra pessoa que não a sociedade.

A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade é admitida para que coíba atos que são aparentemente lícitos, mas que na verdade são ilícitos, pois o ato não é imputado a pessoa jurídica da sociedade e sim à pessoa física (sócio ou administrador) que é o responsável pela fraude ou pelo abuso de direito da autonomia patrimonial da sociedade.

---

<sup>23</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 40.

### 3.3.1.3 *Formulação subjetiva e objetiva da teoria da desconsideração*

A desconsideração da personalidade jurídica possui, portanto, a necessidade de se afastar naquele determinado caso concreto a responsabilidade patrimonial da sociedade, visando beneficiar os terceiros de boa-fé, o que, por si só, já garante a utilização da pessoa jurídica nos contornos de sua função social.

Este instituto pertence à Teoria Geral do Direito, pois independente de seu vínculo jurídico, caberá e deverá ser superada a personalidade jurídica para responsabilizar os envolvidos da sociedade que agirem com abuso de direito ou com fraude e violação das normas legais.

A doutrina brasileira apresenta, além das referidas teorias, duas fórmulas distintas para explicar a desconsideração. Sendo a primeira a corrente subjetiva e a segunda a corrente objetiva. A primeira defende que além de se demonstrar a fraude ou abuso através do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, é necessário provar que o agente possuía a intenção, o dolo na ação. A segunda corrente defende que basta provar o abuso ou a fraude para que seja possível a utilização desta teoria.<sup>24</sup>

Pode-se notar que o legislador optou pela corrente objetiva, assim delineando Carlos Roberto Gonçalves sobre esta questão:

Foi adotada, aparentemente, a linha objetivista de FÁBIO KONDER COMPARATO, que não se limita às hipóteses de fraude e abuso, de caráter subjetivo e de difícil prova. Segundo a concepção objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra, precipuamente, na confusão patrimonial. Desse modo, se pelo exame da escrituração contábil ou das contas bancárias apurar-se que a sociedade paga dívidas do sócio, ou este recebe créditos dela, ou o inverso, ou constatar-se a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa, comprovada estará a referida confusão.<sup>25</sup>

Portanto, para a corrente subjetiva, além de restar demonstrado a confusão patrimonial entre sócio e sociedade, seria necessário a comprovação da vontade de fraudar. Já para a corrente objetiva, só o abuso ou a fraude já seriam elementos que por si só autorizariam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade maculada pela desmoralização. Esta segunda corrente auxilia

---

<sup>24</sup> FARIAS, Luciano Chaves de. *Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa*. In: *BLC*, a. 14. n° 162. Curitiba: Zênite, 2007, p. 779-780.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 216.

os credores e terceiros que foram lesados por fraude ao princípio da autonomia patrimonial.

### 3.3.2 Teoria Menor da Desconsideração

A teoria menor é menos complexa que a teoria maior, não necessitando restar comprovado o abuso de direito ou a fraude ao credor.

Desta maneira, caso a sociedade não possua bens para cumprir com sua obrigação, mas o sócio seja solvente, isto, por si só, já é o suficiente para que se alcance os bens do sócio, responsabilizando-o pelas obrigações adquiridas pela sociedade.

Enquanto a teoria maior é avaliada como uma teoria que visa aprimorar o instituto da pessoa jurídica, a teoria menor é tida como um questionamento com relação ao seu instituto.

### 3.4 **Desconsideração Inversa**

Hodiernamente, já existe uma teoria que inverte a natureza deste instituto. Enquanto a teoria da desconsideração da pessoa jurídica visa desconsiderar a autonomia patrimonial da sociedade empresária, buscando alcançar o patrimônio dos sócios, na teoria da desconsideração inversa ele visa justamente o oposto, qual seja, desconsiderar a pessoa física do sócio para alcançar um determinado patrimônio da sociedade, que lhe foi transferido, aparentemente, de forma lícita, mas que possui um vício oculto inserido nesta transferência.

Esse tipo de desconsideração é utilizada para imputar ao sócio dívida que fora formalmente imputada à sociedade, mas que decorreu de um vício. Com isso, desconsidera-se a autonomia patrimonial da sociedade para responsabilizar um determinado sócio.

Este tipo de teoria é amplamente utilizada no direito de família, visto que durante o processo de separação, um determinado cônjuge, na partilha dos bens, cede seus bens para sua sociedade, de modo a fraudar esta partilha. Um companheiro compra um determinado bem, mas na hora de registrá-lo, ao invés de



registrar em seu nome, o faz em nome da empresa, acabando por frustrar uma futura pretensão de seu cônjuge caso venha a ocorrer a dissolução de seu matrimônio.

Com isso, pretende-se desconsiderar o ato praticado pelo sócio, responsabilizando a pessoa jurídica no que for devido ao ex-cônjuge, visto que o bem não foi adquirido pela sociedade, e sim pelo sócio, que se utilizou de um modo fraudulento para que conseguisse permanecer com o bem.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Caracteriza-se a desconsideração inversa quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, como, por exemplo, na hipótese de um dos cônjuges, ao adquirir bens de maior valor, registrá-los em nome de pessoa jurídica sob seu controle, para livrá-los da partilha a ser realizada nos autos da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio.<sup>26</sup>

Pretende-se, portanto, desestimular e coibir este tipo de ação, em que a pessoa jurídica é utilizada como uma extensão do patrimônio do sócio, o que acaba também por desvirtuar a finalidade da empresa, que é o de buscar seu fim econômico, e não o de ser instrumento de prática de abusos perpetrados por seus sócios<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 218.

<sup>27</sup> Somente a título de observação, Carlos Roberto Gonçalves defende que é possível reconhecer o abuso da personalidade jurídica no processo de execução, sendo desnecessário um processo de conhecimento para que seja julgada a questão, para que depois discuta o título, *in verbis*: *É possível reconhecer-se o abuso da personalidade jurídica, e aplicar a disregard doctrine, no processo de execução, sem necessidade de processo autônomo, quando não encontrados bens do devedor e estiverem presentes os pressupostos que autorizam a sua invocação, requerendo-se a penhora diretamente em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). O redirecionamento da ação exige, contudo, citação do novo executado, se não participou da lide.* (Loc. cit.)

## **4. DO ADVENTO DESTA TEORIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

### **4.1 Aplicação desta teoria antes da aceitação em nosso ordenamento jurídico**

Esta teoria adentrou em nosso ordenamento jurídico através de Rubens Requião, que de longa data (desde a década de 60) tratou sobre a inserção desta teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro.

Ele sustentava a utilização desta doutrina pelos juízes nacionais, independente de norma específica que abordasse o assunto, visto que estes não poderiam quedar-se inertes diante das fraudes e dos abusos perpetrados, que somente poderiam ser corrigidos através da difusão e utilização desta teoria.

Através dos tempos, esta teoria foi sendo incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, com a elaboração de fartas jurisprudências sobre este assunto, que acabaram por introduzir definitivamente esta teoria.

De acordo com FÁBIO ULHOA COELHO:

Ao longo do século XX, contudo, o direito brasileiro, em compasso com o que ocorria nos demais (cf. Bastid-David-Luchaire, 1960; Farrar-Hannigan, 1985:81), foi incorporando normas e desenvolvendo-se jurisprudência que excepcionam a aplicação do princípio da autonomia da pessoa jurídica relativamente às sociedades empresárias.<sup>28</sup>

Atualmente, esta teoria é amplamente aceita, e já possui várias normas que tratam sobre o tema, analisaremos agora, algumas delas.

