

ano 15 - n. 62 | outubro/dezembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Disregard doctrine e sua aplicação pela Administração Pública*

Leandro Sarai

Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo – SP). Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo – SP). Advogado Público. E-mail: <leandro.sarai@bcb.gov.br>.

Resumo: Analisa a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Menciona seus desdobramentos e hipóteses de aplicação. Apresenta o debate acerca da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública no exercício de seu poder de polícia. Elenca os argumentos favoráveis e contrários a essa medida, tomando como base a decisão proferida em sede liminar pelo Ministro Celso de Mello nos autos do MS nº 32.494-MC/DF, que suspendeu determinação proferida pelo Tribunal de Contas da União no sentido de estender a uma pessoa jurídica a penalidade de suspensão do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública aplicada a outra empresa, em razão de aquela ter sido constituída com o intuito de fugir da punição imposta. Apresenta novas questões para reflexão de modo a contribuir para a continuidade do aprimoramento do tema.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Administração Pública. Lei.

Sumário: 1 Introdução – 2 A disregard doctrine – 3 A controvérsia da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública – 4 Entrando no debate – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Uma breve análise do tema da “desconsideração da personalidade jurídica” revela que ainda há questões pendentes sobre ele.

Entre elas, destaca-se para o presente artigo a possibilidade de a Administração Pública, quando no exercício do poder de polícia, por ato próprio, desconsiderar a personalidade jurídica de um ente para atingir a esfera jurídica de outro.

Em artigo da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central de junho de 2011, Lucas Alves Freire¹ entendeu cabível essa aplicação com base no art. 50 do Código Civil conjugado com princípios da Administração Pública.

Desde então, houve inovações no ordenamento, como o art. 14 da Lei nº 12.846, de

* As opiniões do presente artigo representam a posição pessoal e exclusiva do autor, não tendo qualquer relação com a posição da instituição a que pertence. Agradeço ao amigo César Cardoso pela gentileza da leitura e pelas considerações.

¹ FREIRE, Lucas Alves. A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo banco central do Brasil. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 5, n. 1, p. 101-130, jun. 2011.

1º de agosto de 2013,² conhecida como “lei anticorrupção”, que dispõe:

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

Apesar disso, a controvérsia continua atual, como observa o Ministro Celso de Mello, que, em sede liminar do MS nº 32.494-MC/DF,³ suspendeu a eficácia do item 9.4 do Acórdão nº 2.593/2013 do Plenário do E. Tribunal de Contas da União, que havia aplicado o instituto. Da decisão do citado ministro colhe-se:

Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “disregard doctrine”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.

Será utilizada essa decisão para nortear a condução da análise que será empreendida no texto, tratando dos argumentos trazidos em favor e em desfavor da aplicação da teoria em sede administrativa.

2 A disregard doctrine

² BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.494-MC/DF. Decisão liminar do Ministro Celso de Mello. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 732, de 19 de dezembro de 2013. Supremo Tribunal Federal, 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

A essência da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é a busca de um ponto de equilíbrio que assegure a autonomia patrimonial e a própria existência da pessoa jurídica, mas proteja a sociedade contra o uso indevido deste instituto.⁴

Segundo seus termos, quando a pessoa jurídica é utilizada indevidamente, com abuso de direito ou com confusão patrimonial, afasta-se a limitação de responsabilidade dos sócios, para que estes venham a responder pelos negócios da empresa.

Como a limitação de responsabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, pressupõe a instituição de uma pessoa jurídica, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica ingressou nele com esse nome porque se entendia que seria necessário desconsiderar a própria pessoa jurídica para atingir o patrimônio dos sócios.

Mas, na prática, uma situação não tem relação necessária com a outra. Basta lembrar, em primeiro lugar, da existência de sociedades em que sócios respondem ilimitadamente, como será visto abaixo. Há casos, ainda, como o do pai que responde pelos atos do filho, em que um sujeito responde pelo ato de outro sem que para isso a personalidade do primeiro seja desconsiderada.⁵ Por outro lado, se se tomar como exemplo um contrato de seguro, também ficará claro que é possível limitar a responsabilidade independentemente da instituição de uma pessoa jurídica.

Daí que melhor seria chamar a doutrina de “desconsideração da limitação de responsabilidade”. Mas o fato é que, quando um nome passa a ser correntemente utilizado, ele já carrega em si um conteúdo, um complexo de ideias, ainda que essas ideias não estejam de acordo com o significado até então comum para as palavras utilizadas para designar esse mesmo conjunto de ideias. Além disso, algumas distinções que são feitas entre hipóteses de desconsideração e de responsabilização direta, como serão vistas no decorrer do texto, também justificam a nomenclatura.

A doutrina, no Brasil, vem sendo aprimorada em razão de novos casos em que se coloca a questão da autonomia patrimonial. Mas também há situações em que se afasta a

⁴ A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é originária do direito anglo-saxão, onde normalmente é referida pelas expressões “disregard doctrine of legal entity” ou “lifting of the corporate veil”. Como importantes fatos históricos relacionados a essa doutrina, pode ser citado, em primeiro lugar, no ano de 1809, nos Estados Unidos, o julgamento do caso *Bank of United States vs. Deveaux* (ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: desconsideração da personalidade jurídica-doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 186). Em 1897, é julgado pela justiça inglesa o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, esse mais conhecido (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 277-278). Em 1912, o juiz norte-americano Maurice Wormser teria feito as primeiras referências ao assunto (COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: RT, 1989. p. 9). Em 1953, a teoria teria sido sistematizada por Rolf Serik, em sua tese de doutorado apresentada na Alemanha à Universidade de Tübingen, onde recebe o nome de *Durchgriff* (COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: RT, 1989. p. 9; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 273-278). No Brasil, Rubens Requião é tido como o introdutor da doutrina, em conferência que foi objeto de publicação em 1969 (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 36; REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410, p. 12-24, dez. 1969). Posteriormente, Fábio Konder Comparato e José Lamartine Corrêa de Oliveira também fizeram importantes contribuições à teoria no país (COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: RT, 1989. p. 41).

⁵ Alguém chamaria essa hipótese de desconsideração da pessoa natural ou física?

personalidade jurídica sem maiores critérios. Com efeito, ao lado da clássica doutrina, chamada de teoria maior, segundo a qual o afastamento da autonomia patrimonial ocorreria em casos de fraude ou uso abusivo da pessoa jurídica, haveria a teoria menor, de acordo com a qual seria possível o atingimento de bens dos sócios pelo mero inadimplemento de dívidas da sociedade.⁶ Para a teoria maior, segundo Fábio Ulhoa Coelho,⁷ haveria quatro princípios básicos a serem levados em conta na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a) o princípio da separação entre pessoa jurídica e sócio pode ser desconsiderado para impedir a realização de ilícito; b) não basta o mero inadimplemento de um crédito pela pessoa jurídica para que ela seja desconsiderada; c) deve-se levar em conta as normas sobre capacidade ou valor humano em relação à pessoa jurídica se essas normas não contradizerem sua função; e d) a autonomia da pessoa jurídica deve ser desconsiderada quando ela é utilizada para afastar uma disciplina legal a um de seus membros.⁸

Também se distingue a formulação subjetiva da teoria, que se baseia no uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica,⁹ da formulação objetiva,¹⁰ calcada na confusão entre o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus sócios.¹¹

Fábio Ulhoa Coelho¹² menciona também a desconsideração inversa, que seria o afastamento do princípio da autonomia para responsabilizar a pessoa jurídica por atos de seu sócio.

