



**A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

***THE THEORY OF DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY BY PUBLIC
ADMINISTRATION***

Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos^{*1}

Elizabeth Cristiane De Oliveira Futami De Novaes^{}**

Frederico Thales de Araújo Martos^{*}**

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no decorrer de um processo administrativo, como forma de responsabilização e sanção administrativa de pessoas jurídicas. O trabalho abordará, inicialmente, a análise da pessoa jurídica e as teorias da *disregard doctrine*. Em seguida, serão analisadas as previsões legais contidas na Lei Anticorrupção – Lei 18.846/2013 - e na Lei de Defesa da Concorrência – 12.529/2011, com foco nos requisitos exigidos para que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica seja aplicado no âmbito do procedimento administrativo. Por fim, o estudo fará uma análise de se esta medida excepcional encontra conformação à função administrativa, quais os principais debates e desdobramentos de sua aplicação pela administração pública, mormente no que diz respeito ao argumento de afronta à reserva jurisdicional, a partir de posicionamentos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dos tribunais superiores brasileiros, utilizando de uma metodologia dedutiva qualitativa. Ao final, será possível verificar se a administração pública aplica a desconsideração da personalidade jurídica, apesar da existência, ainda hoje, de grandes críticas à sua utilização na via administrativa.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Procedimento administrativo. Reserva da jurisdição. Competência administrativa. Lei anticorrupção.

¹ * Doutoranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Doutoranda em Derecho Privado pela Universidade de Salamanca/ES. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Advogada. Professora substituta de Direito Empresarial na Faculdade de Direito de Franca. larissa_salerno@advocaciassm.adv.br. Telefone: (16) 99155-5897. Endereço: Avenida Sete de Setembro, 500, CJ. 1007, Bairro São José, CEP: 14401-278, Franca/SP.

^{**} Doutoranda em Função Social do Direito – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, Mestre em Direito pela Universidade de Franca, Especialista em Direito Processual Civil pela UNESP de Franca. Advogada e professora de Direito Processual Civil – Faculdade de Direito de Franca e no Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG/Uniaraxá. elizabeth.futami@gmail.com. Telefone: (16) 99999-5065. Endereço: Rua General Carneiro, 2367, Conj. 04, Centro, CEP 14400-500, Franca/SP.

^{***} Doutor e Mestre em Direito Privado pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Advogado. Professor de Direito Civil e coordenador da Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca. Professor de Direito Civil da Universidade do Estado de Minas Gerais – unidade Passos. frederico.martos@direitofranca.br. Telefone: (16) 99139-9927. Endereço: Avenida Major Nicácio, 2377. Bairro Cidade Nova, CEP 14401-135, Franca/SP.



Abstract: The present work aims to analyze the application of the theory of disregard of legal personality during an administrative process, as a form of accountability and administrative sanction of legal entities. The work will initially address the analysis of the legal entity and the theories of disregard doctrine. Next, the legal provisions contained in the Anti-Corruption Law - Law 18,846/2013 - and in the Competition Defense Law - 12,529/2011 will be analyzed, focusing on the requirements for the disregard of legal personality to be applied within the scope of the procedure administrative.

Finally, the study will analyze whether this exceptional measure meets the administrative function, what are the main debates and consequences of its application by the public administration, especially regarding the argument of affront to the jurisdictional reserve, based on positions and doctrinal and jurisprudential understandings of the Brazilian superior courts, using a qualitative deductive methodology. In the end, it will be possible to verify if the public administration applies the disregard of the legal personality, despite the existence, even today, of great criticism to its use in the administrative way.

Keywords: Disregard doctrine. Administrative procedure. Jurisdiction reserve. Administrative competence. Anti-corruption law.

1. INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, longe de ser uma construção atual, mantém-se no foco de estudos e aprofundamentos no âmbito do direito privado. No entanto, quando tratado de sua incidência em direito público, em especial no âmbito do direito administrativo, as hipóteses de aplicação, os procedimentos a serem adotados, ou mesmo a legitimidade da Administração Pública para aplicar a medida são assuntos com traços de novidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A fundamentação da presente investigação parte do ordenamento jurídico vigente que legitima a aplicação do instituto no curso de processo administrativo. A problemática se desdobra no fato da controvérsia doutrinária que defende a impossibilidade de aplicação deste instituto à Administração Pública, por ser competência do Poder Judiciário a decretação do afastamento do princípio da autonomia patrimonial que norteia a própria concepção e natureza das pessoas jurídicas.