### **4.2 Aplicação no Código de Defesa do Consumidor**

A Lei nº 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), foi a primeira norma brasileira a tratar sobre a desconsideração da pessoa jurídica, afirmando, no § 5º de seu art. 28 que o juiz poderá desconsiderar a pessoa jurídica quando houver abuso de direito, excesso de poder e fraude ao consumidor, assegurando também que será desconsiderada a pessoa jurídica caso esta venha a ser tornar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Confira-se:

---

<sup>28</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 19.

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

(...)

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

O CDC, ao explicitar que haverá a desconsideração em detrimento ao consumidor quando houver abuso de direito, entende-se este abuso como sendo o exercício não regular de um direito. Em outros termos, as sociedades empresárias nascem para buscar sua finalidade econômica, que é o lucro, não podendo se desvirtuar deste caminho. Quando isto ocorre, há o abuso de direito.<sup>29</sup>

Com relação ao excesso de poder, deve-se entender pelos atos praticados pelos administradores que acabam por usurpar a competência de seus poderes, ou seja, acabam por praticar atos para o qual não possuem direito.

Com relação à falência ou estado de insolvência, decorrentes da má administração da empresa, tendo o legislado sido infeliz<sup>30</sup>, visto que o conceito de má administração é bastante subjetivo<sup>31</sup>.

Portanto, o CDC vem a tutelar a desconsideração diante das relações de consumo, que visam prejudicar, principalmente, os consumidores.

Porém, o CDC vem sendo bastante criticado, pois vem aplicando a teoria menor da desconsideração, ao invés da maior, que, como já visto, foi a teoria que veio a ser consagrada pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Insta salientar, portanto, que ao princípio da autonomia patrimonial possui aplicação limitada. Neste sentido, leciona Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da autonomia patrimonial tem sua aplicação limitada atualmente, às obrigações da sociedade perante outros

<sup>29</sup> TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104&p=1>. Acesso em: 05 jun. 2008.

<sup>30</sup> Nas palavras de Sergio Campinho: *Tem-se a teoria da superação mal encampada pelo indigitado diploma. (...) Estamos em total consonância com a crítica formulada. Andou bem a lei ao referir-se ao abuso de direito como fonte da desconsideração. Mas lastimável foi o envolvimento na figura legal das circunstâncias de "excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social". A responsabilização dos administradores e dos sócios em geral, nessas situações, é diretamente realizada, não havendo, pois, necessidade de superar a personalidade jurídica.* (CAMPINHO, Sergio. Op. cit. p. 67)

<sup>31</sup> TOMAZETTE, Marlon. Op. cit.

empresários. Se o credor é empregado, consumidor ou o estado, o princípio não tem sido prestigiado pela lei ou pelo juiz.<sup>32</sup>

Ressalvadas as críticas interpostas ao texto da lei, é importante de se notar o avanço do CDC, sendo a primeira norma legal a tratar do assunto, e a proteger seus tutelados, visando garantir uma maior confiabilidade entre os que estão se contratando, e, principalmente, procurando coibir os abusos que seriam praticados.

### 4.3 Aplicação no Código Civil de 2002

O Código Civil, em seu art. 50, também incorporou a desconsideração da personalidade jurídica. Confira-se:

*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.*

Notamos, através do texto da lei, que em caso de abuso da personalidade jurídica, poderá o juiz decidir que em determinadas obrigações, além de se alcançar os bens patrimoniais da empresa, também sejam alcançados os bens dos sócios ou administradores. A partir do texto legal também depreende-se que além da parte interessada, poderá o Ministério Público, quando for parte ou intervir no processo, requerer a desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, a teoria da desconsideração somente será utilizada em casos específicos, possuindo uma natureza excepcional.

Isto somente ocorrerá se for constatado o desvio da finalidade ou a confusão patrimonial. Logo, não se encontrando esses pressupostos, não há que se falar em desconsideração da pessoa jurídica.

Por desvio de finalidade entende-se quando a sociedade é utilizada de forma diversa da que consta em seu objeto social, em outras palavras, a sociedade está sendo utilizada de forma anômala para o qual foi devidamente constituída.

Confusão patrimonial é a falta de diferenciação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio de um determinado sócio, ou até do próprio administrador.

---

<sup>32</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 20.

Isto pode ocorrer pela falta de observância da norma legal, ou por uma determinada atitude que venha a impossibilitar a distinção entre o patrimônio dos mesmos.

O importante, por conseguinte, é identificar quem foi que praticou o ato ilícito, qual seja, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial e responsabilizá-lo por tal ato.

Na lição de ANA LUCIA PORTO DE BARROS:

Se encontra expressamente prevista no art 28 do CDC e no atual art. 50 do novo Código. O objetivo dessa teoria é identificar e responsabilizar o verdadeiro responsável pelo ato danoso, preservando-se a pessoa jurídica, bem como evitar o abuso e a fraude que venham a violar os direitos de terceiros e o fisco.<sup>33</sup>

Percebemos, portanto, que o objetivo da lei em questão é preservar a pessoa jurídica e responsabilizar o sócio ou administrador pelo ato de abuso ou fraude.

Importante observar que o legislador optou (ou esqueceu) por não mencionar a desconsideração inversa no citado artigo. Porém, a ausência deste instituto não deve implicar em sua não utilização perante os magistrados quando estejam diante de um caso concreto que assim o exija. Contrariar este entendimento seria acobertar os atos ilícitos praticados pelos sócios, fato que deve ser amplamente combatido.

#### 4.4 Aplicação no Código Tributário Nacional

A teoria da desconsideração encontra-se inserida, também, no Código Tributário Nacional (CTN), mais respectivamente em seus arts. 135 a 138.

Para Fábio Ulhoa Coelho<sup>34</sup>, “no campo do direito tributário, as garantias do crédito fiscal estendem, em determinadas hipóteses, a responsabilidade pela falta de recolhimento do tributo aos sócios-gerentes”.

Já Carlos Roberto Gonçalves assim destaca:

Como no Brasil não havia nenhuma lei que expressamente autorizasse a aplicação de tal teoria entre nós, 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,

<sup>33</sup> BARROS, Ana Lúcia Porto de. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2004, p. 41-43.

<sup>34</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 19.

contrato social ou estatutos".<sup>35</sup>

É necessário, pois analisar estes artigos, primeiramente o art. 135 do CTN:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Este artigo trata por imputar a responsabilidade de cumprimento de obrigação tributária a terceiros que originalmente não o seriam. Logo, essas pessoas descritas nos incisos possuem uma maior responsabilidade do que as descritas nos arts. 130 a 134 do CTN<sup>36</sup>, pois além de estarem obrigadas a pagar o tributo, deverão

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 215.

<sup>36</sup> Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Vide Decreto Lei nº 28, de 1966)

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – em processo de falência; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

responder também pelas multas que vierem a ser cobradas em decorrência do descumprimento do pagamento da obrigação principal, ou seja, devido à multa que insurgir do não pagamento do tributo.

Logo, a pessoa – no caso concreto, o contribuinte – que porventura seria obrigada ao pagamento do tributo, devido aos atos praticados por esses terceiros que advém de conduta dolosa acabam por ser afastados da relação jurídica, sendo substituídos no pólo passivo da ação tributária pelos terceiros acima elencados.

