

## A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APLICAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Suzy Cavalcante Koury<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo visa a analisar a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo. A teoria é utilizada sempre que for constatado um desvio de função do instituto pessoa jurídica, que é entendida como centro de interesses autônomos em relação às pessoas que lhe deram origem, consistente na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e aquele visado pelo ordenamento jurídico quando da sua criação, podendo-se afirmar que este é o critério básico para operar a desconsideração. Buscar-se-á demonstrar que, apesar da inexistência de regra expressa na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, a Administração Pública, fundamentam a sua aplicação para estender as sanções administrativas a empresas aparentemente distintas da punida, mas que não passam de uma extensão dela, desde que observado o devido processo legal.

**Palavras-chave:** Personalidade; Desconsideração; Princípios; Administração; Pública; Licitações; Contratos.

### THE DISREGARD DOCTRINE ON ADMINISTRATIVE LAW

**Abstract:** This paper aims to analyze the possibility of applying the Disregard Doctrine on Administrative Law. The theory is used every time a deviation from the function of a legal entity is noticed. Since “legal entity” is understood as a center of interests that are autonomous from the people who created it, the deviation consists in the lack of correspondence between the correct use of the “legal entity” institute and the actual goal intended by the partners or the companies. This lack of correspondence is the basic criterion for applying the Disregard Doctrine.

The paper aspires to demonstrate that, despite the inexistence of an express rule on the “Public Licitations” and Administrative Contracts Law, the principals which rule Brazilian Law, especially Public Administration, build ground to the application of the Disregard Doctrine in order to make administrative sanctions reach legal entities that are apparently not the punished ones, but are actually its extensions. The due process of law, of course, must be observed.

**Key-words:** Disregard Doctrine; Legal entity; Administrative Law; Administrative Contracts.

---

<sup>1</sup> A autora é Professora do Centro Universitário do Pará – CESUPA, Doutora em Direito pela UFMG e Desembargadora Federal do TRT da 8ª Região.

## **1 INTRODUÇÃO**

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica já não mais pode ser tida como novidade em nosso ordenamento jurídico, havendo diversos estudos e inúmeras decisões judiciais em que é amplamente discutida e utilizada como embasamento para, no caso concreto, afastarem-se os regulares efeitos da personificação, atingindo-se o patrimônio dos sócios ou de sociedades integrantes de grupo econômico de fato, que, de outra forma, não responderiam pela obrigação.

Contudo, há poucos estudos acerca de sua utilização no Direito Administrativo até porque os primeiros casos de sua aplicação se verificaram para impedir o inadimplemento de obrigações civis e trabalhistas, portanto, no âmbito privado.

Para alcançar esse desiderato, procuraremos, de início, tecer breves considerações acerca da teoria e de sua fundamentação, bem como verificar se há compatibilidade entre ela e os princípios que regem o Direito Administrativo, o que é essencial para que se justifique, juridicamente, sua utilização nesse ramo do direito.

Caso haja compatibilidade, passaremos a analisar a observância do devido processo legal administrativo para a aplicação da desconsideração e as hipóteses em que pode ser útil para evitar o abuso da personalidade jurídica, com destaque para os procedimentos licitatórios, os contratos administrativos e o processo administrativo tributário.

Concomitantemente, procederemos à análise da jurisprudência, buscando destacar as premissas estudadas nos casos concretos.

O presente estudo objetiva, assim, contribuir, ainda que modestamente, para o suprimento dessa lacuna, tendo-se em mente que, impedir que haja o desvio de função da pessoa jurídica em licitações e em contratos administrativos, implica evitar que o patrimônio público suporte prejuízos que, por certo, atingem toda a coletividade e não uma pessoa ou um grupo de pessoas, o que demonstra a importância da disseminação de seu uso no Direito Administrativo.

## **2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste em um meio eficaz para impedir o divórcio entre o Direito e a realidade, o condenável *cultural lag*, na medida em

que ignora os efeitos da personificação, nos casos em que possibilitaria a utilização contrária à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Note-se que, ao atribuir personalidade jurídica a um determinado ente, o ordenamento jurídico não pode ignorar arbitrariamente essa nova realidade, a não ser por intermédio da *Disregard Doctrine* e sempre para corrigir desvios de função da pessoa jurídica, deixando-se de considerar, como pessoas distintas, empresas grupadas ou empresas e seus sócios, para evitar que o respeito à norma, em casos concretos, implique a produção de efeitos divergentes das valorações que inspiraram sua criação e das que inspiram o ordenamento jurídico como um todo.