Dentro destes debates, é importante estabelecer uma análise das correntes e dos posicionamentos que circunscrevem a temática e analisar os fundamentos e argumentos invocados por cada delas a fim de identificar, ainda que brevemente, as principais dificuldades



e desafios que permeiam a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as peculiaridades e desdobramentos jurídicos do debate que gira em torno da possibilidade de se atribuir à Administração Pública a competência para aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e estender as sanções aplicadas a princípio à pessoa jurídica, aos sócios que utilizarem de sua personalidade jurídica para prática de atos fraudulentos, com abuso de direito ou desvio dos fins aos quais a pessoa jurídica foi constituída.

A organização desta pesquisa se desenrola por meio de três tópicos: Inicia-se com a temática da conceituação, dos fundamentos e das teorias do instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica.

Adiante, o trabalho aborda as previsões legais expressas que atribuem à Administração Pública a possibilidade de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no decorrer de processo administrativo, em especial analisará as hipóteses e os requisitos previstos no artigo 14 da Lei nº. 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e no artigo 34 da Lei nº. 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência).

Por fim, o estudo parte de uma metodologia bibliográfica, por meio da análise dos posicionamentos doutrinários e a posição da jurisprudência superior pátria acerca do objeto do presente estudo, estabelecendo uma reflexão acerca dos fundamentos e dos argumentos utilizados pelas duas correntes opostas, a que defende a conformação do instituto da desconsideração com a Administração Pública, e aquela que defende a necessidade de pronunciamento jurisdicional em razão da reserva da jurisdição. por meio do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência aplicada.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO, FUNDAMENTOS E TEORIAS

A pessoa jurídica representa um importante meio de viabilidade e exercício da atividade empresarial. Quando regular e devidamente constituída, uma de suas consequências é a consagração de sua autonomia patrimonial, ou seja, a sua própria personificação que acarreta uma separação patrimonial das pessoas naturais dos membros que a compõe. Desta forma, estes



podem atuar e desempenhar suas atividades empresárias sem que isso acarrete uma afetação de seus patrimônios particulares.

Muito embora exista essa regra de que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa de seus membros, esta limitação e separação de responsabilidades não são absolutas, uma vez que somente subsistirão enquanto os propósitos para os quais a pessoa jurídica foi criada estiverem sendo devidamente atendidos.

Isso ocorre porque, embora regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica, a autonomia patrimonial, existente para viabilizar a atividade empresarial e mitigar os riscos inerentes à estas atividades, por vezes é utilizada pelos seus membros de forma inapropriada.

Nesse contexto, lamentavelmente, verifica-se a desvirtuação da pessoa jurídica com a finalidade de prática de abusos, fraudes ou desvios de finalidade, utilizando da separação patrimonial como um “escudo” pelas práticas realizadas.

Da ocorrência de uma das hipóteses narradas acima, ou seja, sempre que ela for utilizada como instrumento para práticas ilícitas ou em desconformidade com seus objetivos, verifica-se a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e afastamento da separação patrimonial.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surge como consequência da própria teoria da pessoa jurídica e sua personificação, com o intuito e objetivo de preservar os entes jurídicos, não o contrário. Sendo assim, há um equívoco em se interpretar esta teoria como o oposto da personificação das pessoas jurídicas. Seu surgimento deve ser visto como uma forma de reconhecer que os entes jurídicos devem ser orientados pela sua funcionalidade e não o contrário.

Coelho (1989. p. 13) assim explica:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, impedir que essas fraudes e esses abusos de direito, perpetrados como utilização do instituto da pessoa jurídica se consumem (...). Ainda, é uma tentativa de resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica. Em suma, pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o direito pretende livrar-se da fraude e do abuso perpetrados através de uma pessoa jurídica, preservando-a, contudo, em sua autonomia patrimonial.