Vale ressaltar que nesses casos, a responsabilidade não é solidária, muito menos subsidiária, e sim pessoal. Tratando sobre este assunto, assevera José Jayme de Macedo Oliveira que a responsabilidade tributária seria pessoal, total e exclusiva<sup>37</sup>.

Por outro lado, o art. 136 trata da responsabilização das pessoas que venham a infringir a legislação tributária, conforme podemos entender através da leitura de seu texto legal.

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Com base neste artigo, o Fisco afirma que o descumprimento de uma obrigação tributária – ou simplesmente infração tributária – será sempre objetiva. Com isso, o contribuinte ou terceiro será sempre o responsável pelo

---

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 338.

descumprimento, não podendo se escusar com base em ato praticado com dolo ou culpa.

Porém, não é o que ocorre, pois além do artigo citar casos específicos em que esta regra não seria utilizada, ao empregar o termo “salvo disposição de lei em contrário” no início do artigo, as leis tributárias em geral, em nosso país, tratam de normas punitivas versadas na subjetividade, tornando a aplicação deste entendimento quase que inexequível<sup>38</sup>.

Isso acontece porque este entendimento visa instituir como regra geral que a infração tributária irá ocorrer sem a vontade do agente, desde que configurado o grau de culpa, seja por imperícia, imprudência ou negligência. Somente seria necessária a imputação do dolo em delitos de natureza grave e que estejam tipificados em lei.

Portanto, não deve se utilizar desta inteligência, já que não há infração objetiva no Direito Tributário, sendo necessário um determinado grau de culpa para que possa existir uma infração à ordem tributária.

Já o art. 137 vem especificar os casos em que a responsabilidade do agente será pessoal.

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

- I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
- II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
- III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:
  - a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
  - b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
  - c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Encontram-se sujeitos a sanções os agentes ou contribuintes que violam uma norma jurídica e acabam por descumprir uma obrigação tributária, vindo a cometer uma infração.

Ocorre que dentre essas ilicitudes, umas estão encampadas na legislação tributária – e vem a ocasionar a utilização de uma sanção fiscal, que via de regra é a multa – ou na legislação penal – que importa o emprego de sanções penais, que

---

<sup>38</sup> Ibid. p. 350.



podem ser até privativas de liberdade<sup>39</sup>. Via de regra, os crimes tributários são infrações fiscais e imputam, além de uma sanção fiscal, uma sanção penal.

No caso da infração ser cometida por um agente que possui um poder regular de administração – conforme se depreende do inciso I deste artigo – e que o dolo não é o componente que inicia a aplicação da penalidade, o agente público será exonerado do cargo ou função e quem arcará com a responsabilidade pela infração tributária será o contribuinte.

A responsabilidade será pessoal e excludente nos incisos II e III do citado artigo, quando as infrações fiscais não repercutirem no âmbito do direito penal e que caso alcance, não repercuta em crimes contra o Direito Tributário<sup>40</sup>.

E, por fim, o art. 138 vem abordar as causas de excludente da responsabilidade pelo ato ilícito praticado.

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Logo, o sujeito passivo que vier a reconhecer a prática da infração, vindo a recolher o débito tributário, estará isento da responsabilidade adquirida pela prática do ato ilícito.

Este entendimento se refere às infrações que envolvem débitos do tributo ou as relacionadas com o inadimplemento das obrigações acessórias, pois não se faz nenhum tipo de restrição, podendo a irregularidade ser de caráter formal<sup>41</sup>.

Diante do disposto no parágrafo único do art. 134 do CTN, somente incorrerá em multa de mora quem cometer algum tipo de infração tributária. Portanto, a multa possui caráter punitivo, excluindo a responsabilidade do contribuinte que for inadimplente, diante de outras sanções tributárias, caso esteja compreendido por este entendimento.

---

<sup>39</sup> Lei Federal nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. Op. cit. p. 352.

<sup>41</sup> Ibid. p. 355- 356.

O parágrafo único do art. 138 vem a explicar o alcance da excludente de responsabilidade pela prática do ilícito. Sendo assim, somente será estendido ao infrator a exclusão de responsabilidade caso este denuncie a infração antes do início de procedimento administrativo que vise apurar a infração cometida.

O que o art. 138 pretende, pois, é suprimir a responsabilidade do agente pela prática de infrações tributárias, dispensando o infrator do pagamento de uma determinada multa que seria devida.

#### 4.5 Aplicação na Lei de Sociedades Anônimas

A Lei nº 6.404/76 assim define, em seu art. 158, a responsabilidade dos sócios na sociedade anônima:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Percebemos, com isso, que a Lei das Sociedades Anônimas não se utilizou da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, primando pela aplicação da teoria *ultra vires*. Em outras palavras, o administrador responderá pelos atos praticados com dolo ou culpa (inciso I), ou quando violarem a lei ou o estatuto (inciso II), mesmo que estejam dentro de suas atribuições legais.

No ensinamento de Sergio Campinho:

Igualmente não será caso de desconsideração a vinculação da responsabilidade de um diretor de sociedade anônima que promove a alteração de dados contábeis para a sonegação de tributos. A responsabilidade se afere de forma direta, posto que a conduta infracional da lei já é capaz, por si só, de vincular-se-lhe a responsabilidade pessoal (Lei nº 6.404, artigo 158, II).<sup>42</sup>

Destarte, não ocorre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades anônimas, pela aplicação da teoria *ultra vires*.

---

<sup>42</sup> CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 68.

#### 4.6 Aplicação no Direito do Trabalho

A desconconsideração, diferente da aplicação em outros institutos do Direito, não chegou a ser amplamente discutida no Direito do Trabalho. Isto decorre do fato de existir previsão legal no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)<sup>43</sup> que estipula que a personalidade jurídica da empresa não seria obstáculo para a utilização da desconconsideração.

Esta desconconsideração chega até a ser diferente da estipulada no direito privado, porque enquanto nesta apenas determinados abusos podem ensejar a desconconsideração, no direito do trabalho qualquer tipo de abuso caminha à desconconsideração.

Isto acontece porque enquanto o direito privado adequa as condutas relacionadas a visão do proprietário, o direito do trabalho o faz a partir da visão do empregado.

Porém, não significa dizer que o direito do trabalho não reconheça o instituto da personalidade jurídica, muito pelo contrário, somente que em ocorrendo algum tipo de abuso, principalmente por parte do proprietário, em face do empregado, que venha a lhe causar prejuízos, é que os efeitos da desconconsideração serão produzidos. Ou seja, enquanto não ocorrer qualquer tipo de abuso, a personalidade jurídica da sociedade existe e é bem ativa.

Esta só será desconconsiderada quando ocorrer o abuso, que nas palavras de Marçal Justen Filho é conceituado como “a abusiva utilização da pessoa jurídica sempre que o respeito aos efeitos do regime correspondente signifique o sacrifício de um direito ou de uma faculdade assegurada pelo direito do trabalho ao trabalhador”.<sup>44</sup>

Com efeito, o que o direito do trabalho busca é tutelar os interesses do trabalhador. Como esta é uma atividade fim, e não uma atividade meio, não se pode

---

<sup>43</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 102-106.

aceitar que alguém frustrasse esta persecução, não se admitindo outro fim, sob pena de incorrer em perecimento do direito do empregado.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a Justiça do Trabalho na maioria das vezes, visa a penhora de bens particulares dos sócios por dívidas trabalhistas da sociedade.<sup>45</sup> Isso significa um respaldo do direito do trabalho em defender direitos trabalhistas.