A necessidade de aplicação da *Disregard Doctrine* decorre, na realidade, de um desvio de função do instituto pessoa jurídica, entendida como centro de interesses autônomos em relação às pessoas que lhe deram origem.

O desvio de função consiste na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada, podendo-se afirmar que é o critério básico para operar a desconsideração.

A ideia do abuso de direito, compreendido como ato praticado em contrariedade a princípios e valores que norteiam ou devem nortear o sistema jurídico, explica a maioria dos casos de aplicação, mas não é suficiente para esclarecer as hipóteses de emprego da teoria para relacionar determinadas normas com a pessoa jurídica, como, por exemplo, para lhe imputar qualidades dos sócios (como a nacionalidade, por exemplo) e para evitar que pessoas jurídicas nacionais sejam dominadas por detentores de capital estrangeiro.

Por outro lado, o desvio de função pode ser desejado pelas partes, que, deliberadamente, utilizem a sociedade para alcançar fins diversos daqueles previstos pelo legislador, como também pode ocorrer sem que haja abuso de direito, como nos casos acima referidos.

A fim de complementar essa noção, deve-se ter em mente que a desconsideração ocorre apenas no caso concreto, constituindo exceção, e não regra, o que nos traz à mente a ideia de equidade, ou seja, do autenticamente justo em relação ao caso dado, como ensina ARISTÓTELES.

Assim, conceitua-se a teoria da seguinte forma:

(...) a *Disregard Doctrine* consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura

formal, verificando o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico. (KOURY, 1993, p.86)

O conceito acima abarca não só as hipóteses do que se chama de desconconsideração própria, ou seja, a que é operada para impedir que o respeito à forma da pessoa jurídica possibilite desvio de função e solução contrária aos princípios que regem o ordenamento jurídico, como também o que se chama de desconconsideração imprópria, que se verifica nas hipóteses em que é utilizada para que fraudes e simulações não alcancem suas finalidades, as quais poderiam ser solucionadas pelo sistema das nulidades do negócio jurídico, o que não ocorre com facilidade nos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que integram o sistema romano-germânico ou da *civil law*, dada a dificuldade em superar a norma expressa segundo a qual a pessoa da sociedade não se confunde com a dos sócios.

No ordenamento jurídico pátrio, a desconconsideração só foi prevista legalmente, de forma direta, pela Lei n. 8.078/90 (Código do Consumidor), em seu artigo 28, pela Lei n. 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, em seu artigo 18 e pela Lei n. 9.605/98, que disciplina a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, em seu artigo 14, o que, de certa forma, dificultava sua aplicação nos diversos ramos do direito, pois sempre havia o confronto com a previsão do artigo 20 do antigo Código Civil, que estabelecia ser a pessoa jurídica distinta das pessoas dos sócios que a compunham.

Desse modo, o Código Civil de 2002, ao consagrar a desconconsideração em seu artigo 50, proporcionou avanço considerável, estando assim redigido:

Art. 50 – Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode 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.

Esse dispositivo resultou de emendas diversas, a última delas do Senador JOSAPHAT MARINHO, que logrou êxito em melhorar substancialmente as propostas anteriores, vez que algumas delas tratavam, até mesmo, de despersonalização, que implica a dissolução da pessoa jurídica.

O fato de conter referência aos casos de aplicação, quais sejam, desvio de finalidade e confusão patrimonial, não traz maiores prejuízos, não só porque entendo que não se trata de

enumeração *numerus clausus*, como também porque, como destacado, é o desvio de função ou de finalidade que justifica todas as hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*.

É oportuno referir, ainda, que, no âmbito do processo administrativo tributário, a Lei Complementar n. 104/2001 acrescentou parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, para autorizar a autoridade administrativa fazendária a “... desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Em que pese a lei ordinária a que se refere o supracitado dispositivo não ter sido editada, os tribunais pátrios tem aplicado a teoria da desconsideração em matéria tributária, inclusive para negar o fornecimento de certificado de regularidade cadastral, documento essencial para a participação em licitações públicas, como fez o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, na decisão cuja ementa se passa a transcrever:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – AGENTE DE RENDAS QUE SE NEGA A FORNECER CERTIFICADO DE REGULARIDADE CADASTRAL – EMPRESA SUPLETIVAMENTE MAJORITÁRIA DA IMPETRANTE (99,98% DAS COTAS SOCIAIS) COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PENDENTES – DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – ORDEM DENEGADA – APELO DESPROVIDO.