Cabe ser citada ainda a desconsideração expansiva, referida na decisão liminar do MS nº 32.494-MC/DF, que consistiria no atingimento de sócios ocultos ou mesmo de outras sociedades¹³ de alguma forma ligadas àquela que teve sua personalidade desconsiderada.

Acredita-se que o avanço da teoria já está desaguando na desconsideração da personalidade do sujeito que figura formalmente em uma relação jurídica, independentemente de se tratar de pessoa jurídica ou natural, para atingir o sujeito de direito efetivamente responsável pela formação dessa mesma relação ou, mais do que isso, desconsiderar o sujeito, personalizado ou não, para que se atinja o verdadeiro responsável por um ato.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 35; LOVATO, Rafael. Desconsideração da personalidade jurídica: a teoria maior e tese sobre a teoria menor. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 2, n. 1, p. 199-234, jun. 2008.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 36.

⁸ A forma sintética como ele apresenta esses princípios não permite uma exata compreensão de seu alcance. Mas um aprofundamento desse ponto fugiria do objetivo principal colocado para o presente artigo. Para os interessados, remeto à obra *Rechtsform und Realität jurisdicher Personen* de Rolf Serik (Ed. Italiana. Milão: Giuffrè, 1966) utilizada por ele (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 36).

⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: RT, 1976.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 43.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 44-45.

¹³ "Com a teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica, é possível estender os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica aos 'sócios ocultos' para responsabilizar aquele indivíduo que coloca sua empresa em nome de um terceiro ou para alcançar empresas de um mesmo grupo econômico" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.494-MC/DF. Decisão liminar do Ministro Celso de Mello. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 732, de 19 de dezembro de 2013. Supremo Tribunal Federal, 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2014).

Basta pensar em situações em que pessoas de índole duvidosa adquirem bens, mas os colocam em nome de outrem (“laranja”), ou nas hipóteses em que sócios de sociedades repletas de irregularidades, para fugir de seu encerramento regular, simplesmente transferem suas quotas ou ações a pessoas simples sem a mínima noção do que assinaram.¹⁴

É a busca da realidade como forma de proteger a moralidade e a credibilidade do ordenamento jurídico, bem como os cidadãos de bem, nos casos em que o direito é utilizado de forma indevida ou em que há burla.¹⁵

Para avançar um pouco mais e entender melhor a doutrina, é necessário, previamente, refletir sobre a própria pessoa jurídica ou, mais propriamente, sobre a separação patrimonial.

2.1 Pessoa jurídica: separação patrimonial e limitação de responsabilidade

A separação patrimonial efetivada com a pessoa jurídica permite a junção de esforços para grandes empreendimentos além de servir de incentivo para eles, na medida em que os investidores têm segurança sobre o limite de suas perdas em caso de insucesso, fato que contribuiria para o desenvolvimento.¹⁶

Essas ideias, como se vê, foram expressas anteriormente à alteração que o Código Civil sofreu pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011,¹⁷ que institui a figura do Empresário Individual de Responsabilidade Limitada ou EIRELI.

Há tempo já se advertiu para a incongruência que havia em exigir a instituição de uma sociedade para possibilitar a separação patrimonial,¹⁸ inclusive com base em críticas

¹⁴ É comum encontrar contratos sociais com assinaturas com letras tremidas indicando esse aspecto.

¹⁵ “Os problemas ditos de ‘desconsideração’ envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado – repudiamos os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência. Nesse sentido, tinha razão Antunes Varela quando, em trecho citado no texto, afirmava visa a desconsideração o corrigir a contradição entre a aparência e realidade na constituição e no funcionamento da pessoa jurídica” (OLIVEIRA, 1979, p. 613).

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 15-16; COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: RT, 1976. p. 359; JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: RT, 1987. p. 46-51.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Planalto.gov.br, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

¹⁸ SARAI, Leandro. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento

feitas por José Lamartine Corrêa de Oliveira.¹⁹ Essa disposição legal só teria sentido se as pessoas, individualmente, não tivessem condições de constituir suas empresas. Mas há afortunados cujo patrimônio supera o de muitas sociedades (talvez até de certos países).

Até então, a regra era a de que o empresário individual e os sócios de algumas sociedades respondessem com todo o patrimônio para as dívidas oriundas do negócio empresarial.

Para que uma pessoa pudesse limitar suas perdas, seria necessário instituir uma sociedade e prever nos atos constitutivos a limitação da responsabilidade, além de outros requisitos.²⁰ Mas essa limitação, segundo o Código Civil, não era possível em qualquer tipo social.

Basta ver que, na sociedade em comum, a responsabilidade é ilimitada (art. 990).

Na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo responde sozinho perante terceiros pelas obrigações sociais, e perante ele respondem os participantes (art. 991, parágrafo único), aplicando-se a ela o disposto sobre a sociedade simples.

Na sociedade simples é possível limitar a responsabilidade, como se vê pelo art. 997, inc. VIII, na medida em que esse dispositivo permite aos sócios estipularem se responderão ou não subsidiariamente pelas obrigações sociais. Há uma contradição, assim, no art. 1.023, ao estipular que os bens dos sócios respondem pelas dívidas sociais, salvo se o art. 997, inc. VIII, for interpretado no sentido de que seu objetivo é apenas possibilitar a escolha quanto a responder subsidiariamente ou diretamente pelas dívidas sociais. Mas se a distinção entre sociedade simples e empresária se dá em relação ao tipo de atividade, não há razão para haver limitação de responsabilidade nesta e não naquela. Por isso, o entendimento de que é possível limitar a responsabilidade na simples parece ser o mais adequado.²¹

Na sociedade em nome coletivo, a responsabilidade é solidária e ilimitada (art. 1.039).

Na sociedade em comandita simples, os comanditados são pessoas físicas e respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Os comanditários, por sua vez, respondem apenas pelo valor de sua cota (art. 1.045).

Na sociedade limitada, os sócios respondem até o valor de sua cota, mas solidariamente perante terceiros até o valor da integralização do capital social (art. 1.052).

Na sociedade anônima, os sócios respondem somente pelo preço de emissão das ações que subscreverem ou adquirirem (art. 1.088).