Por esses motivos é que encontramos uma facilidade da aplicação, de forma ampla, da desconsideração. Só basta o reconhecimento que a personificação da sociedade será utilizada para um fim diverso do que foi criada para que incida a desconsideração da personalidade jurídica sobre esta sociedade.

#### **4.7 Relativização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica**

Com o que foi visto, conclui-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a defesa de direitos de terceiros contra os abusos e fraudes que são praticados por meio da indevida utilização, pelos sócios ou por administradores, do princípio da autonomia patrimonial da sociedade, que acabam, por confundir os patrimônios das duas pessoas acima descritas, qual seja, do sócio e da sociedade.<sup>46</sup>

Porém, a sua utilização nos casos concretos pelos magistrados deve ser resguardada por bastante zelo, para que não se deturpe a imagem da pessoa jurídica.

É necessário que esta teoria só seja utilizada diante de fatos reais e incontroversos de abuso e fraude ao direito, de maneira a desviar a finalidade da pessoa jurídica, com vistas a reprimir tais abusos. Portanto, simples sinais de atos abusivos a direito de terceiros ou apenas uma dificuldade econômica momentânea passada pela pessoa jurídica não são motivo para a aplicação deste instituto.

Deste entendimento corrobora o Tribunal do Paraná, que assim se expressou perante a aplicação desta teoria:

Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada - Desconsideração da personalidade jurídica - aplicação que requer cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física - Necessidade de que seja apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio da

<sup>45</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 19.

<sup>46</sup> Para uma leitura mais aguçada, ler: CAMPINHO, Sérgio. Op. cit.

finalidade social da sociedade, com provento ilícito dos sócios.<sup>47</sup>

Logo, é necessária muita atenção e cautela por parte dos magistrados para que não se destrua essa teoria que vem regulando as relações econômicas e jurídicas entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, sabendo da importância das pessoas jurídicas para o incremento das atividades econômicas, devendo somente ser admitida a desconsideração da personalidade jurídica quando estiver constatado o abuso e a fraude, sendo esta necessária para se coibir a má utilização das pessoas jurídicas, reprimindo este desvio de finalidade perpetrado por sócios de má índole.

---

<sup>47</sup> Ap. 529/90 – 2ª C. – j. 18.4.90 – rel. Juiz Gilney Carneiro Leal. RT 673/160.

## 5. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

### 5.1 Aplicação na Ordem Econômica

A Lei n.º 8.884/94 (Lei Antitruste), que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica estabelece em seu art. 18 a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Percebemos que pela leitura da lei, esta não primou pela boa técnica, muito menos pela inovação desta teoria, visto que praticamente repetiu o que já dispõe o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Importante relatar que os art.s 16 e 17<sup>48</sup> da Lei Antitruste autorizam a responsabilidade por parte de pessoas físicas ou jurídicas que estejam relacionadas com práticas anticoncorrenciais, não sendo necessária a aplicação da desconsideração<sup>49</sup>, visto que poderá se atribuir a responsabilidade diretamente ao agente que praticou a infração.

---

<sup>48</sup> Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

<sup>49</sup> Importante trazer a definição feita por José Cretella Júnior sobre má administração: *Por outro lado, a desconsideração da personalidade jurídica por infração comprometerá a empresa - e só esta -, nas hipóteses de falência, de insolvência de encerramento ou de inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.* (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 68.) Importando esclarecer que nos casos de falência ou insolvência por má administração, será necessário a prova judicial da figura comercial ou civil, e também a demonstração de documentos que comprovem que isto derivou de má administração objetiva, visto que não é qualquer insucesso empresarial que pode ser configurado como tal. E, além disso, quando ocorrer o encerramento ou inatividade, estes também devem derivar da má administração. Embora, em tais situações, ainda que não decorram da má conduta negocial, se não houver o pagamento aos credores com o ativo existente, pode-se provocar a desconsideração por ato de infração à lei.

Somente o responsável<sup>50</sup> pela infração econômica ficará exposto à desconsideração, sendo retirados deste alcance os sócios, dirigentes ou administradores da sociedade.

Porém, é importante responsabilizar também os diretores, administradores ou agentes de uma empresa que pertence a um determinado grupo econômico, pois a solidariedade será entre a empresa e a pessoa jurídica, incluindo diretores e administradores que forem responsáveis, de algum modo, pela prática da infração.

A norma que trata da desconsideração na Lei antitruste se utiliza de inúmeras hipóteses já elencadas na legislação civil<sup>51</sup>, deixando simplesmente como fundamento do pedido de aplicação da desconsideração, quando a pessoa da sociedade constituir obstáculo à responsabilização dos agentes, o abuso de direito.

Portanto, o principal objetivo da teoria que é o de imputar responsabilidade direta ao sócio ou administrador quando este se utilizar de modo fraudulento da personalidade da sociedade.

Cumprido esclarecer que, via de regra, a pessoa jurídica possui vida autônoma da de seus sócios, primazia do princípio da autonomia patrimonial e somente em disposição legal expressa é que os sócios irão responder pelas obrigações da sociedade.

Todavia, em casos especiais, a jurisprudência vem admitindo a desconsideração da pessoa jurídica, inclusive, em circunstâncias que não estão previstas em lei. E assim entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>52</sup>, decidindo que: “provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a teoria da desconsideração da pessoa jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados, e também com o argumento que a personalidade jurídica com a conseqüente separação dos patrimônios, não haverá de visar à cobertura de

---

<sup>50</sup> Na lição de José Cretella Júnior: *O responsável por infração da ordem econômica é sempre o homem, pessoa física que age em nome da empresa, na qualidade de sócio, administrador ou dirigente. Nesses casos, "é considerada", leva-se em conta sua personalidade jurídica, o que implica, nos termos da lei, a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes e administradores. O mesmo acontece nas relações entre o agente público e o Estado, nos casos de responsabilidade pública ocasionando dano ao particular. Se o funcionário público, civil ou militar, agir com dolo ou culpa, com abuso de direito, com excesso de poder, com infração da lei, com ato ilícito, ou se desligar dos quadros do funcionalismo, será desconsiderada sua personalidade jurídica. O infrator responde individualmente pelos prejuízos e o Estado fica irresponsável.* (Loc. cit.)

<sup>51</sup> Tais hipóteses seriam: excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>52</sup> Recurso Especial nº 211.619-SP. Min. Relator: Eduardo Ribeiro.

procedimentos tendentes a prejudicar terceiros. A isso se opõem os princípios gerais de direito e os fins sociais a que a Lei se destina”.

Além disso, a Lei, em seus arts. 2º e 15<sup>53</sup>, trata de sua aplicação extraterritorial, pretendendo alcançar empresa cuja sede da empresa não seja no Brasil, mas que produzam efeitos nele.