A origem da teoria possui matriz inglesa, por meio do estudo do caso denominado *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado em 1897. Além deste, são apontados alguns outros



julgamentos históricos como precursores da teoria, como o caso americano *State vs. Standar Oil Co.*, julgado em 1892.

Requião (1969, p. 12-24) sintetiza a matéria discutida no âmbito do caso do litígio entre os irmãos Solomon da seguinte maneira:

O comerciante Aaron Salomon, havia constituído uma “Company” em conjunto com outros seis componentes de sua família, cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantida de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da “Company” era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência, Aaron Salomon deveria ser condenado aos débitos da “Company”, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conhece o caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu esta solicitação, julgando que a “Company” era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, seu “agent” ou “trustee”, que permanecera, na verdade, o efetivo proprietário do fundo de comércio.

Coelho (2008, p. 37), por sua vez, ainda aponta alguns marcos teóricos fundamentais sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick o seu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam se dedicado ao tema, como por exemplo, Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950).

No campo conceitual, tal instituto permite a desconsideração dos efeitos da personificação da sociedade e a consequente vinculação de responsabilidade aos sócios, de forma que os bens particulares destes respondam pelos danos causados a terceiros em virtude de fraudes ou abusos consumados com a utilização da pessoa jurídica como instrumento.

Tomazette (2013, p. 241) assim define a desconsideração da personalidade jurídica:

A retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa física de seus titulares, sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica perpetrado por estes.



Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 276), por sua vez, explicam que

A doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado.

Pelas definições acima expostas, algumas considerações importantes são necessárias a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Primeiro ponto a se considerar é o fato de que a aplicação da teoria não se estende ou afeta todos os membros que compõem o quadro societário, ficando restrito àqueles que, de fato, utilizaram a personalidade jurídica da empresa para práticas de fraudes ou desvio de sua finalidade.

Desta forma, a desconsideração não licencia um acesso indiscriminado à comunidade societária, mas delimita quem de fato é responsável pelo abuso ou mau uso da entidade jurídica (MAMEDE, 2012, p. 173).

Ademais, importante ressaltar que a desconsideração não se confunde com despersonalização da pessoa jurídica, ou seja, não implica a negação da personalidade, mas se trata de um mecanismo utilizado de forma circunstancial.

Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente de suas condições de existência, como por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto (COMPARATO, p. 283, 1983).

A aplicação da teoria da desconsideração é, portanto, uma negação do absolutismo do véu de proteção atribuído pelo direito da personalidade jurídica. Sua aplicação, por sua vez, deve ser episódica, excepcional, temporária e aplicada unicamente àqueles casos concretos em que se verificar o preenchimento dos requisitos legais autorizadores.

Assim sendo, uma vez que as pessoas jurídicas ocupam lugar de extrema e inegável importância dentro da Ordem Econômica e Financeira, e a desconsideração absoluta de sua personalidade implicaria em uma óbvia inviabilidade de se continuar com a atividade empresarial, o que como consequência, acarretaria inúmeros prejuízos e danos.

Portanto, o que se tem com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a possibilidade de o Estado, por meio do Judiciário, suspender provisória e excepcionalmente o véu da personalidade jurídica de um ente coletivo, a fim de atingir o patrimônio pessoal dos



seus sócios, afastando momentaneamente a separação e a autonomia patrimonial, com o objetivo de coibi-los ou responsabilizá-los pela utilização da pessoa jurídica para prática de atos de desvio de finalidade, fraude ou abuso de direito.

A aplicação do instituto, no entanto, necessita de estar embasada em devida e correta fundamentação, de forma que será necessário analisar o preenchimento dos requisitos necessários para se fazer uso da medida. Dentro da doutrina, na análise dessas fundamentações e desses requisitos, surgem duas teorias principais como espécies do gênero da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: a Teoria Menor e a Teoria Maior.

Para a primeira teoria, denominada Teoria Menor, não há necessidade de preenchimento de requisitos específicos para se aplicar o instituto da desconsideração, bastando a comprovação da insolvabilidade da pessoa jurídica para afastar, no caso concreto, a separação e a autonomia patrimonial do ente coletivo.