Na sociedade em comandita por ações, somente o acionista diretor responde subsi-

jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/90. Jus Navigandi, Teresina, mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6440>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

¹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 564-568.

²⁰ Aliás, a separação patrimonial parece ser o grande motivo da instituição das sociedades (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A desconsideração da personalidade jurídica na prática de ilícito cambial administrativo. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 100, out.-dez. 1995, p. 50).

²¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 88-89.

diária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade (1.091).

Nas sociedades cooperativas, a responsabilidade pode ser limitada ou ilimitada (art. 1.095).

Quanto aos empresários individuais, na prática, não havia separação patrimonial nem limitação de responsabilidade, e não eram considerados pessoas jurídicas. Aliás, por isso, não havia razão para exigir indicação de capital social para sua inscrição no registro público. Contudo, com a Lei nº 12.441, de 2011,²² o Código Civil passou a possibilitar que os empresários individuais instituíssem uma pessoa jurídica (art. 44, inc. VI), além de limitarem sua responsabilidade (art. 980-A).

Na prática, a instituição de uma pessoa jurídica, em todos os casos acima, implica a criação de um sujeito de direito, que figurará nos contratos e assumirá direitos e deveres em nome próprio.

Já a limitação de responsabilidade significa uma determinação da quantia que os sócios perderão em caso de insucesso do empreendimento.

Assim, se, por exemplo, uma sociedade não recebe o preço pela venda de seus produtos e, com isso, não consegue pagar seus fornecedores, ela responderá com o próprio patrimônio. Esgotado este e não sendo suficiente, não precisarão os sócios pagar o saldo.

Mas essa solução prevalece sempre? E se houver abuso dessa proteção?

Aqui, alguns apontamentos são necessários.

2.2 Desconsideração da personalidade jurídica ou não segundo a lei

O que caracteriza a clássica doutrina da desconsideração da personalidade jurídica não é apenas o afastamento da limitação de responsabilidade. É necessário que esse afastamento seja motivado por atos de abuso de direito da pessoa jurídica.

A premissa é a de que o ordenamento quis proteger e incentivar o empreendedorismo, limitando as perdas dos sócios (nas hipóteses em que isso é possível), mas obviamente partindo do pressuposto de que o uso da pessoa jurídica seria lícito.

A intenção foi apenas cobrir os riscos naturais dos negócios empresariais, como perdas decorrentes, por exemplo, de força maior, de créditos não pagos, que impossibilitassem o empresário de cumprir seus compromissos.

Agora, se as obrigações sociais não fossem cumpridas em razão de abusos praticados com a utilização da pessoa jurídica, ou se a separação patrimonial não fosse respeitada, não haveria razão para manter a limitação da responsabilidade dos sócios.

Essa é a ideia clássica da doutrina, que foi incorporada ao ordenamento jurídico bra-

²² BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Planalto.gov.br, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12441.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

sileiro no art. 50 do Código Civil,²³ com algumas inovações, como a confusão patrimonial:

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.

Mas há hipóteses em que a limitação de responsabilidade não se aplica, mesmo para negócios lícitos e sem que haja abuso da personalidade jurídica.

A Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993,²⁴ previa em seu art. 13 que os sócios de sociedades limitadas e mesmo os administradores de companhias responderiam pelos débitos perante a Seguridade Social. Esse dispositivo foi revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009. Mas se tratava de nítida hipótese de afastamento da limitação, sem que se pudesse dizer que estaria havendo a desconsideração da personalidade jurídica.

O Código Tributário Nacional também traz uma série de hipóteses em que sócios respondem por obrigações tributárias.²⁵

Na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de

²³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Planalto.gov.br, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993. Altera as Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8620.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

²⁵ “SEÇÃO III - Responsabilidade de Terceiros. 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. 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. SEÇÃO IV - Responsabilidade por Infrações. 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. 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” (BRASIL. Lei nº 5.142, de 25 de outubro de 1966. dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios. Planalto.gov.br, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014).

maio de 1943,²⁶ o art. 2º, §2º, atribui responsabilidade pela relação de emprego a pessoa jurídica diversa da empregadora, desde que faça parte do mesmo grupo econômico.

Fábio Ulhoa Coelho,²⁷ citando ainda a hipótese do administrador de instituição financeira sob intervenção, que responde por atos de má administração, esclarece, com base no pressuposto da licitude, que em tais casos não há aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que ela só cabe nos casos em que a pessoa jurídica for obstáculo à justa composição de interesses. Dito de outra forma, nos casos em que o ordenamento já previr a responsabilização direta do sócio, não seria necessária a desconsideração.²⁸

Ainda segundo ele,²⁹ o princípio da autonomia patrimonial estaria limitado às relações existentes entre empresários, já que, sendo o credor um empregado da pessoa jurídica, o Estado ou um consumidor, a lei e o juiz tenderiam a desprestigiar esse princípio. Em suma, seriam fatores do desprestígio o uso indevido do instituto da pessoa jurídica e o fato de uma obrigação ser não negociável.

Assim, para esse autor, estariam relacionados com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, além do art. 50 do Código Civil, o art. 28 e §5º, do Código de Defesa do Consumidor, o art. 18 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994,³⁰ e o art. 4º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, embora, com exceção do dispositivo do Código Civil, os outros elencariam requisitos dissociados da teoria maior.³¹ Nessa linha, também poderia ser citada a recente e já referida Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.³²

Portanto, cabe falar em desconsideração da personalidade jurídica quando, formal e aparentemente, figurar uma pessoa jurídica em uma relação jurídica, cuja formação se deu por abuso ou fraude dos sócios daquela ou por confusão patrimonial.

Porém, reconhece-se que, na prática, pode haver situações em que seja difícil dis-

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Planalto.gov.br, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 43.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 50-51.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 19-22.

³⁰ Essa Lei foi quase totalmente revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014), mas a desconsideração continua contemplada nessa nova Lei: "Art. 34. 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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 48-54.

³² BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

tinguir se a hipótese é de imputação legal direta da responsabilidade ao sócio ou administrador (ou mesmo a outra pessoa jurídica) ou se se trata de caso em que cabível a desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque a legislação societária já traz uma série de disposições responsabilizando administradores e sócios por atos contrários aos fins da pessoa jurídica criada.³³

Mas o fato é que, se as disposições legais que imputam responsabilidade direta não forem suficientes para coibir o uso indevido da pessoa jurídica, caberá sua desconsideração.

3 A controvérsia da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública

Para delinear essa controvérsia, deve-se, inicialmente, excluir as hipóteses que, segundo a doutrina, não se refeririam à desconsideração da personalidade jurídica, isto é, aqueles casos em que o ordenamento determina a responsabilidade direta do sócio.

Seguindo as citadas normas relativas à desconsideração e iniciando-se pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor),³⁴ nota-se em seu

³³ Podem ser citados, por exemplo, no Código Civil: “Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. [...] §3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto. [...] Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá. Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.”