I- A doutrina da *disregard of legal entity* tem acentuada aplicação no terreno do direito tributário, para cortar a sonegação e evasão de impostos, quando se usa a personalidade da sociedade comercial como anteparo.

II- Se a empresa devedora do fisco continua a existir apenas como cotista da impetrante, que passou a operar em seu lugar; se a ligação entre ambas é tão estreita e visceral, que não se pode fugir à suspeita de que se trata de um único organismo, provido de duas faces: uma real, outra aparente ou simulada; se o que a segunda apresenta de novo é apenas a denominação social, isto é, face postíça em que se pretende dissimular a fisionomia real da primeira; se o que os acionistas da empresa devedora pretendem não é criar nova forma de atividade, mas uma aparência ou simulacro, a cuja sombra possa mover-se o organismo real, então, o ato administrativo que procura resguardar os interesses da fazenda pública, negando o certificado de regularidade cadastral, para impedir a participação dissimulada da inadimplente em licitações públicas, com base em instruções normativas, nada tem de abusivo ou lesivo. Decisão unânime. (Ref. Apelação cível – Acórdão n.º 12.735 – Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná – Rel. Juiz Munir Karam – Publ. 09/09/1996) (DELGADO, 2005, p. 200-201)

Note-se que, na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n. 8.666/93, não há regra específica a prever sua aplicação, mas, no artigo 90, é considerado como crime: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”, o que, sem qualquer

dúvida, sinaliza no sentido de que cabe às comissões de licitação, em cada caso concreto, verificar se as licitantes não integram um mesmo grupo, evitando, assim, que fraudem a licitação.

Igualmente, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei n. 8.443/92, em seu artigo 46, ainda que se refira apenas a fraudes, consagrando a chamada desconsideração imprópria, prevê a possibilidade de aplicação da teoria. Senão, vejamos:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

A inexistência de regra expressa em lei não impede a aplicação da teoria, pois, em se tratando da desconsideração da personalidade jurídica, como acima exposto, a simples constatação do desvio de função ou do abuso da regra de que a pessoa jurídica tem personalidade distinta da de seus sócios, autoriza, no caso concreto, seja ele ignorado, atingindo-se a pessoa do sócio ou outras sociedades integrantes do grupo econômico, com fundamento nos princípios gerais do Direito e nos que regem o Direito Administrativo, que, como veremos, fornecem-lhe embasamento.

### **3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A *DISREGARD DOCTRINE***

Muito já se discutiu acerca da natureza dos princípios constitucionais, podendo-se destacar, em síntese, que há duas correntes doutrinárias principais acerca da sua normatividade: uma, que defende que não têm vinculatividade, expondo programas e outra, segundo a qual têm normatividade inconstestável, sendo conformadores de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”<sup>ii</sup>.

A primeira corrente já não encontra muitos adeptos, nem sustentação no atual estágio do pensamento jurídico, sendo certo que, como ensina CANOTILHO:

Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Mais do que isso: a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de norma da *interpositio* do legislador; *é a positividade das normas-fins e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.* (CANOTILHO, 1987, p.132. Grifo do autor).

Por outro lado, no que toca à interpretação dos princípios constitucionais, deve-se ter em mente que eles são instrumentos de realização da Justiça em um determinado contexto social. Como ensina CARLOS MAXIMILIANO:

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de não se tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional. (MAXIMILIANO, 1993, p.304)

Tem-se, assim, que buscar, na aplicação da lei, sua finalidade, como expressamente prevê o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, princípio este que justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Administrativo, vez que, como ensina CARMEN LÚCIA ROCHA, o aplicador da lei vincula-se à interpretação “(...) que realize ou permita a realização da finalidade posta no sistema (...), excluindo-se, então, outras que desvirtuem os seus fins e invalidem o objetivo de todo o modelo positivado pelo Estado.” (1994, p.51)

Fixadas essas premissas quanto à interpretação dos princípios constitucionais, passa-se à análise de alguns dos princípios que regem a Administração Pública, inscritos no *caput* do artigo 37 da Carta da República, que servem de embasamento à aplicação da *Disregard Doctrine*.