Na legislação pátria, esta teoria foi a adotada pelo Direito Trabalhista, pelo Direito do Consumidor e pelo Direito Ambiental em razão do desequilíbrio existente entre as partes das relações jurídicas tuteladas por estas áreas do Direito, o que autorizaria o afastamento do véu da personalidade jurídica diante da simples insolvência desta na quitação de suas dívidas.

Note-se que para esta corrente, não há necessidade de qualquer elemento subjetivo, o que suscita diversas críticas no âmbito doutrinário, por ignorar a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, minando sua existência, o que não favorece aqueles que se dignam a exercer atividades econômicas (TOMAZETTE, 2013, p. 248).

Já a segunda teoria, denominada Teoria Maior, apresenta a necessidade de se constatar fraude ou abuso de direito pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica. Esta teoria reafirma e fortalece a ideia de excepcionalidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, prestigiando a autonomia patrimonial advinda da personificação dos entes coletivos.

Para esta teoria, contemplada no artigo 50 do Código Civil o instituto somente pode ser aplicado quando houver desvio da finalidade para a qual a empresa foi constituída, com a necessidade, ainda, de prova de abuso de direito ou confusão patrimonial caracterizados por este desvio ou afastamento de seus fins ou caracterizados por fraude.

Com o advento da Declaração de Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874, de 2019), a matéria passou a ser disciplinada de forma mais detalhada, apresentando definições importantes para a tipificação do abuso da personalidade jurídica autorizante de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.



Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Assim, sendo a pessoa jurídica, um ser finalístico por natureza, tem seus objetivos e seus fins descritos e delimitados no seu ato constitutivo, quando utilizada desviando-se destes fins ou em desconformidade com o que foi delimitado no ato de constituição, ou quando utilizada com abuso de direito e fins fraudulentos, diante da teoria maior estarão preenchidos os requisitos e fundamentos que autorizam o afastamento episódico do véu da personalidade jurídica a fim de responsabilizar os sócios que praticaram os atos lesivos e abusivos.

3. HIPÓTESES LEGAIS PREVISTAS NA LEI nº. 12.846/13 e LEI nº. 12.529/11

A Lei nº. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), tem por objetivo trazer a previsão normativa para dentro do nosso ordenamento jurídico de reponsabilidade das empresas causadoras de prejuízos e danos à Administração Pública pela prática de atos ou condutas de corrupção, cumprindo com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário acerca de combate à corrupção mundial.

A partir da adoção de um modelo de direito administrativo sancionador, a Lei supracitada traz cominações e sanções administrativa e civis aos entes coletivos, inclusive com



incidência de sanções restritivas de direitos. Aderiu à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, a fim de fortalecer o seu combate e mediante uma ideia de ampla responsabilização e reparação dos danos causados ao erário por condutas corruptivas.

No que diz respeito ao estudo do presente trabalho, o que se torna relevante para a análise da desconsideração da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção, está prevista no seu artigo 14 que possibilita à autoridade administrativa competente, no curso de procedimento administrativo, fazer uso do instituto da desconsideração e aplicá-la à empresa, estendendo os efeitos da responsabilização prevista nesta Lei às pessoas dos sócios ou poderes de administração e, também, aos administradores. Assim dispõe o artigo:

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.

Tomazette (2013, p. 275) entende que este dispositivo parece seguir o mesmo caminho do artigo 50 do Código Civil, se amoldando à teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica ao exigir a intenção de usar o instituto da pessoa jurídica fraudulentamente. Desta forma, o instituto poderá ser aplicado, neste caso e no curso de processo administrativo, quando devidamente comprovada a utilização da pessoa jurídica com abuso de direito da pessoa para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, ou para provocar confusão patrimonial.

Embora a Lei nº. 12.846/13 tenha inovado em diversas vertentes, não é a primeira disposição legal expressa a autorizar a administração pública a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sem a necessidade de intervenção jurisdicional. Já havia outra possibilidade de aplicação da teoria pela Administração Pública elencada na Lei nº. 12.529/11, também chamada Lei de Defesa da Concorrência. Esta lei tem por objetivos, dentre outros, tipificar as infrações à Ordem Econômica, estabelecer formas de responsabilização, e cominar as sanções e as penas aplicáveis aos eventuais infratores.