Na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, merecem destaque ainda: “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001) [...] §3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. [...] Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. 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. §1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral. §2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. §3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o §2º ficará restrita, ressalvado o disposto no §4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. §4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do §3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. §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.”

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

art. 28 que há expressa referência à figura do juiz como autoridade competente para desconsiderar a personalidade jurídica,³⁵ apesar de haver no texto dessa Lei sanções de natureza administrativa, cuja aplicação não lhe cabe.

A Lei nº 9.605, de 1998, por sua vez, dispõe genericamente sobre o cabimento da desconsideração quando a personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente.³⁶ Se essa Lei, por um lado, permite a interpretação de que poderia a Administração aplicar por si a desconsideração, por outro, essa medida, segundo ela, estaria vinculada à reparação de danos ao meio ambiente.

O Código Civil,³⁷ cujo art. 50 já foi transcrito acima, também refere que caberia ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica. Mas, segundo os termos desse dispositivo, a desconsideração caberia em qualquer hipótese de fraude, abuso ou confusão patrimonial, de modo que poderia ser aplicada em casos de infração administrativa.

Em 2003, a Lei nº 10.672, de 15 de maio, alterou a redação do art. 27 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, para estender a aplicação do disposto no art. 50 do Código Civil às hipóteses que elencou.³⁸

A Lei nº 12.529, de 2011,³⁹ por sua vez, assemelha-se à Lei nº 9.605, de 1998, pois

Planalto.gov.br, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

³⁵ “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. §1º (Vetado). §2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. §3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. §4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

³⁶ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014).

³⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Planalto.gov.br, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

³⁸ “Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)” (BRASIL. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Altera dispositivos da lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10672.htm#art27>. Acesso em: 25 jan. 2014).

³⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12529.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

não menciona o juiz como a autoridade para desconsiderar a personalidade jurídica, mas restringe a aplicação ao responsável por infração à ordem econômica.

Finalmente, a Lei nº 12.846, de 2013,⁴⁰ segue a linha de não exigir que a desconsideração seja feita pelo juiz, mas limitando sua aplicação às hipóteses em que a pessoa jurídica for utilizada na prática das infrações que arrola. Ela inova, contudo, ao exigir a observância do contraditório e da ampla defesa.

Na já referida decisão proferida no MS nº 32.494-MC/DF, nota-se que o ato atacado, no caso o Acórdão nº 2.593/2013 do Plenário do Tribunal de Contas da União, entendeu aplicável pela Administração Pública a desconsideração da personalidade jurídica.⁴¹

O Ministro Celso de Mello, relator do caso, elencou uma série de argumentos favoráveis a essa atuação. Mencionou, inicialmente, que seria possível à Corte de Contas aplicar essa medida, uma vez que, tendo a Constituição atribuído competências a ela, por conseguinte, consideram-se atribuídos, implicitamente, os meios necessários à realização dessas competências.

Citou, para corroborar essa possibilidade, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que também admitiu a desconsideração em sede administrativa,⁴² com base nos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Lembrou também que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no país antecedeu em muitos anos a edição das Leis que se referem a essa teoria, mesmo porque independia de regulamentação específica, já que, além de a teoria ser compatível com o ordenamento jurídico nacional, não seria cabível privilegiar a fraude e o abuso da pessoa jurídica. Dessa forma, não haveria ofensa, sob esse prisma, ao princípio da legalidade.

Citou também diversos artigos da doutrina administrativa que admitem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.494-MC/DF. Decisão liminar do Ministro Celso de Mello. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 732, 19 dez. 2013. Supremo Tribunal Federal, 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

⁴² “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultados ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento” (RMS nº 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira).

Por outro lado, sob o enfoque restrito do princípio da legalidade, segundo o qual só caberia à Administração fazer o que estiver autorizado pela lei, a aplicação da teoria poderia ser questionada. Deveria ainda ser sopesado o postulado do art. 5º, inc. XLV, da Constituição, que impede a aplicação de sanções e restrições a pessoa diversa da do infrator, principalmente quando se trata da desconsideração expansiva. Por fim, mencionou a existência de doutrinadores entendendo ser imprescindível um provimento jurisdicional para a aplicação da desconsideração.

4 Entrando no debate

Com as colocações feitas até aqui, serão trazidos outros argumentos, além de serem analisados os que foram mencionados sobre a questão da possibilidade de a Administração Pública desconsiderar a personalidade jurídica.

4.1 Princípio da legalidade e reserva de jurisdição

Conforme exposto pelo Ministro Celso de Mello,⁴³ haveria “einentes doutrinadores apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica” (destaques do original). Salientou ainda a existência de debate em torno da questão sob a perspectiva do princípio da legalidade.

São pontos distintos, mas que podem ser analisados conjuntamente.

Com relação ao princípio da legalidade, conforme menciona o próprio Ministro, a doutrina avançou no sentido de que esse princípio deva ser tomado como juridicidade, isto é, o comportamento da Administração deve estar de acordo com o ordenamento jurídico, principalmente diante dos preceitos constitucionais.

Não é necessário muito esforço para verificar que o princípio da legalidade, se tomado no sentido de que deveria haver uma autorização legal expressa para cada ato da Administração, implicaria a paralisação da atividade administrativa. Com efeito, a lei não desce às minúcias acerca de como deve ser na prática a conduta do administrador e dos agentes públicos em geral. Não há na lei autorização expressa para adquirir sequer uma folha de papel.

Embora haja situações com expressa autorização legal, em geral, o que há é uma autorização orçamentária anual, que segue diretrizes orçamentárias anuais que, por sua

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32.494-MC/DF. Decisão liminar do Ministro Celso de Mello. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 732, 19 dez. 2013. Supremo Tribunal Federal, 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

vez, obedecem a um planejamento plurianual. Também há na Lei a forma como devem ser as contratações. Mas são parâmetros genéricos, cabendo ao administrador, na prática, no plano concreto, no mundo real, tornar real o atingimento das metas a ele estabelecidas, seguindo os princípios do ordenamento jurídico, tudo caminhando para alcançar os objetivos da República estabelecidos constitucionalmente.

A todo momento, pessoas podem estar em situação de perigo, em um incêndio, sujeitas a algum ato criminoso, padecendo por conta de uma doença. Onde está a expressa autorização legal para cada agente público cumprir o papel que lhe cabe em cada uma dessas situações?

Por outro lado, os atos ilícitos são perpetrados não só sem autorização legal, mas precisamente contra os mandamentos da ordem jurídica. Se o direito ignora os fatos, os fatos ignoram o direito. Os fatos podem ser influenciados pela ordem jurídica, mas não são presos a ela, não há uma relação de causalidade necessária.