O princípio da legalidade é mais apropriadamente denominado por CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA como da juridicidade, pois não se identifica somente com a lei formal. Ensina ela:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como ‘princípio da juridicidade (ROCHA, 1994 p.79)

Assim, o administrador deve atuar pelo Direito, segundo o Direito e conforme o Direito, conjugando a lei e os princípios reitores da administração.

Ora, a *Disregard Doctrine* visa exatamente a garantir que não haja desvio de função da pessoa jurídica, impedindo que, ainda que por vias transversas, leis deixem de ser observadas.

De igual sorte, o princípio da moralidade embasa a aplicação da teoria da desconsideração, sendo de destacar que, apesar de ter-se formado a partir do princípio da legalidade, para que se chegasse ao conceito de moralidade foi necessário acrescer-se a ideia de legitimidade do Direito, podendo-se afirmar que a Administração Pública deve ser ética para que seus atos sejam juridicamente válidos.

Como destaca HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, **porque nem tudo que é legal é honesto**, conforma já proclamavam os romanos: *'non omne quod licet honestum est'*.(1998,p.86, Grifo do Autor)

Registre-se que HAURIUO, em 1927, já se referia ao fato de a “(...) moralidade administrativa ser ainda mais exigente que a legalidade” (1994, p.189), sendo óbvio que fere a moralidade administrativa utilizar-se de pessoas jurídica para subtrair-se ao cumprimento de regras e procedimentos administrativos.

A respaldar as considerações acima, o C. STJ, em decisão paradigmática, aplicou a *Disregard Doctrine* com embasamento nos princípios da legalidade, da moralidade, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, como se verifica da ementa a seguir transcrita:

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 n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

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

A referida decisão foi proferida em mandado de segurança impetrado pela empresa G. E. G. MÓVEIS E EQUIPAMENTOS LTDA. contra ato do Secretário de Estado

da Bahia que lhe estendeu os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa COMBAIL Ltda. por entender que compunham grupo de fato.

Os indícios da existência de grupo de fato consistiam na constituição de uma nova sociedade, como o mesmo objeto comercial, o mesmo endereço, idêntico quadro societário, o uso do mesmo acervo de móveis e equipamentos e a predominância dos mesmos empregados, principalmente no nível gerencial, os quais, registre-se, são comumente apontados pela doutrina e pela jurisprudência como provas da existência de grupo.

O Relator no C. STJ, Ministro CASTRO MEIRA, enfrentou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, sem que houvesse norma autorizadora, para concluir ser ela possível, aplicando os princípios que regem a Administração Pública, como se depreende do trecho a seguir transcrito, *in verbis*:

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

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

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

De igual sorte, o Tribunal de Contas da União tem aplicado a desconsideração da personalidade jurídica com base não só no disposto no artigo 46 de sua Lei Orgânica (Lei n. 8.443/92), acima transcrito, como também com apoio do princípio da equidade, a chamada “justiça do caso concreto”. É o que se depreende de trecho do Acórdão n. 189/2001 (Processo n. 675.295/1994-7, Tribunal Pleno), relatado pelo Exmo. Ministro GUILHERME PALMEIRA, *in verbis*:

Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro

infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa, por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma séria de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.”

Cabe referir, ainda, à decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, como base no desvio de finalidade e no artigo 50 do Código Civil, aplicou a *Disregard Doctrine*. Vejamos:

Agravo de Instrumento, Ação de reparação de danos por improbidade administrativa, Preliminar de ilegitimidade passiva. Sócio que participa diretamente de procedimento licitatório. Indício de fraude na licitação. Desvio de finalidade. Inteligência do artigo 50, do Código Civil. Desconsideração da pessoa jurídica. Possibilidade. Ilegitimidade passiva não configurada. Decisão mantida. (TJPR, 1ª Câmara Cível, des. Sérgio Rodrigues, AI155175-9, j. 01.03.2005.)

Patente, portanto, que os princípios constitucionais da juridicidade, da moralidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, bem como o da equidade, que orientam o ordenamento jurídico como um todo, são suficientes para fundamentar a aplicação da teoria da desconsideração no Direito Administrativo, ainda que não haja previsão normativa específica, pelo menos no âmbito federal.

#### **4 HPÓTESE DE APLICAÇÃO: SANÇÕES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Uma das hipóteses em que mais se mostra necessária a aplicação da *Disregard Doctrine* é a que respeita à apuração e à sanção dos licitantes ou contratantes faltosos pela Administração, no âmbito das licitações e dos contratos administrativos.