No título destinado às disposições acerca das infrações da Ordem Econômica, estabelece, expressamente, em seu artigo 34 que “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”. O seu parágrafo único ainda complementa que “a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Esta previsão corresponde à contida na redação do artigo 18 da antiga Lei nº. 8.884/1994. O sistema brasileiro de defesa da concorrência é composto pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo que ao primeiro é atribuída a competência para instauração dos processos administrativos e a aplicação das respectivas sanções e penas, se for o caso, estabelecidas na referida Lei.

Os elementos legais necessários que autorizam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, dispostos no artigo 34 da Lei de Defesa da Concorrência são o cometimento de infração econômica como resultado de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, o que também parece se enquadrar nos requisitos da teoria maior da desconsideração.

Da mesma forma as hipóteses contidas no parágrafo único do mesmo artigo, sendo possível a aplicação da medida em caso de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, já que exigem que estas consequências sejam derivadas de má administração, não bastando a simples impossibilidade de honrar com o pagamento das dívidas, como segue o entendimento da teoria menor.

Embora a existência duas previsões legais expressas, a discussão doutrinária acerca da possibilidade ou não de aplicação do instituto pela Administração Pública há tempos se apresenta aos estudiosos da área, exatamente pelas peculiaridades e diferenças próprias do procedimento administrativo em contrapartida ao processo que tem curso no âmbito jurisdicional, discussões e debates que serão abordados a seguir, apresentando os posicionamentos e correntes doutrinárias, bem como a posição atual da jurisprudência superior sobre a temática.

4. DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS





O primeiro posicionamento doutrinário que se pode apontar a respeito do tema objeto do presente estudo aborda o regime jurídico pelo qual a Administração Pública está submetida e as próprias atribuições constitucionais que foram definidas ao Poder Executivo que direcionam a atuação da Administração Pública visando sempre a satisfação e a proteção dos direitos e interesses públicos.

Di Pietro (2015. p. 60-63) explica que o regime jurídico ao qual a Administração Pública está sujeita passa por uma análise das suas prerrogativas e das suas sujeições. A sua atuação detém prerrogativas de autotutela e de autoexecutoriedade dos atos administrativos, mas ao mesmo tempo deve se sujeitar aos princípios constitucionais que norteiam a sua atuação, como a legalidade, a obrigatoriedade, a moralidade e a publicidade, entre outros.

Para os defensores da possibilidade de aplicação do instituto no âmbito administrativo, este equilíbrio entre prerrogativas e sujeições coloca a Administração em posição de superioridade perante o particular, a fim de satisfazer e cumprir a missão constitucional atribuída à Administração Pública.

Por sua vez, desde que observados os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, podem utilizar-se da desconsideração da personalidade jurídica em procedimento administrativo de responsabilização e levantar o véu da personalidade jurídica da empresa a fim de responsabilizar a pessoa física dos membros que a compõe, visando ao ressarcir o erário e à coibir práticas lesivas ao Poder Pública de forma geral.

Justificam, ainda, esta possibilidade e autorização nos princípios do dever-poder de agir, da moralidade administrativa e o próprio princípio do interesse público. Utilizando-se destes princípios, autores como Justen Filho (2014, p. 1.084) que já defendiam a aplicação do instituto da *disregard doctrine*, antes mesmo das disposições legais tratadas no capítulo anterior.

Já o outro posicionamento segue o entendimento da não possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa. O mais forte fundamento invocado pelos adeptos a esta corrente doutrinária é a reserva da jurisdição, ou seja, defendem que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, embasados no já citado disposto no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor que estipulam, expressamente, a decretação da medida pelo juiz.



Entendem, ainda, que as previsões contidas no artigo 14 da Lei nº. 12.846/13 e no artigo 34 da Lei nº. 12.529/11 desafiam a constitucionalidade das normas ao prever esta possibilidade de afastamento da personificação da pessoa jurídica sem que esta se dê por pronunciamento jurisdicional.