No entendimento de Heloísa Carpena, melhor seria caso a lei tivesse se utilizado da territorialidade objetiva, advinda do Direito Comunitário Europeu, visto que seria aplicável a desconsideração apenas com uma conduta de uma empresa que pudesse vir a resultar de uma prática anticoncorrencial:

Melhor teria sido referir à territorialidade objetiva, inspirada no Direito Comunitário Europeu, critério segundo o qual "o âmbito de validade da lei antitruste relaciona-se com o mercado em que projetou seus efeitos a prática empresarial lesiva à constituição econômica". Basta, portanto, que a conduta produza ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais no Brasil para tornar aplicável a lei brasileira. Não importa tampouco que se trate de empresa brasileira ou estrangeira, conforme disposto pelo art. 171, I da Constituição Federal, sendo assim desnecessária a definição do parágrafo único do art. 2º. da Lei n. 8.884.<sup>54</sup>

É inequívoco que o direito da concorrência possui uma aptidão internacional, sendo comuns os casos em que o produto ou serviço é fornecido a nível regional ou global.

Em tempos de globalização, os países pensam mais em defender os seus mercados, utilizando-se de medidas de proteção à concorrência, fundamentando-se em atitudes para eliminar práticas de restrição de bens e serviços utilizados por Governos.

Por conta disso, tornam-se freqüentes interesses em conflito, que por um lado visam proteger as operações internacionais, e de outro, se fundamentam em interesses nacionais tendem a uma forma de protecionismo, que às vezes, é exacerbado.

<sup>53</sup> Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

<sup>54</sup> CARPENNA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116-119.



A solução para esses tipos de conflito é difícil, tendo em vista, principalmente, a soberania dos países, devendo-se prevalecer, entretanto, a aplicação de leis que primem pela concorrência leal entre os povos.

## 5.2 Aplicação no Meio Ambiente

O meio ambiente é um bem difuso, de direito coletivo, inerente a todos, que vem chamando a atenção dos especialistas, cada vez mais, por conta da devastação que vem sofrendo. Seja através da emissão de gases poluentes altamente tóxicos na atmosfera que destroem a camada de ozônio, seja pelas empresas que jogam detritos industriais em mares, rios ou lagoas, vindo a poluí-los, praticando verdadeiros abusos.

Pelo anseio da sociedade e já prevendo futuros danos ao patrimônio ambiental que foi publicada a Lei nº 9.638/81, que veio a dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Esta lei veio delegar competência ao Ministério Público para ser o legitimado ativo para efetuar ações que visem a reparação de dano ambiental. Esta lei também estabeleceu a responsabilidade objetiva do poluidor.

Posteriormente, veio a ser publicada a Lei nº 7.347/85 que veio a disciplinar a ação civil pública para atribuir a responsabilidade à agentes causadores de danos ambientais, ao consumidor, etc.

Percebemos, portanto, que o Ministério Público é que possui legitimidade para apurar fatos ou danos ocorridos, propor as ações que procurem evitar o pormenorizar os danos ambientais, e também celebrar acordos, que possuirão natureza de título executivo.

Com o advento da Constituição, em 1988, a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente, que já era tratada em lei ordinária, alcançou status constitucional, em seu art. 225, § 3º:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a

sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com efeito, é notório que o que a Magna Carta dispõe é que não interessa se a atividade poluidora praticada é lícita, legal ou não, já que no campo do meio ambiente, o que é realmente importante e necessário é a reparação do dano causado.

Percebe-se, deste modo, que utiliza-se a teoria da responsabilidade do **objetiva**. Assim, excluem-se as condutas realizadas sob o pretexto de caso fortuito ou força maior.<sup>55</sup>

A Lei nº 6.938/81 confirma a teoria da responsabilidade objetiva e imputa ao infrator a responsabilidade que advenha de danos causados, sendo que estes responderão solidariamente. Em seu art. 3º, IV<sup>56</sup>, a referida lei define poluidor como sendo pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que seja responsável, direta ou indiretamente, por uma atividade que venha gerar uma degradação ambiental.

Em harmonia com este entendimento é que foi editada a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas que derivam de condutas lesivas ao meio ambiente; consagrando, em seu art. 3º, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas por danos causados ao meio ambiente:

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

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

Além disso, abarcou inovações, prevendo a possibilidade de condenação de diretores, administradores, membros do conselho, auditores, gerentes, etc. da pessoa jurídica que, possuindo o conhecimento da atividade criminosa, não tentam impedir a sua prática, quando poderiam ter agido para que esta fosse evitada.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. parte geral. v. 1. São Paulo: Atlas, 2001, p. 613-614.

<sup>56</sup> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

<sup>57</sup> Art. 2º - Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Sendo que foi esta mesma lei quem rompeu com o princípio da autonomia patrimonial, introduzindo, em seu art. 4º, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica<sup>58</sup>, sempre que a personalidade da pessoa jurídica vier a inserir obstáculos para o devido ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao meio ambiente:

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

Dissertando acerca do dispositivo em comento, Paulo de Bessa Antunes explica que o legislador pretendia dizer que a personalidade jurídica seria desconsiderada quando a sua existência fosse utilizada como um escudo para que seus administradores não fossem responsabilizados economicamente diante do ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente.<sup>59</sup>

De acordo com a Lei nº 9.605/98, serão aplicadas as penas de multa, restritivas de direitos, bem como prestação de serviços à comunidade às pessoas jurídicas. Sendo importante esclarecer que esta lei possui natureza híbrida, pois também se preocupa com as infrações administrativas e possui vistas a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente.

Com efeito, corrobora do entendimento de admissibilidade da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em crime ambiental o STJ, conforme o seguinte julgado:

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Para Fábio Ulhoa Coelho, a legislação autoriza, quando os atos forem prejudiciais para o meio ambiente, a superação da autonomia patrimonial e a responsabilização direta de seus sócios por atos praticados pela sociedade. (COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 19)

<sup>59</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 437.

<sup>60</sup> Processo REsp 564960/SC; RECURSO ESPECIAL 2003/0107368-4; Relator: Min. GILSON; Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 02/06/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 13.06.2005 p. 331 RDR vol. 34, p. 419.

Logo, as empresas e principalmente as indústrias devem atentar as questões ambientais que são de extrema importância, principalmente para os futuros habitantes deste planeta, devendo adaptar-se as novas pretensões mundiais de preservação ao meio ambiente, para que não estejam expostas a futuras sanções que possam vir, de alguma maneira, a inviabilizar futuros projetos.

### 5.3 Aplicação nas Licitações Administrativas

#### 5.3.1 Conceito

A licitação é um procedimento administrativo que objetiva selecionar a proposta mais vantajosa para a celebração de contrato com a Administração Pública e com entidades por ela controladas.

Por possuir característica de processo administrativo, difere, neste contexto, do processo judicial, pois em sua decisão o administrador deve buscar, a verdade real, e não simplesmente a verdade formal – que ocorre nos processos judiciais, em que o juiz está adstrito às provas que constem dos autos.

Dissertando acerca deste instituto, assim conceitua Hely Lopes Meirelles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Conquanto não seja uniforme, a doutrina é acorde na acentuação dos traços essenciais e das finalidades da licitação, tal como o fizemos.

Essa dupla finalidade - obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados - é preocupação que vem desde a Idade Média e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.<sup>61</sup>

Já José dos Santos Carvalho Filho assim define o instituto jurídico em tela:

---

<sup>61</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246-247.

Para conceituar-se a licitação, de forma objetiva, não se pode deixar de considerar dois elementos, que, inclusive, serão estudados separadamente. O primeiro é a **natureza jurídica** do instituto, ou seja, como este se insere dentro do quadro jurídico. O segundo consiste no **objetivo** a que se preordena, o que, aliás, constitui a própria **ratio essendi** desse instrumento.