Especificamente quanto ao poder de polícia, que é precisamente o ponto do presente estudo, se é certo que a Administração deve intervir para garantir a ordem, a paz, a segurança, o bem-estar social, parece bem razoável admitir que ela tenha os meios necessários para tanto.

Obviamente que não há uma liberdade total para a escolha dos meios para agir, mas é justamente na relativa liberdade que mora o perigo. Há um confronto entre eficiência e segurança. Quanto mais restrita a liberdade de agir, mais segurança para os destinatários das medidas administrativas. Por outro lado, essa mesma restrição da liberdade atinge diretamente a eficiência administrativa.

Esperar o bom senso, que, segundo Descartes,⁴⁴ seria a coisa que os homens considerariam como a mais bem distribuída, leva inevitavelmente ao risco da arbitrariedade.

Mas, se em termos genéricos, a questão pode ser mais complexa, talvez para responder sobre a simples possibilidade de a Administração Pública desconsiderar a personalidade jurídica no exercício de seu poder de polícia não haja maiores problemas.

Havendo um processo administrativo, observando-se o devido processo legal, garantindo-se o contraditório e assegurando-se a ampla defesa daquele que teve sua esfera jurídica atingida, caso restasse algum desvio, o prejudicado ainda teria à disposição o acesso ao judiciário, calcado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição.

No mais, para não adiantar o que será tratado abaixo, fica apenas consignado que a desconsideração da personalidade jurídica, nos casos em que é aplicável, decorre justamente da observância do princípio da legalidade.

Quanto à reserva de jurisdição, parece ilógico o argumento de que somente o juiz poderia decretar a desconsideração, por faltar, sob o prisma da legalidade, autorização para a Administração adotar a medida. Ora, se a Administração não tem autorização legal

⁴⁴ DESCARTES. Discurso do método. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 35.

para desconsiderar a personalidade jurídica, onde estaria a autorização legal para pleitear essa medida?

Aqueles que defendem a tradicional concepção do princípio da legalidade não podem levantar o art. 50 do Código Civil em seu auxílio, ainda que esse dispositivo diga que a parte poderá requerer que o juiz aplique a desconsideração. Isso porque o particular pode fazer tudo o que não é proibido, de modo que basta sua vontade para pleitear ao juiz essa medida. Mas a Administração, segundo essa concepção, mesmo para fazer esse requerimento, dependeria de expressa autorização legal.

4.2 Moralidade e indisponibilidade do interesse público

Foi levantada a moralidade como fundamento da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração.

Esse princípio, segundo lembra César Cardoso,⁴⁵ acaba sendo preenchido na prática com conteúdo do princípio da legalidade ou da eficiência. Esse autor, aliás, apresenta interessante proposta para aplicação do princípio, com base na ética e, mais especificamente, no utilitarismo.

Ocorre que, se é certo haver algumas situações de clara imoralidade e outras de inequívoca moralidade, sempre será possível haver alguma zona cinzenta. Novamente se voltaria ao conflito entre eficiência e segurança ou justiça e segurança.

Mas de fato, uma vez superada a questão mais tormentosa, conforme o caso concreto, de se saber se algo é moral ou não, e ficando definido que a conduta de sócios de uma pessoa jurídica foi imoral, ao utilizarem-na como instrumento para a prática de ilícitos, a não aplicação da desconsideração da personalidade jurídica seria cancelar o abuso, o desvirtuamento do ordenamento jurídico.

Uma interpretação do direito que garanta essa postura não poderia prevalecer diante da lição de Carlos Maximiliano⁴⁶ de que “deve o direito ser interpretado inteligentemente não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões insubsistentes ou impossíveis”.

Justamente essa concepção torna interessante a análise conjunta da moralidade não só com o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas principalmente com o da supremacia do interesse público sobre o privado. Vale lembrar que esses princípios foram utilizados, notadamente esse último, para justificar a possibilidade de a Administração Pública aplicar a desconsideração da personalidade jurídica independen-

⁴⁵ CARDOSO, César. A concretização do princípio da moralidade administrativa à luz do utilitarismo. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 4, n. 1, p. 61-96, jun. 2010, p. 68-69.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 136.

temente de ordem judicial.

Porém, parece ser justamente a moralidade que pesa mais na decisão. Se se diz que uma conduta é imoral perante o ordenamento e mesmo perante a sociedade, porque caberia a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração e não a caberia pelo particular?

Se for imaginada uma situação em que é a Administração Pública que é objeto de abuso por parte de governantes, por que não poderia o particular desconsiderar a personalidade jurídica dela para atingir os efetivos infratores? Ou a moralidade só poderia ser ferida pelo particular?

Aliás, a supremacia do interesse público é aquela manifestada e consubstanciada no ordenamento jurídico. A supremacia é do interesse coletivo, do povo, não da Administração. Esse princípio, por si, não resolve a questão da possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração.

Já a indisponibilidade é o mero cumprimento da lei. É a indisponibilidade dos interesses consubstanciados no ordenamento. Não é possível cumprir a lei desrespeitando a ordem jurídica. Seu espírito estará violado. Dessa forma, é a própria legalidade que está em questão e, por conseguinte, em princípio, a indisponibilidade do interesse público não parece oferecer uma base que leve necessariamente à desconsideração da personalidade jurídica pela Administração.

4.3 Princípio da intranscendência

Diz a Constituição, em seu art. 5º, inc. XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

Há, com base nele, quem defenda que a desconsideração da personalidade jurídica implicaria violação desse dispositivo, segundo referiu o Ministro Celso de Mello em sua aludida decisão.

Em primeiro lugar, não é demais lembrar que há também quem sustente que esse dispositivo se aplicaria apenas na esfera do direito penal e, portanto, apenas para aquelas penas previstas no Código Penal e na legislação penal esparsa.⁴⁷ Quem segue essa posição não poderá usar esse dispositivo constitucional para afastar a desconsideração da personalidade jurídica quando não estiver em debate a aplicação de uma sanção penal.

Não parece adequado adotar essa posição. Mas, mesmo assim, esse dispositivo

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 145-147.

deve ser tomado nos seus devidos termos.

Em primeiro lugar, ele próprio admite a transcendência da obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens em relação aos sucessores, mesmo que ainda não tenha havido morte do condenado, bastando que tenham recebido patrimônio daquele.⁴⁸

Em segundo lugar, quando se aplica a desconsideração da personalidade jurídica, a pessoa condenada será justamente a que praticou o ato ilícito, de modo que a pena não passará de sua pessoa. Se, com o ilícito, outros foram beneficiados, também serão condenados, mas, como se vê, continuará sendo respeitado o princípio.

Dito de outra forma, não está em questão se haverá pena ou sanção atingindo estranho à infração. Está em debate justamente definir quem deve ser condenado.

Portanto, não se vê como o princípio da intrascendência possa ser óbice à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, quando o objetivo dele é justamente proteger quem não teve participação no ilícito.