Como acima referido, a Lei n. 8.666/93 não prevê, de forma expressa, sua aplicação, mas faz referência, em seu artigo 3º, à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da probidade na seleção da proposta mais vantajosa, dispositivo que já é suficiente para que, em hipóteses concretas, subestime-se a forma da pessoa jurídica para punir os sócios ou as sociedades integrantes de grupos de fato.

É oportuno destacar que, ainda que não faça referência expressa à *Disregard Doctrine*, o inciso II do artigo 9º da Lei n. 8.666/93 dela faz uso, se não, vejamos:

Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: (...)

II- empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; (...)

§ 3º. Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se o fornecimento de bens e serviços a estes necessários..

Percebe-se, assim, que o legislador afasta a personalidade jurídica da empresa para verificar se o autor do projeto básico é sócio de licitante ou empresa integrante do mesmo grupo econômico, impedindo, em caso afirmativo, que ela participe da licitação. Assim entende também MARÇAL JUSTEN FILHO, *verbis*:

Suponha-se que o projeto seja elaborado por pessoa física, sócia de uma pessoa jurídica, e que esta última pretenda participar da licitação. A aplicação mecânica do princípio da distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios conduziria a reconhecer-se o direito de a sociedade participar da licitação. Isso reduziria, de modo sensível, a eficácia da regra moralizadora do art. 9º, inc. I.

Para evitar riscos dessa espécie, a Lei estendeu o impedimento a todas as pessoas jurídicas relacionadas ao autor do projeto, respeitado o limite do inc. III do caput do art. 9º. Afasta-se a distinção jurídica entre sócio e sociedade, para o fim específico de aplicar o impedimento do art. 9º. Aplica-se aquela teoria conhecida como 'desconsideração da pessoa jurídica', quando existam vínculos entre o autor do projeto e pessoa jurídica. (JUSTEN FILHO, 2004, p.125)

Na análise de hipótese concreta, o Tribunal de Contas do Ceará considerou nula a dispensa de procedimento licitatório para a aquisição de bens de empresa da qual o Prefeito do Município de Guaporema era sócio, com fundamento no artigo 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/93. Vejamos:

PREFEITO. Negociação com as partes. 1- Processo licitatório. Dispensa. 2. Prefeito. Sócio de empresa. Transações comerciais. Impossibilidade. Consulta. Não há como proibir taxativamente que o prefeito efetue transações comerciais com seu irmão, a não ser que na Lei Orgânica do Município conste alguma vedação neste sentido. Procedimento licitatório dispensado, por tratar-se de único estabelecimento no município. Impossibilidade de aquisição de produtos da cerâmica da qual o prefeito é sócio, por opor-se ao disposto no art. 9º da Lei n. 8.666/93 (Relator: Conselheiro Henrique Naigeboren. Protocolo: 292908/96. Origem: município de Guaporema. Interessado: Prefeito Municipal. Decisão: 13878/96. Resolução: 1.10.96. RTCE/PR 120, p. 172) (MATTOS, 1999, p. 284).

No que diz respeito à aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei n. 8.666/93, especialmente as de suspensão temporária de participação em licitação e de impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (inciso III) e de inidoneidade para contratar ou licitar com a Administração Pública (inciso

IV), entendo perfeitamente possível a aplicação da teoria da desconsideração para as estender a empresas aparentemente distintas da punida, mas que têm sócios em comum ou de uma mesma família, endereços iguais ou em quaisquer outros casos em que se verifiquem indícios de desvio da finalidade da pessoa jurídica.

Isto porque não se justifica, em nome de pretensa observância ao princípio da legalidade estrita, que se proceda à interpretação que permita que sejam bem sucedidos os que se utilizaram da técnica da personalização, criada pelo Direito para que fossem alcançados fins lícitos, para fraudar as regras do procedimento licitatório.

Note-se que a interpretação sistemática, partindo dos princípios que regem a Administração Pública e considerando os artigos 3º e 9º, inciso III, da Lei de Licitações, conduz à conclusão de que o administrador pode, em uma hipótese concreta, desconsiderar a personalidade jurídica societária para verificar se está sendo utilizada com o fito de burlar a lei, coibindo possíveis abusos.