Fincados em tais elementos, podemos conceituar a licitação como o **procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.**<sup>62</sup> (grifos do autor)

Portanto, analisando esses conceitos, percebemos que é essencial para a Administração Pública, quando necessitar contratar com empresas privadas, que o faça através de procedimento licitatório, visando a melhor proposta dentre as que estiverem disponíveis.

### 5.3.2 Natureza Jurídica das Licitações

Importa, também, esclarecer a sua natureza jurídica, visto que a licitação não ocorre de um dia para o outro. É necessário o encadeamento de diversos atos, sejam eles administrativos ou privados, que devem seguir por escrito, para que se alcance o objetivo desejado, qual seja, de uma licitação transparente.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Por isso, a natureza jurídica da licitação é a de **procedimento administrativo com fim seletivo**, porque, bem registra ENTRENA CUESTA, o procedimento constitui um "**conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la**".

De fato, esse conjunto de atividades e documentos será sempre necessário, seja mais ou menos formal o procedimento. É preciso que a Administração divulgue o que pretende selecionar e contratar; que os interessados acorram com documentos e propostas; que se obedeça a um processo formal de escolha e assim por diante. Tudo isso, sem dúvida, reclama a presença de documentos e demanda certo lapso de tempo para sua conclusão.<sup>63</sup> (grifos do autor)

---

<sup>62</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-218.

<sup>63</sup> Loc. cit.

### 5.3.3 Previsão Legal

A licitação possui previsão constitucional no art. 37, inc. XXI, da CRFB/88, que assim dispôs:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

O caput do art. 37 traz a baila os princípios expressos que devem reger as licitações – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>64</sup> – e seu inc. XXI afirma que sempre que a Administração quiser contratar com determinadas empresas, salvo nos casos específicos que constituem exceção, deverá fazê-lo mediante processo licitatório, tornando, assim, a licitação obrigatória.

Após, este regramento constitucional foi regulamentado por uma norma infraconstitucional, a Lei nº 8.666/93, bem, como institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Esta lei é o Estatuto Geral das Licitações, sendo uma fonte primária que veio a disciplinar as licitações. Por conta disso, esta lei estabelece proibições a Estados, Distrito Federal e Municípios, em que se destaca a norma que veda a extensão dos casos de dispensa de inexigibilidade e os valores impostos para cada modalidade de licitação, e também a diminuição dos prazos para se dar o caráter de publicidade inerente ao procedimento licitatório, bem como a interposição de recursos.

---

<sup>64</sup> Princípio da Legalidade – Enquanto o particular é livre dentre suas escolhas, estando impedido somente por disposição expressa em lei (art. 5º, II, CRFB/88), na administração pública é exatamente o inverso, ela só pode atuar pautando suas ações de acordo com norma legal expressa (art. 37, CRFB/88).

Princípio da Impessoalidade – O administrador não pode tratar os administrados com discriminação, devido a alguma implicância pessoal. Deve pautar suas decisões com objetividade.

Princípio da Moralidade – Além de pautar-se pela moral, a Administração deve buscar um resultado que é a qualidade para a coletividade, se baseando seu comportamento em *standards* que a sociedade espera e necessita.

Princípio da Publicidade – Visa divulgar todos os atos administrativos, dando transparência às ações da Administração Pública.

Princípio da Eficiência – É a prática por parte do ente administrativo que busque o máximo na qualidade dos atos praticados e da maneira menos onerosa possível.

Visto a previsão Constitucional e a norma legal que o regula, é necessário estipular os destinatários deste Estatuto, em outras palavras, quem está obrigado a utilizá-lo.

Estão sujeitos a esta regra geral as pessoas que integram a Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) formando a Administração Direta.

Também estão obrigados a licitar os órgãos do Poder Legislativo, Executivo, Judiciário, bem como o Ministério público e os Tribunais de Contas. O Ministério Público – tanto Federal quanto o Estadual – apesar de possuírem autonomia e não integrarem de forma formal a Administração Pública, também estão subordinados ao Estatuto, pois sua estrutura funcional possui vários órgãos administrativos, devendo ser atribuído à ele a mesma natureza que são atribuídas aos Poderes.

Além da Administração Direta e do Ministério Público, são também regidas por este instituto a Administração Indireta, alcançando as pessoas descentralizadas, quais sejam, as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.<sup>65</sup> É de se considerar que elas estejam sobre o regime deste Estatuto até que lei venha a dispor diverso, indiferente de serem sociedades de economia mista e empresas públicas que prestes serviços públicos ou que explorem atividade econômica.

O Estatuto alcança, ainda, os fundos especiais e entidades controladas direta ou indiretamente por pessoas federativas. Sendo desnecessária a menção aos

---

<sup>65</sup> Importante, esclarecer que algumas dessas sociedades não estarão sujeitas ao Estatuto Geral, conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho: *Todavia, no que concerne a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, urge conciliar o art. 37, XXI, e o art. 10, parágrafo único, do Estatuto, com o art. 173, § 1º, CF. É que referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica. É o caso, por exemplo, de empresa pública criada para a venda de medicamentos, por preços inferiores aos de mercado, a indivíduos de comunidades de baixa renda; ou de uma sociedade de economia mista que explore supermercado para fins sociais. É claro que a venda de tais produtos e a prática de outras operações ligadas a esses fins terão que sujeitar-se às regras comerciais comuns. Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei nº 8.666/93.*

*Em virtude, porém, da necessidade de distinguir tais situações, sobretudo porque órgãos públicos ou entes prestadores de serviços públicos não podem receber o mesmo tratamento dispensado a pessoas paraestatais voltadas para o desempenho de atividades econômicas, a Emenda Constitucional nº 19/98, alterando o art. 173, § 10, da CF, admitiu que lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista, observados os princípios gerais desses institutos. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específica para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se, em consequência, que a Lei nº 8.666/93 sofrerá derrogação no que toca à aplicabilidade de suas normas sobre as referidas entidades. Somente assim poderão as empresas paraestatais privadas atingir seus objetivos, sobretudo quando forem destinadas à exploração de atividade econômica. A nova lei deverá ter caráter genérico e suas normas gerais deverão ser da competência privativa da União, cabendo a Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de normas suplementares para atender a suas peculiaridades.*(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 221)

fundos especiais pois não possuem personalidade jurídica própria e são reservas de finanças criadas por lei, já que, de certa forma, este fundo será gerido por algum órgão público, que está, como visto, obrigado a seguir o Estatuto das Licitações. Já as entidades controladas direta ou indiretamente por pessoas federativas são as entidades paraestatais, que se utilizam de dinheiro público, e, por isso, estão obrigadas a prestar contas ao Tribunal de Contas, incluindo, nesta atividade, as entidades do Sistema S, ou mais conhecidas como as entidades de serviços sociais autônomos, que se destinam à formação e assistência social aos trabalhadores.

Apesar destas entidade possuírem, na maioria das vezes, personalidade jurídica de direito privado, o legislador veio a possibilitar que tais entidades viessem a editar regulamentos internos simplificados, desde que respeitassem os princípios básicos estipulados na Lei Geral. Caso não os edite estarão, obrigatoriamente, sujeitos ao Estatuto; e caso os edite, deverão estes ser aprovados por entidade superior que as estiver vinculada e publicá-los na imprensa oficial, para que possam tornar-se legais e eficazes.