Carvalhosa (2015), ao sustentar este posicionamento, explica que a decretação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de processo administrativo estaria em confronto ao próprio Estado Democrático de Direito, pois haveria uma usurpação de competências ao atribuir à Administração Pública competência reservada ao Poder Judiciário. O jurista, ao comentar o artigo 14 da Lei Anticorrupção, assim expõe:

É, sobretudo, irônica a parte final do aberrante dispositivo contido no art. 14 ao preceituar que a pessoa jurídica indigitada terá, perante a autoridade administrativa processante, o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 14). Trata-se de norma não escrita pela sua absoluta inconstitucionalidade – usurpação de competência judiciária – e pela insanável contradição à finalidade da presente Lei.

Outras questões levantadas por esta corrente giram em torno da ausência de previsão normativa acerca dos aspectos procedimentais que regulam a desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa. Qual o momento adequado para a desconsideração, se haverá observância de princípios constitucionais aplicáveis aos processos jurisdicionais, como a duração razoável do processo, contraditório e ampla defesa, devido processo legal, dentre tantos outros fundamentos embasam a defesa de reserva da jurisdição para aplicação desta medida.

Ao tentar rebater estes argumentos, a corrente defensora da aplicação deste instrumento no curso de processo administrativo entende que não se pode invocar a reserva da jurisdição presente artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor em razão da diferença de interesses e relações jurídicas tutelados, sendo invocada a velha dicotomia direito público x direito privado.

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor regulam, em regra, direitos entre particulares, ao passo em que as atribuições de poder de sanção da Administração Pública presam por direitos e interesses públicos, o que justificaria, por si só, a aplicação da teoria da desconsideração administrativamente, sendo desnecessária a manifestação jurisdicional, até mesmo pelo princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual a Administração Pública está obrigada.



Verifica-se, portanto, que ainda subsiste grande debate doutrinário acerca da legitimidade de a Administração Pública aplicar a desconsideração da personalidade jurídica no curso de procedimento administrativo, sem pronunciamento jurisdicional.

Já no âmbito jurisprudencial superior pátrio, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favorável à possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração administrativamente, autorizando a Administração Pública a estender as penalidades aplicadas à pessoa jurídica aos sócios. No julgado, a Corte entendeu que, quando a pessoa jurídica for utilizada como instrumento de cometimento de fraudes em licitações e, invocando os princípios constitucionais anteriormente citados da indisponibilidade do interesse público e da moralidade, a Administração Pública pode aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, destacando o Ministro Relator Castro Meira o seguinte:

[...] Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública. [...] A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público. Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS nº 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 07/08/2003).

Desta forma, para o julgador, à Administração Pública não pode ser imposta uma conduta que esteja em desconformidade com o princípio da moralidade, nem tampouco prejudicar ou sacrificar os interesses públicos que devem ser por ela guardados e protegidos. Além disso, o relator ainda deixou expressamente consignado o entendimento da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração, desde que sejam respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa:

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 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS nº 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 07/08/2003).



O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ainda não se manifestou definitivamente sobre a possibilidade e a constitucionalidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo.

Em 2013 foi levado à apreciação da Corte Suprema, por meio de mandado de segurança, questão envolvendo a constitucionalidade de aplicação de sanção prevista na Lei 10.520/2002, pelo Tribunal de Contas da União, às pessoas físicas dos sócios da pessoa jurídica, sob o fundamento da constatação de que esta foi utilizada com abuso de direito para a prática de atos fraudulentos.

Embora o voto do Ministro Relator Celso de Mello tenha deixado claro a desconsideração administrativa decorra de poderes implícitos que são atribuídos à Administração Pública no exercício de suas atribuições para defesa dos interesses públicos e, ainda, que sua aplicação na esfera administrativa não necessite de permissivo legal expresso, o julgado, em decisão sumária, suspendeu o acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal ainda não havia se pronunciado sobre a questão e destacou a existência da divergência doutrinária que envolve a temática, mormente da posição de juristas que invocam a tese da imprescindibilidade de pronunciamento jurisdicional para se aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Assim expôs o Relator:

[...] Todas as considerações que venho de fazer, ainda que expostas em sede de sumária cognição e fundadas em juízo meramente precário (sem qualquer manifestação conclusiva, portanto, em torno da postulação mandamental), levar-me-iam a denegar o pleito cautelar ora deduzido na presente causa. 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 [...] (BRASIL. Supremo



Tribunal Federal. MS nº 32494 – MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 11/11/2013).