4.4 Teoria dos poderes implícitos

Essa teoria já vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados.⁴⁹

Segundo ela, em suma, havendo uma atribuição de competência a determinado ente, presume-se que os meios necessários para atingir seus fins foram atribuídos implicitamente. Interpretar de forma diversa retiraria o sentido da própria atribuição de competência.

A teoria, contudo, quando se pensa no exercício do poder de polícia, não esclarece a razão do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica.

Tomando como exemplo o Banco Central do Brasil e as competências fiscalizatórias a ele atribuídas pela Lei nº 4.595, de 1964, basta imaginar uma hipótese em que um diretor, como forma de se apropriar de valores alheios em benefício próprio, contrata em nome da instituição financeira que dirige uma sociedade empresária por ele administrada para prestação de serviço de consultoria por um valor vultoso (obviamente sem esperar a prestação de nenhum serviço). Se é vedado até mesmo tomar empréstimo da instituição financeira que administra, não poderá alegar ser lícita essa subtração de valores.

Independentemente da discussão acerca de se tratar no caso de imputação direta

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 145-147.

⁴⁹ Entre outros: ADI nº 4414, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2012, Processo Eletrônico DJE-114, divulg. 14.06.2013, public. 17.06.2013; RE nº 603583, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26.10.2011, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJE-102, divulg. 24.05.2012, public. 25.05.2012; e RE nº 468523, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJE-030, divulg. 18.02.2010, public. 19.02.2010, ement. vol-02390-03, pp-00580, RT, v. 99, n. 895, 2010, p. 536-544, JC, v. 36, n. 120, 2010, p. 144-160; HC nº 94173, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27.10.2009, DJE-223, divulg. 26.11.2009, public. 27.11.2009, ement. vol-02384-02, pp-00336.

de responsabilidade desse diretor ou de se recorrer à desconsideração da personalidade jurídica, o fato é que o meio para sanar a situação, seja aquela, seja esta, pode e deve ser aplicado, não porque é implicitamente atribuído ao ente fiscalizador, mas porque decorre da necessidade de se apenar o efetivo responsável.

Segundo a teoria dos poderes implícitos, por outro lado, no caso, o Banco Central do Brasil poderia desconsiderar a personalidade jurídica (ou imputar responsabilidade direta do diretor), porque, se não o fizesse, não atingiria seu fim de fiscalizar adequadamente o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional e, por conseguinte, punir os efetivos infratores.

O que parece ocorrer é uma confusão, ora tomando a aparência formal como efetivamente real, ora buscando o fundo real e afastando a aparência formal. Um problema de imputação.⁵⁰

Mas se se segue na linha de raciocínio que separa mundo fenomênico/fático/físico e mundo jurídico, será possível concluir⁵¹ que um ato abusivo, ilícito, nunca alcançaria o efeito jurídico almejado de transferir direitos indevidamente ao diretor no exemplo dado, ainda que no plano fático ele esteja com os bolsos cheios. Por isso, a solução para hipóteses como essa é simplesmente declaratória, inclusive na via judicial, sem prejuízo da imposição de devolução dos bens subtraídos. Essas conclusões, porém, precisam ser melhor explicitadas.

4.5 Novo enfoque

Pretende-se aqui, finalmente, abordar um novo enfoque, segundo o qual a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública é plenamente viável. Embora os argumentos favoráveis acima corroborem essa posição, talvez não sejam suficientes, como ficou demonstrado.

Buscando, então, mais algum subsídio sobre o assunto, nota-se que apenas dois dispositivos legais fizeram menção ao juiz como autoridade autorizada a desconsiderar a personalidade jurídica: o art. 50 do Código Civil e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Como o Código Civil é o mais genérico quanto ao seu campo de aplicação, a análise pode ser restrita a ele.

Ainda que esse dispositivo leve ao entendimento de que deverá haver uma decisão judicial para desconsiderar a personalidade jurídica, esse provimento jurisdicional pode ser entendido como meramente declaratório.

Isso porque o juiz não tem o poder de dizer se a pessoa jurídica deve ou não ser

⁵⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 613.

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7-14.

desconsiderada. O poder é da lei. É uma questão de incidência ou não da norma.

Se a pessoa jurídica foi instrumento de um ilícito e se coloca como obstáculo ao saneamento dessa afronta, esse obstáculo só pode ser aparente. Isso porque se estará diante de uma situação de nulidade, podendo ser enquadrada nos arts. 166 e 167 do Código Civil (BRASIL, 2002).⁵²

Nulidades são simplesmente declaradas. Não será a decisão do juiz que irá constituir uma obrigação de um sócio da pessoa jurídica. Essa decisão apenas afastará a incerteza jurídica já que o negócio perpetrado não terá o efeito jurídico buscado pelos sujeitos que atentaram contra a ordem jurídica.

Mesmo os casos de abuso levam a essa consequência. Com efeito, o abuso é previsto como ato ilícito pelo art. 187 do Código Civil.⁵³ Sendo ilícito, se houver dano, surgirá o dever de indenizar, sem prejuízo de não produzir os efeitos pretendidos pelos infratores, uma vez que, sendo vedado pela ordem jurídica, será caracterizado como ato nulo.⁵⁴

Talvez um exemplo ajude a compreender aonde se quer chegar com o raciocínio aqui desenvolvido. O art. 34, inc. I, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964,⁵⁵ veda às instituições financeiras a realização de empréstimos a seus diretores. O §1º desse mesmo dispositivo prevê que os responsáveis pela infração responderão criminalmente. Da mesma forma, o art. 17 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986,⁵⁶ também criminaliza o diretor que toma empréstimos da instituição que dirige.⁵⁷

Formalmente, havendo esse empréstimo vedado, o diretor figurará como devedor da instituição financeira e esta será credora desse mesmo empréstimo. Mas se esse mesmo empréstimo só tiver ocorrido porque foi esse mesmo diretor que o autorizou, seria

⁵² “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. §1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. §2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.”

⁵³ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁵⁴ “A invalidade, em essência, constitui uma sanção imposta pelo sistema ao ato jurídico que, embora concretize suporte fático previsto em suas normas, importa, em verdade, violação de seus comandos cogentes. A recusa de validade a um ato jurídica consubstancia uma forma de punição, de penalidade, à conduta que infringe as normas jurídicas, com a qual se busca impedir que aqueles que a praticaram possam obter resultados jurídicos e práticos vantajosos” (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6).

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

⁵⁷ Não analisarei neste artigo quais artigos da Lei nº 4.595, de 1964, foram revogados pela Lei nº 7.492, de 1986.

possível admitir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e punir somente ela pela infração?

Tanto não seria que essas mesmas leis cominaram sanções não só para a pessoa jurídica como para o próprio diretor. Aliás, deve ser notado como o ordenamento, em normas como estas, demonstra que a pessoa jurídica não pode ser instrumento de ilícitos.