#### 5.3.4 Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Licitações Administrativas

Ocorre que, muitas das vezes, as empresas, por determinado motivo, são penalizadas por descumprir contratos administrativos firmados com a Administração Pública e, para não ficarem proibidas de participar de licitações por até 2 anos (quando são declaras inidôneas), estas desconstituem a sociedade, e constituem outra, praticamente idêntica, com mesmo estatuto social, mesmo capital social, mesmos sócios, etc.

Apesar de esta ser uma prática de fraude ao Estatuto Geral de Licitações, inexistente norma administrativa que puna estes casos, entrando a doutrina em um verdadeiro embate discutindo se caberia, nestes casos, a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para desconstituir esta nova sociedade criada com vistas a fraudar a Lei.

Daí decorrem dois entendimentos, sendo uns a favor da aplicação da referida teoria e outros contra.

Os que não aceitam a aplicação da teoria da desconsideração nas licitações, atentam ao texto da lei, argumentando que inexistente previsão legal expressa, e que a



sua utilização pelos Tribunais estaria a violar o princípio da legalidade, corolário da Administração Pública. Assim sendo, eles visualizam um conflito entre princípios, quais sejam, o da legalidade, e do outro lado, os da indisponibilidade do interesse público, moralidade e eficiência.

Ocorre que não existe este conflito de normas ao qual se filiam a primeira corrente. Isto porque o princípio da legalidade não se restringe à letra fria da lei, ou seja, não é para toda atividade do administrador público que este encontrará norma expressa em lei. Ao contrário, quando este princípio exige que o administrador público se sujeite à letra da lei, está na verdade o obrigando a seguir o ordenamento jurídico.

A falta de previsão legal não é uma barreira à superação da personalidade jurídica de uma sociedade por uma decisão administrativa quando esta incorrer em fraude ou abuso de direito, visto que se respalda em outros princípios da Administração Pública. Deixar de aplicá-la com base em inexistência de lei seria o mesmo que amparar a fraude. Defendendo este entendimento, leciona Diógenes Gasparini:

É instituto que se aperfeiçoa a qualquer ramo do Direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, a fazer tabula rasa do interesse público, a ignorar direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e a burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios. É instituto, pode-se afirmar, da Teoria Geral do Direito.<sup>66</sup>

Portanto, fixado este primeiro entendimento que a desconsideração jurídica pertence, primeiramente, à Teoria Geral do Direito, sendo um meio de proteção e de caráter *sui generis*, adequa-se perfeitamente aos diferentes tipos de relações jurídicas, e, também, naquelas entre a Administração Pública e o particular.

De longa data, Marcos Juruena Villela Souto já defendia a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Administrativo, independente da existência de norma expressa que assegurasse tal aplicação:

Nem por isso fica a Administração a mercê do fraudador, de mãos atadas. Pode ela, após a devida apuração da fraude, declarar nulo o contrato, já que a simulação teria viciado a sua vontade. Neste caso,

---

<sup>66</sup> GASPARINI, Diógenes. *Disregard administrativa. Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 187.

autoriza-se, a utilização supletiva do direito privado para considerar-se viciado o contrato por erro quanto a pessoa.

(...)

Vê-se, pois, que, embora não havendo lei específica, é cabível, também no Direito Administrativo, a aplicação excepcional da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica para evitar prejuízo ao Erário u à qualidade do serviço público, desde que caracterizados o elo e a intenção em fugir à pena previamente imposta.<sup>67</sup>

No direito administrativo, portanto, não reside a horizontalidade, característica das relações jurídicas de direito privado, em que ambas as partes encontram-se em pé de igualdade, devido à supremacia do interesse público sobre o privado. Por conta disso, é que não seria o juiz quem aplicaria a referida teoria, e sim o próprio administrador público, dispensando-se a decisão judicial.

Neste sentido, foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>68</sup>, em que este considerou legítima a aplicação desta teoria pela Administração Pública, explicitando, entretanto, a necessidade de se respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório:

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.

Com isso, o STJ inovou, afirmando ser legítima a ação da Administração Pública que desconsiderasse a personalidade de uma pessoa jurídica sem recorrer ao Poder Judiciário, posicionando o entendimento que o Poder Público não poderia compactuar com tal atitude.

Mais além, o STJ firmou o juízo de que a aplicação da teoria não seria medida única e exclusiva do Poder Judiciário, sendo também aplicável na seara administrativa. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem se manifestando a favor da aplicação deste instituto na esfera administrativa:

Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa, por exemplo) àqueles que praticaram o ilícito.

<sup>67</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 357-358.

<sup>68</sup> Julgamento de recurso ordinário, em mandado de segurança - ROMS nº 15166/BA.

A aplicação desta teoria em decisões do TCU e também pela Administração Pública, apesar de não possuir dispositivo legal expresso, remonta aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública – os princípios da moralidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público e eficiência.

Havendo um caso em que a Administração Pública ou o Tribunal de Contas tome conhecimento de atividade abusiva por conta de uma sociedade ou por algum determinado membro, e não tome a providência cabível, qual seja, a de aplicar a teoria da desconsideração, estar-se-ia a omitir-se quando deveria atuar, sendo que esta omissão é um afronte os princípios supracitados.

Aceitar que sociedades desvirtuem de sua finalidade descrita no contrato social para cometer abusos, inclusive celebrando negócios jurídicos com o Estado, causando prejuízos a terceiros e desrespeitando o interesse público é inaceitável. Uma área propícia para a utilização deste instituto são as licitações. Neste contexto, ensina Luciano Chaves de Farias:

O terreno mais fértil e propício para a aplicação da teoria na esfera administrativa é a licitação. Com efeito, 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 tivessem sendo beneficiados apesar de terem afrontado o ordenamento jurídico.<sup>69</sup>

É necessário ressaltar que é bem plausível a utilização desta teoria nas licitações administrativas, mas é bastante importante reafirmar que o devido processo legal deverá sempre ser empregado pela Administração Pública, lembrando que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LV<sup>70</sup>, já garante a observância de tal princípio no que tange à aplicação deste nos processos administrativos.

Tanto é possível a aplicação desta teoria nas licitações administrativas que o Estado da Bahia, de maneira inovadora e visando acabar com esta discussão,

---

<sup>69</sup> FARIAS, Luciano Chaves de. Op. cit. p. 780.

<sup>70</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

positivou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, através da publicação da Lei nº 9.433/05, em seu art. 220:

Art. 200 – Fica impedida de participar e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa pública.

Depreende-se da leitura que a Administração Pública do Estado da Bahia ficou autorizada a estender a pena de uma pessoa jurídica para outra, desde que a pessoa jurídica que está sofrendo a extensão da pena possua pessoas físicas que participavam da primeira e que estas possuam objetos sociais parecidos. Em outras palavras, para a pessoa jurídica receber pena imposta a outra é necessário: (i) o mínimo de um sócio da antiga pessoa jurídica na nova sociedade; (ii) a antiga pessoa jurídica ter sido suspensa ou declarada inidônea; e (iii) as duas empresas possuírem atividades parecidas.