Desta forma, o que se nota é o ainda existente debate acerca da possibilidade e da constitucionalidade dos dispositivos legais que autorizam a Administração Pública aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, de forma que, enquanto não houver pronunciamento definitivo da Corte Suprema que é a encarregada de se manifestar acerca da constitucionalidade ou não dos dispositivos estudados no presente artigo, o instituto continua a ser aplicado administrativamente, ainda em um cenário de divisão de posicionamentos doutrinários, o que conseqüentemente acarreta uma disparidade no âmbito jurisprudencial das decisões acerca da possibilidade ou não de atribuição desta competência à Administração Pública.

5. CONCLUSÕES

O presente estudo se propôs a analisar a aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo. Afinal, a aplicação da medida pela Administração Pública envolve matéria não consensual e de relevante atualidade.

A conformação da medida com os princípios e o procedimento administrativo ainda divide opiniões e posicionamentos, não havendo unificação ou pacificação de entendimento, já que se observa uma grande gama de juristas nas duas correntes.

Assim, partindo de uma breve análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em si, foi possível estabelecer um marco histórico e teórico para o surgimento da teoria e, em seguida, conceituá-la como sendo a possibilidade de levantar o véu da personalidade jurídica de um ente coletivo e afastar, de forma episódica, temporária e excepcional, a autonomia patrimonial a fim de atingir o patrimônio da pessoa física dos sócios integrantes do quadro social da pessoa jurídica, diante da comprovação de que a personalidade jurídica desta foi utilizada com desvio de sua finalidade, abuso de direito ou para prática de atos ilícitos ou fraudulentos.

Em seguida, foi possível analisar as previsões legais expressas da Lei Anticorrupção e da Lei de Defesa da Concorrência que autorizam a utilização desta medida excepcional pela Administração Pública, ou seja, a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de



um ente coletivo no curso e no decorrer de um processo administrativo, sem que haja pronunciamento ou decretação judicial.

A partir da análise dos dois posicionamentos doutrinários opostos, conclui-se que a parte da doutrina que defende a possibilidade de utilização do instituto no âmbito administrativo se pautam nos princípios constitucionais norteadores das atribuições do próprio exercício do Poder Público, como a inafastabilidade do interesse público e o princípio da moralidade administrativa, de forma que para esta corrente, há indubitável conformação da teoria da desconsideração com as competências da Administração Pública.

Já a corrente contrária não admite a utilização e a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica no âmbito administrativo invocando os argumentos e fundamentos da cláusula da reserva da jurisdição. Para os defensores desta linha de pensamento, haveria uma usurpação da Administração Pública de instituto jurídico cuja competência para sua aplicabilidade foi atribuída ao Poder Judiciário e, desta forma, é imprescindível que a decretação da desconsideração da personalidade jurídica se dê por pronunciamento jurisdicional.

Ademais, para esta segunda corrente, não há como se garantir a observância dos princípios constitucionais que garantem o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, o que poderia ocasionar a aplicabilidade deste instituto com decisões discricionárias por órgãos da Administração Pública, já que sequer há previsão normativa no que diz respeito aos aspectos procedimentais a serem seguidos para se desconsiderar a personalidade jurídica pela via administrativa.

O que se pode concluir, pela análise e pelo estudo realizado, é que a constitucionalidade e a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública ainda dependem de pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal. Enquanto isto, as previsões legais expressas nos dispositivos estudados no presente continuam sendo aplicados e a Administração Pública segue aplicando o instituto no âmbito do processo administrativo, apesar de considerável parte dos juristas e da doutrina ainda defenderem sua impossibilidade e a inconstitucionalidade dos textos legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.



- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.
- _____. **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.
- _____. **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.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS nº 15.166/BA**, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 07/08/2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 32494 – MC/DF**, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 11/11/2013.
- CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**: Lei nº 12.846/13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Curso de direito comercial*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, v.2. 2008.
- COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder na Sociedade Anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013,
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 173.
- REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**. Revista dos Tribunais. n. 410, dez/1969.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, v.1. 2013.