Se fosse absoluto o princípio da separação patrimonial e da autonomia da personalidade jurídica, o diretor nunca poderia ser responsabilizado, principalmente tendo em conta que o empréstimo é negócio inerente do objeto social da instituição financeira.

Agora, em exemplo semelhante, se o empréstimo fosse concedido a um amigo do diretor, para posteriormente ser repassado a ele, o negócio apareceria, formalmente, como lícito, uma vez que o diretor não constaria como tomador no contrato de empréstimo. É típica situação de simulação, pois a aparência legal encobre a realidade ilícita.

Trata-se de nulidade. O empréstimo, na verdade, foi feito ao diretor. Aliás, na prática, empréstimos desse tipo acabam sendo doações, pois nunca são devolvidos. Caso se responsabilize a pessoa jurídica em casos como este, poderia até mesmo, conforme as circunstâncias, haver uma injustiça, uma vez que grande parte de seus recursos é composta por ativos oriundos de depositantes. A garantia de resgate desses fundos poderia ser prejudicada duas vezes, uma pela ação ilícita do diretor e outra por eventual punição pela autoridade fiscalizadora.

No exemplo tratado no já mencionado Acórdão do Tribunal de Contas da União, ao que tudo indica, uma sociedade empresária sofreu a sanção de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração. Para fugir dessa punição, seus sócios criaram outra pessoa jurídica idêntica, com ficha limpa, tornando inócua a finalidade da pena imposta.

O objetivo da criação da sociedade não foi, então, a união de esforços para um empreendimento econômico. Esse objetivo já estava concretizado com a sociedade punida. Objetivou-se apenas fugir da punição imposta, burlar o espírito da lei. O motivo determinante do negócio jurídico constitutivo da pessoa jurídica, então, é nulo, não podendo seus sócios alcançar os fins por eles pretendidos.

Tanto essa conduta não era admitida pelo ordenamento que foi expressamente mencionada no art. 5º, inc. IV, alínea e, da Lei nº 12.846, de 2013.⁵⁸ Essa norma foi editada apenas para aclarar a inadmissibilidade desse esquema. Sua finalidade é a mesma que a da decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica: apenas declaratória, para afastar a insegurança jurídica.

Mesmo nos casos em que a lei não imponha diretamente a responsabilidade às pessoas que apresentam a pessoa jurídica, o abuso desse instituto não pode gerar o efeito

⁵⁸ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos: [...] e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;”

jurídico buscado pelo infrator. Haverá nulidade nos negócios jurídicos com objeto ilícito.

Por isso, autoridades no assunto já assentaram que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica dispensaria lei específica, como Fábio Ulhoa Coelho⁵⁹ e Rubens Requião,⁶⁰ citados pelo Ministro Celso de Mello em sua referida decisão.

Enfim, havendo nítida afronta ao ordenamento jurídico, a Administração Pública não só pode como deve desconsiderar a personalidade jurídica, pois não pode compactuar com atos ilícitos.

Aliás, é o próprio princípio da legalidade que assim determina. No exemplo da pessoa jurídica criada para fugir da penalidade aplicada, havia evidente ilícito e, portanto, nulidade. Não poderiam ser gerados os efeitos jurídicos desejados, quais sejam, a possibilidade de a nova pessoa jurídica, formalmente correta em sua formação, participar de outro procedimento licitatório. Se a Administração Pública contratasse essa pessoa jurídica estaria praticando uma ilegalidade. Se é considerado contra o princípio da legalidade agir sem autorização legal, maior afronta ocorre quando a lei é violada.

As consequências práticas apenas serão dúvidas que pairarão sobre a prevalência ou não do intento que motivou os atos ilícitos, ou seja, haverá insegurança jurídica, cuja resolução reclamará, se para tanto for chamada, intervenção do Poder Judiciário.

4.6 Novos rumos

Em decorrência do raciocínio desenvolvido até então, pode-se pavimentar o caminho em direção a uma aplicação mais ampla da desconsideração da personalidade jurídica, cuja amplitude descaracterizaria essa teoria.

Independentemente dessa descaracterização, que motivaria não aplicar seu nome adiante, não se pode negar que as afrontas ao ordenamento cada vez mais complexas estão a exigir uma maior dificuldade na aplicação do direito.

Nessa linha, a desconsideração deixa de ser apenas da personalidade jurídica. Pode-se vislumbrar hipóteses em que se deixa de considerar a própria pessoa natural que participou da relação jurídica. Em outros casos, atinge-se a esfera de outra pessoa jurídica, como no caso da sociedade punida pelo Tribunal de Contas da União.

Outro avanço possível é a desconsideração não só pela Administração Pública, mas pelo próprio particular. Aqui o assunto se torna bem mais tormentoso e a insegurança jurídica mais densa, motivo pelo qual talvez não avance.

Mas não se pode olvidar de casos práticos entre particulares em que a esfera jurídica é atingida independentemente de intervenção judicial. Como exemplo, basta imagi-

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 54.

⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

nar um contrato em que fique estipulada uma multa por atraso na entrega de um bem. Havendo referido atraso, a dívida se constitui por si, embora o particular tenha que recorrer ao Judiciário para cobrá-la.

Em outro exemplo, agora envolvendo a desconsideração, pode-se pensar em um fabricante que faça um contrato com uma distribuidora e exija que ela somente conceda descontos nas vendas feitas a pessoas jurídicas. Supondo que uma pessoa natural efetue a compra por meio de uma pessoa jurídica, para posterior repasse do bem para si, o fabricante poderia, em tese, desconsiderar a personalidade jurídica da compradora e cobrar o desconto indevido do particular que ficou com o bem.

Problema envolvendo essa relação entre particulares seria a aplicação do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, garantias essas exigidas como condicionantes para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública, conforme se viu na decisão do Ministro Celso de Mello. De fato, estando ambas as partes em situação de igualdade, seria um tanto quanto conturbada a imposição dos interesses de uma sobre a outra. Ainda que se trate de mera incidência normativa, atribuindo validade a certos atos e invalidade a outros, na prática a situação poderia esbarrar na autotutela. Já em relação à Administração Pública, a situação muda de figura.

Em primeiro lugar, porque o interesse da Administração Pública é a aplicação da lei, prejudicando ou beneficiando a outra parte. Sendo um ente coletivo, normalmente o agente que aplica uma sanção não é o mesmo que julga eventual recurso administrativo. Dessa forma, não se veem grandes complicações na observância das garantias constitucionais relativas ao devido processo legal.

Mas não se pode olvidar que ampla defesa e contraditório são garantias para ambos. Se se exige o respeito a esses postulados para que se aplique a desconsideração da personalidade jurídica, fica paradoxal o fato de, em caso de abuso da personalidade jurídica que prejudica um terceiro, não se exigir a observância deles previamente a essa lesão ao particular e mesmo à ordem jurídica.