Comunga desse entendimento MARCELA CAPACHI, que destaca a pertinência da aplicação da teoria sobretudo para superar a dificuldade de operacionalização prática das sanções de suspensão temporária e de inidoneidade para contratar, em virtude de fraudes cometidas pelas empresas sancionadas. Afirma ela:

Com efeito, tornou-se corrente a constituição de uma nova sociedade empresária pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social de uma anterior, penalizada pela Administração por inadimplência contratual ou por haver sido declarada inidônea para licitar e contratar com o Estado, cujo objetivo maior é furtar-se ao cumprimento da sanção imposta, continuando a participar de licitações e contratar com a Administração Pública, burlando, desse modo, a aplicação da lei de licitações em manifesto abuso de direito.

Como expediente de coibição, deve se estender a penalidade, por via da desconsideração da personalidade jurídica, às outras sociedades que tenham sido criadas com esse fim (CAPACHI, 2009)

De notar que, utilizando-se da competência residual que lhe é atribuída pelo inciso XXVII do artigo 22 da CF/88, o Estado da Bahia editou a Lei n. 9.433, de 1.03.2005, prevendo, de forma expressa, a sanção de suspensão do direito de licitar em casos de abuso da personalidade jurídica. Vejamos:

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

De igual sorte, o Estado do Paraná, de forma ainda mais direta, no artigo 158 da Lei n. 15.608, de 16.8.2007, estendeu os efeitos da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade:

- I- às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constitui ou de outra em que figurarem como sócios;
- II- as pessoas jurídica que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.

Há doutrinadores que questionam a constitucionalidade dessas disposições, por entenderem que os dispositivos da lei federal que estabelecem sanções administrativas possuiriam natureza de norma geral, não podendo, portanto, os estados federados sobre elas legislar<sup>iii</sup>.

Todavia, parece-nos correto o posicionamento de HELY LOPES MEIRELLE(1998), acompanhado por RITA TOURINHO (2010), no sentido de que a imposição de sanções aos licitantes ou aos contratados decorre do poder disciplinar que é próprio de cada ente federado, razão pela qual as referidas leis são plenamente constitucionais e representam um avanço no sentido de garantir, efetivamente, que, através de licitações, seja selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Cabe referir, por fim, que a aplicação de toda e qualquer sanção administrativa deve ser precedida de regular processo, no qual sejam assegurados aos administrados o contraditório e a ampla defesa, princípios basilares do Estado Democrático de Direito e que, devidamente observados, afastam as críticas à aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito do Direito Administrativo.

## 5 CONCLUSÃO

Desse modo, pode-se concluir que:

1 - A *Disregard Doctrine* é uma solução positiva para coibir os desvios de função da pessoa jurídica, bem como para resolver as hipóteses em que a aplicação dos efeitos da personificação produziria resultados diversos das valorações que inspiram o ordenamento jurídico;

2 - a inexistência de regra expressa em lei não impede a aplicação da teoria da desconsideração no âmbito do Direito Administrativo, pois, a simples constatação do desvio de função ou do abuso da regra de que a pessoa jurídica tem personalidade distinta da de seus

sócios, autoriza, no caso concreto, seja ela ignorada, atingindo-se a pessoa do sócio ou outras sociedades integrantes do grupo econômico, com fundamento nos princípios gerais do Direito e nos que regem a Administração Pública;

3 - a *Disregard Doctrine* coaduna-se com os princípios reitores da atuação da Administração Pública, havendo ampla possibilidade de sua aplicação no Direito Administrativo, sem que importe violação ao devido processo legal ou à ampla defesa, desde que configurado o desvio de função da pessoa jurídica e

4 – as sanções previstas no artigo 87 da Lei n. 8.666/93 podem ser estendidas a empresas aparentemente distintas da punida, mas que têm sócios em comum ou de uma mesma família, endereços iguais ou quaisquer outros indícios que demonstrem o desvio da finalidade da pessoa jurídica, desde que observado o devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CAPACHI, Marcela. Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das penalizações administrativas. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1237/desconsideração-da-personalidade-jurídica>. Acesso em 17.11.2009

DELGADO, José Augusto. A desconsideração da pessoa jurídica e os seus reflexos na ordem tributária. In: TORRES, Heleno Tavares & QUEIROZ, Maria Elbe (Coord.). **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 171-229.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Normas Gerais. Observância por Estados e Municípios. In: **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 17-19.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) nos Grupos de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus princípios na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos.

<http://www.ccb.org.br/.../ponderações%20sobre%20infrações>. Acesso em 05.04.2010.

WATANABE, Ricardo. **Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações**. <http://www.direitonet.com.br/artigo/exibir/2746/Desconsideração-da-personalidade-jurídica>. Acesso em 17.11.2009

---