Além disso, cumpre informar que o Governo Federal já possui um Projeto de Lei<sup>71</sup> que pretende alterar a Lei Geral das Licitações Administrativas incorporando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o que viria a acabar de vez com a discussão acerca de sua viabilidade em nosso ordenamento jurídico administrativo. A mudança modificaria o art. 28, VI e viria a inserir um § 4º no art. 87:

Art. 28

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

Parágrafo único. Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoas jurídicas cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outras pessoas jurídicas, tenham sido punidos na forma do §4º do art. 87 desta lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção. (NR)

Art. 87

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

---

<sup>71</sup> Projeto de Lei nº 7.709/07.

Comentando as possíveis mudanças na Lei nº 8.666/93, nos ensina Flávio Amaral Garcia:

O tema é de maior importância, a fim de evitar que os mesmos indivíduos constituam diversas pessoas jurídicas com o único intuito de fraudar os cofres públicos.

(...)

Indispensável que se atenda ao devido processo legal na aplicação da teoria pelo administrador, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>72</sup>

Logo, percebe-se que a utilização da teoria da desconsideração na esfera administrativa e, principalmente, nas licitações, já vem ocorrendo, entretanto, se faz mais do que necessário uma norma para disciplinar esta atuação, cabendo ressaltar sempre a necessidade de se respeitar o contraditório e da ampla defesa, para que não se infrinja o devido processo legal.

Portanto, será de grande valia caso o Projeto de Lei em comento se transforme definitivamente em Lei, o que virá a coibir, não só as práticas desleais e o abuso de direito, como também irá poupar gastos públicos, economizando os cofres da Administração, que poderão ser desviados para outras atividades, em especial, as de fomento público.

---

<sup>72</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 47.

## 6. CONCLUSÃO

Analisou-se, num primeiro momento, a criação das sociedades, em outras palavras, como estas adquiriram a personalidade jurídica, que seria a união de pessoas a bens em comum, para se alcançar um determinado fim. Abordou-se a discussão que antecedeu este pensamento, observando sua natureza jurídica, em que alguns autores negavam a existência desta personalidade (teoria negativista) e outras, defendiam a existência desta personalidade (teoria afirmativista). Após, dissertou-se acerca da teoria afirmativista e suas duas subespécies, quais sejam, a teoria da ficção e a teoria da realidade, que, por sua vez, se dividia em três: (i) teoria da realidade objetiva ou orgânica; (ii) teoria da realidade jurídica ou institucionalista; e (iii) teoria da realidade técnica, percebendo esta terceira como a que preponderou para melhor explicar a pessoa jurídica.

Em seguida, foi debatido como se deu a personalização das sociedades empresárias, conceituando sociedade empresarial, estudando a sua personalização, examinando a classificação das pessoas jurídicas, que podem ser públicas ou privadas e os efeitos que esta gerou nas sociedades – se tornou sujeito de direito, sendo titular de direito e de obrigações, de figurar como pólo ativo ou passivo em demandas processuais e de possuir autonomia patrimonial, diferente de seus sócios – finalizando com a apreciação de seu início, bem como com o de seu término.

No terceiro capítulo, foi visto a teoria criada para desconsiderar esta primeira, sendo necessária e útil quando a pessoa jurídica é utilizada como forma de abuso ou com intuito de fraudar obrigações contraídas ou terceiros. Foi necessário explicar o motivo do aparecimento desta teoria, seu histórico, suas espécies (teoria maior ou menor), a discussão brasileira sobre um enfoque subjetivo ou objetivo do tema, onde preponderou o segundo enfoque, que considera somente necessário a confirmação do abuso ou fraude de direito para que seja autorizada a aplicação da teoria em comento. Terminando com a explicitação da desconsideração inversa, que visa justamente o contrário, ao invés de desconsiderar a sociedade para alcançar o bem do sócio, esta desconsidera a pessoa do sócio para alcançar bem da sociedade, visto que essa inclusão resultou de um ato ilícito, pois estava eivada de fraude ou abuso de direito a um terceiro de boa-fé.

No quarto capítulo, observou-se como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, sendo

analisado primeiramente o Código de Defesa do Consumidor e depois o Código Civil de 2002, no Direito do Trabalho, na Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) e a relativização desta teoria, preocupando-se que sua utilização deve pautar-se em dados concretos em que fique demonstrado o desvio de finalidade da sociedade, e não em simples ato de má administração, visando que não seja destruída a personalidade da pessoa jurídica.

Após esta análise, adentrou-se, no quinto capítulo na aplicação da desconsideração na esfera administrativa, sob três enfoques. O primeiro foi no âmbito da prevenção de infrações à ordem econômica, disciplinada pela Lei nº 8.884/94. O segundo enfoque foi no Meio ambiente, analisando a Lei nº 9.638/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei nº 9.605/98, que veio a disciplinar as sanções penais e administrativas de infratores que incorrerem em condutas que sejam lesivas ao Meio Ambiente. E o terceiro enfoque foi nas Licitações Administrativas.

Neste último, preliminarmente conceituamos licitações, analisamos sua natureza jurídica, que é de procedimento administrativo; listamos sua previsão legal – art. 37, XXI, CRFB/88 e a Lei nº 8.666/93 – e viemos a ponderar sobre a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas licitações, apesar da inexistência de norma legal expressa.

Com relação à sua aceitabilidade, alguns doutrinadores, baseando-se na falta de norma, afirmam que a utilização da teoria na licitação não seria possível, pois feriria o princípio da legalidade. Porém, percebeu-se que este argumento é falho, com base no argumento de que a desconsideração pertence à Teoria Geral dos Contratos, e que poderia ser aplicada subsidiariamente a outras Leis que já disciplinam o tema, porque a não aceitação desta teoria nas licitações seria uma anuência, e quem sabe, um estímulo, a utilização fraudulenta das sociedades empresárias.

Foi-se além, percebendo que alguns Tribunais Superiores – STJ e TCU – já aceitam a utilização desta teoria, e que o Estado da Bahia, de maneira inovadora, já publicou uma Lei, em que impede de participar ou de contratar junto à Administração Pública Baiana pessoa jurídica que tenha sido penalizada ou suspensa de licitar ou contratar junto com a Administração, vindo a positivar o referido instituto, visando sanar qualquer tipo de dúvida.

Por fim, dissertou-se sobre o fato do Governo Federal, após todo este vanguardismo, ter editado um Projeto de Lei, aproveitando o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), que pretende definitivamente acabar com qualquer discussão acerca da admissibilidade da utilização da teoria da desconsideração da pessoa jurídica nas licitações administrativas, pois este Projeto, dentre seus inúmeros artigos, pretende modificar a Lei Geral das Licitações e positivizar este instituto, o que só trará benefícios à Administração Pública e virá a coibir, ainda mais, práticas que visem deturpar a razão de ser – ou entre outras palavras, a finalidade – das sociedades empresárias.



## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROS, Ana Lúcia Porto de. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa*. In: *BLC*, a. 14. nº 162. Curitiba: Zênite, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 47.

GASPARINI, Diógenes. *Disregard administrativa*. In *Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA JUNIOR, Otavio Dias. *A desconsideração da pessoa jurídica por ato administrativo nas licitações e o princípio da legalidade*. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/22253](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22253)>. Acesso em: 17 ago. 2007.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. vol. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil*. Encontrado em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104&p=1>. Acesso em: 05 jun. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. parte geral. v. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Ricardo. KONDRAT, Fábio. *Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/27/46/2746/>. Acesso em: 09 de jan. 2008.