Como se vê, a ordem jurídica, na prática, já elege valores e situações jurídicas que resguardará até que eventual lide seja resolvida. Basta ver o exemplo da fraude contra credores. Não se trata de nulidade, mas de hipótese de anulabilidade.⁶¹ Nessa hipótese, o ordenamento preferiu privilegiar o sujeito que praticou o ato, já que esse produzirá efeitos até que seja reconhecida sua anulabilidade pelo juiz. Essa opção provavelmente decorreu do fato de eventualmente participarem do ato terceiros de boa fé, que o legislador quis proteger.⁶²

⁶¹ Código Civil: "Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores." Isso significa que o ato produzirá seus efeitos até que seja decretada sua anulação judicialmente (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61).

⁶² "AÇÃO PAULIANA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FÉ. O TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ NÃO É ATINGIDO PELO EFEITO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DE AÇÃO PAULIANA, SATISFAZENDO-SE O INTERESSE DOS CREDITORES,

Assim, quando se diz ser possível a desconsideração da personalidade jurídica entre particulares, apenas se está referindo a essa preferência legal de privilegiar a posição de uma das partes até que, durante eventual processo judicial, seja o litígio efetivamente sanado.

Enfim, somente maiores estudos poderão delinear os limites do adequado equilíbrio entre a proteção da pessoa jurídica e o resguardo daqueles com os quais ela se relaciona.

O enfoque deve caminhar de forma sistemática com os diversos ramos do direito, mas também com outras disciplinas para que esse ponto de equilíbrio seja o mais adequado possível.

Isso porque, na medida em que a pessoa jurídica e a separação patrimonial tiveram por premissa incentivar o investimento e o desenvolvimento, como afirma a doutrina acima trazida, somente uma pesquisa estatística seria capaz de mensurar os efeitos práticos para a economia e para a sociedade de uma mudança de postura na aplicação do direito.

Independentemente disso, pode-se afirmar que, somente com a punição das falcatruas, das fraudes e dos desonestos, o direito contribuirá para uma sociedade mais justa e para a formação de uma cultura em que prevaleça a crença de que ainda vale a pena ser honesto.

5 Considerações finais

O desenvolvimento da sociedade e do direito propicia o surgimento de novos instrumentos que, justamente por seu caráter instrumental, podem ser utilizados para finalidades diversas daquelas que ensejaram sua instituição.

A pessoa jurídica é um desses instrumentos e, para sua proteção, formou-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a coibir o abuso na sua utilização.

As fraudes, os abusos e os ilícitos em geral vêm cada vez mais se sofisticando, acompanhando a evolução social.

Daí o aprimoramento da teoria da desconsideração, seja para permitir sua aplicação não só pelo juiz, mas também pela Administração Pública, seja para possibilitar atingir não só os sócios da pessoa jurídica desconsiderada, mas também de outras pessoas que se envolvam na fraude ou no abuso.

Esse aprimoramento, em princípio, não demanda nova previsão legal, uma vez que o ordenamento já possui instrumentos que possibilitam o acolhimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação decorre do próprio princípio da legalidade.

A observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório vem

CONTRA OS FRAUDADORES, EM COBRAR-SE SOBRE O EQUIVALENTE DO VALOR DO BEM. ART. 109 DO CC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 102.401/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/1997, DJ 31/03/1997, p. 9635)."

sendo exigida para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública. Eventuais vícios nessa aplicação, contudo, não escapam da uma apreciação definitiva pelo Poder Judiciário.

Mas não se deve olvidar que fraudadores e desonestos em geral não observam tais princípios quando prejudicam terceiros. Dito de outra forma, esses sujeitos praticam seus atos ilícitos, mas com aparência formal de licitude, e gozam na prática da possibilidade de usufruir dos efeitos desejados. Ou seja, o inocente sofre esses efeitos sem que lhe tenha sido garantida previamente a observância dos citados princípios. Daí se deve sopesar a forma como deve ser sua aplicação, bem como o momento oportuno para tanto, inclusive decidindo-se em favor de quem estará o ordenamento até que haja decisão judicial. Basta lembrar que, em caso de fraude contra credores, o ato é anulável, isto é, o ordenamento preferiu permitir a produção de efeitos até que fosse anulado. Já no caso de atos com objeto ilícito, o ordenamento impingiu diretamente o vício de nulidade.

O direito precisa acompanhar a evolução social para cumprir seu papel.

Disregard Doctrine and its Application by the Public Administration

Abstract: It analyzes the theory of piercing the corporate veil. It mentions its developments and hypotheses of application. It presents the debate about the application of the theory of piercing the corporate veil by the Public Administration in exercise of its police power. It lists the pro and con arguments to such a measure, based on the preliminary decision by the Minister Celso de Mello in the records of MS 32.494-MC/DF, which suspended the determination by the Court of Accounts of the Union which extended to a legal person the penalty of suspension of the right to bid and contract with the Public Administration applied to another company, because of that have been established in order to escape the punishment imposed. It presents new questions for reflection in order to contribute to the continued improvement of the theme.

Key words: Theory of piercing the corporate veil. Disregard doctrine. Public Administration. Law.

Referências

ALMEIDA, Amador Paesde. Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Planalto.gov.br, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.142, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios. Planalto.gov.br, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Planalto.gov.br, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto.gov.br, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993. Altera as Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8620.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 102.401/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 24 fev. 1997, DJ, 31 mar. 1997, p. 9635. STJ, 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Planalto.gov.br, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Altera dispositivos da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10672.htm#art27>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira. j. 7 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Planalto.gov.br, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Planalto.gov.br, 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.494-MC/DF. Decisão liminar do Ministro Celso de Mello. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 732, de 19 de dezembro de 2013. Supremo Tribunal Federal, 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

CARDOSO, César. A concretização do princípio da moralidade administrativa à luz do utilitarismo. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 4, n. 1, p. 61-96, jun. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: RT, 1989.

- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: RT, 1976.
- DESCARTES. Discurso do método. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- FREIRE, Lucas Alves. A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa e seu reflexo na atividade persecutória desenvolvida pelo banco central do Brasil. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 5, n. 1, p. 101-130, junho 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: RT, 1987.
- LOVATO, Rafael. Desconsideração da personalidade jurídica: a teoria maior e tese sobre a teoria menor. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 2, n. 1, p. 199-234, jun. 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- SARAI, Leandro. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/90. Jus Navigandi, Teresina, mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6440>>. Acesso em: 25 jan. 2014.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A desconsideração da personalidade jurídica na prática de ilícito cambial administrativo. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 100, p. 49-53, out.-dez. 1995.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARAI, Leandro. Disregard doctrine e sua aplicação pela Administração Pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 193-219, out./dez. 2015.

Recebido em: 07.04.2015

Aprovado em: 25.06.2015

